



Boek 5 BW van de toekomst





KONINKLIJKE NOTARIËLE BEROEPSORGANISATIE

Boek 5 BW van de toekomst Over vernieuwingen in het zakenrecht

Preadviezen uitgebracht door

mr. B. Akkermans

*Universitair hoofddocent Europees en vergelijkend goederenrecht,
Universiteit Maastricht*

prof. mr. S.E. Bartels

Hoogleraar burgerlijk recht, Radboud Universiteit Nijmegen

prof. mr. J.H.M. van Erp

*Hoogleraar vermogensrecht en Europees privaatrecht, Universiteit
Maastricht, bestuurslid van het European Law Institute te Wenen*

mr. B.A.M. Janssen

Adviseur strategie en beleid Kadaster

mr. W. Loof

*Onderzoeker privaatrecht, Universiteit Maastricht, medewerker weten-
schappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden te Den Haag*

prof. mr. R.F.H. Mertens

*Bijzonder hoogleraar zakelijke rechten Open Universiteit,
advocaat Paulussen Advocaten te Maastricht*

mr. A.J. Mes

*Onderzoeker Notarieel Instituut Groningen, Rijksuniversiteit Groningen,
kandidaat-notaris bij Trip Advocaten & Notarissen te Groningen*

mr. N.C. van Oostrom-Streep

*Woordvoerder Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie,
adviseur NautaDutilh te Amsterdam, directeur Law Firm School*

prof. mr. H.D. Ploeger

*Bijzonder hoogleraar privaatrechtelijk aspecten van het onroerend
goed, Vrije Universiteit Amsterdam, universitair hoofddocent
Geo-informatie en Grondbeleid, Technische Universiteit Delft*

prof. dr. V. Sagaert

Hoogleraar Katholieke Universiteit Leuven en KULAK

mr. V. Tweehuysen

Universitair docent burgerlijk recht, Onderzoekscentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit Nijmegen, professional support lawyer bij Loyens & Loeff te Rotterdam

prof. mr. A.A. van Velten

Adviseur bij BOEKEL Advocaten & Notarissen te Amsterdam

mr. E.F. Verheul

Onderzoeker goederenrecht, Rijksuniversiteit Groningen

prof. mr. L.C.A. Verstappen

Hoogleraar privaatrecht, i.h.b. notarieel recht, Notarieel Instituut Groningen, Rijksuniversiteit Groningen, adviseur Hekkelman Advocaten & Notarissen te Arnhem en Nijmegen

prof. mr. F.M.J. Verstijlen

Hoogleraar privaatrecht i.h.b. goederenrecht, Rijksuniversiteit Groningen

mr. M.C.E. van der Vleuten

Onderzoeker Open Universiteit, juridisch adviseur

mr. L.P.W. van Vliet

Universitair docent vergelijkend goederenrecht, Universiteit Maastricht

mr. F.J. Vonck

Universitair docent notarieel recht, Notarieel Instituut Groningen, Rijksuniversiteit Groningen, professional support lawyer bij Loyens & Loeff te Amsterdam

Onder eindredactie van en met een inleiding door

prof. mr. L.C.A. Verstappen

voor het wetenschappelijk congres van de Koninklijke Notariële
Beroepsorganisatie op 8 maart 2016 te Utrecht

Sdu
Den Haag, 2016



Meer informatie over deze en andere uitgaven van Sdu Uitgevers vindt u op:

www.sdu.nl

Sdu Klantenservice

Postbus 20014

2500 EA Den Haag

tel.: (070) 378 98 80

www.sdu.nl/service

© 2016 Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, Den Haag

Omslagontwerp: Okapi corporate identity atelier, Rotterdam

Zetwerk: Studio Typeface, Lelystad

ISBN: 9789012397346

NUR: 820

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.



Inhoudsopgave

I	Algemene inleiding	15
	<i>Prof. mr. L.C.A. Verstappen</i>	
II	Eigendom in het algemeen; eigendom van digitale inhoud (titel 1)	
	Over digitale inhoud als zaak	23
	<i>Prof. mr. J.H.M. van Erp en mr. W. Loof</i>	
1	Inleiding	23
2	Rechtsubjecten op het eerste niveau; probleemstelling	26
2.1	Eigendom van zaken	27
2.2	Objecten van intellectuele eigendomsrechten	29
2.3	Digitale inhoud	29
3	Problematiek rond digitale inhoud	33
3.1	Anglo-Amerikaans recht	34
3.2	UsedSoft en Nintendo v. PC Box	39
3.3	Beeldbrigade en Tom Kabinet	41
3.4	Weens Koopverdrag	43
3.5	Andere vormen van digitale dienstverlening	47
3.6	Derdenwerking van licenties	50
4	Eigendom van digitale 'zaken'	52
4.1	Een rechtsvergelijkende notitie	52
4.2	Gebruiker versus auteursrechthebbende; digitale inhoud als zaak	58
5	Aanbeveling	62

III	Eigendom van roerende zaken, met name originare wijzen van eigendomsverkrijging (titels 1 en 2)	
	<i>Een pleidooi voor meer continuïteit in het goederenrecht</i>	65
	<i>Mr. E.F. Verheul en prof. mr. F.M.J. Verstijlen</i>	
1	Inleiding: karakterisering van ons goederenrecht en vraagstelling	65
2	Relevante beginselen van goederenrecht	68
2.1	Het individualiseringsbeginsel	68
2.2	Het eenheidsbeginsel	73
2.3	Het publiciteitsbeginsel	77
3	Afbakening natrekking, vermenging en zaaksvorming	80
4	Natrekking	82
4.1	De hoofdlijnen van art. 5:14 BW	82
4.2	'Eigendomsovergang' van de nagetrokken zaak	83
4.3	Wat is de hoofdzaak?	98
4.4	Natrekking zonder hoofdzaak	100
5	Vermenging	101
5.1	Vermenging: als natrekking	101
5.2	Ruimte voor partijautonomie	102
5.3	Wat is de hoofdzaak?	102
5.4	Afbakening oneigenlijke vermenging	103
5.5	Oneigenlijke vermenging	103
6	Zaaksvorming	116
6.1	Art. 5:16 BW	116
6.2	Afbakening lid 1 en 2	116
6.3	Dwingendrechtelijke karakter	118
6.4	Afwijking door middel van zaaksvormingsclausules	119
6.5	De ruimte voor partijautonomie in het Draft Common Frame of Reference	126
6.6	De belangen van de eigenaar en de zaaksvormer afgewogen	130
7	Het lot van beperkte rechten	133
7.1	De regel uit Zalco III	133
7.2	Het BGB en het Draft Common Frame of Reference	134
7.3	Het doortrekken van de hiervoor voorgestelde regel	135
8	Tot slot	139

IV	Eigendom van onroerende zaken, met name natrekking (titels 1 en 3) <i>Flexibele eigendomsverhoudingen in het vastgoedrecht</i>	145
	<i>Mr. A.J. Mes, prof. mr. H.D. Ploeger en mr. B.A.M. Janssen</i>	
1	Inleiding	145
1.1	Opbouw van het preadvies, rolverdeling en suggesties vanuit de notariële praktijk	145
1.2	Uitgangspunten met oude wortels	146
1.3	Is de huidige titel 3 Boek 5 BW toekomstbestendig?	150
1.4	Titel 3 Boek 5 BW anno 2050	151
1.5	Pragmatisme versus dogmatisme	152
1.6	Aard van dit preadvies	153
2	Selectie van de probleemvelden	153
2.1	Algemeen	153
2.2	Circulaire economie in het licht van Boek 5 BW	154
2.3	Meervoudig ruimtegebruik	155
2.4	Drijvende opstallen	156
2.5	Gebruik van de ondergrond voor kabels, leidingen en/of WKO-installaties	157
2.6	Overkoepelende problematiek	157
3	Circulaire economie in het licht van Boek 5 BW	158
3.1	Probleemschets van circulaire economie in het licht van Boek 5 BW	158
3.2	Analyse van het probleem	159
3.3	Oplossing voor het probleem	162
4	Meervoudig ruimtegebruik	167
4.1	Probleemschets meervoudig ruimtegebruik	167
4.2	Analyse problematiek meervoudig ruimtegebruik	169
4.3	Oplossing voor problematiek meervoudig ruimte- gebruik	174
5	Drijvende opstallen	183
5.1	Inleiding	183
5.2	Probleemschets	183
5.3	Oplossingsrichtingen	187
5.4	Voorstel introductie drijvende registergoederen	191

6	Eigendom en gebruik van de ondergrond voor netwerken en/of WKO-systemen	194
6.1	Probleemschets eigendom en gebruik van de ondergrond voor netwerken en/of WKO-systemen	194
6.2	Analyse van het probleem	196
6.3	Oplossingen voor de gesignaleerde problemen	201
7	Nabeschuiving	215
7.1	Conclusies en aanbevelingen	215
7.2	Herbezinning op het klassieke eigendomsbegrip: dematerialisering van eigendom	216
V	Burenrecht, mandeligheid en erfdienstbaarheden (titels 4, 5 en 6)	
	<i>Flexibele regelingen die meer mogelijk maken</i>	219
	<i>Mr. N.C. van Oostrom-Streep, prof. mr. L.C.A. Verstappen en mr. L.P.W. van Vliet</i>	
1	Inleiding	219
2	Burenrecht	220
2.1	Inleiding	220
2.2	Terminologie	222
2.3	Toepasselijkheid regels burenrecht op gerechtigden/niet-eigenaars	223
2.4	Verjaring	225
2.5	Toestemming	232
2.6	Verhouding tot publiekrecht	233
2.7	Hinder en misbruik van bevoegdheid; recht op licht, lucht en uitzicht?	235
2.8	Beplantingen bij erfgrans	239
2.9	Grensafscheiding	241
2.10	Grens onder niet bevaarbaar stromend water	242
2.11	Grensoverschrijdende gebouwen of werken	243
2.12	Noodleiding	244
3	Mandeligheid (titel 5)	245
3.1	Inleiding	245
3.2	De mandeligheid als bijzondere vorm van gemeenschap	247

Inhoudsopgave

3.3	Contractuele mandeligheid; dubbele eigendomseis	249
3.4	Gevolgen beperkte uitleg wettelijke toepassingsmogelijkheden contractuele mandeligheid	251
3.5	Voorstel voor een nieuwe regeling van de contractuele mandeligheid	253
3.6	Beheer	257
3.7	Overdracht aandeel	258
3.8	Hypotheekrecht	259
3.9	Einde wettelijke mandeligheid	261
4	Erfdienstbaarheden (titel 6)	263
4.1	Inleiding	263
4.2	Vestiging en vermenging	265
4.3	De inhoud	269
4.4	De mogelijkheden onder Duits recht	276
4.5	De Nederlandse grondrente	279
4.6	De Duitse <i>Reallast</i> en de Zwitserse <i>Grundlast</i>	281
4.7	Voorbeelden van een <i>Reallast</i>	284
4.8	Wijziging/opheffing/verlegging	286
4.9	Kenbaarheid oude erfdienstbaarheden	292
5	Conclusie	294
VI	Erfpacht en opstal (titels 7 en 8)	
	<i>If it ain't broke, don't fix it</i>	297
	<i>Prof. mr. S.E. Bartels, prof. dr. V. Sagaert, mr. V. Tweehuysen en mr. F.J. Vonck</i>	
1	Inleiding	297
2	De opzet van dit preadvies en wat we niet bespreken	298
3	Het bestaan van het opstalrecht naast het erfpachtrecht	299
3.1	Algemeen	299
3.2	Samenvoeging erfpacht en opstal tot één beperkt recht?	302
3.3	Eigendomsverlies erfverpachters niet in strijd met art. 1 EP	306
3.4	Wetswijziging geboden?	307
3.5	Erfpacht naast opstal in het Belgische recht	308
4	Afscheid van de 'constructie-Beekhuis'?	310

4.1	Algemeen	310
4.2	Herkomst en rechtvaardiging van de constructie- Beekhuis	312
4.3	Bezwaren tegen de constructie-Beekhuis	316
4.4	Wetswijziging geboden?	320
4.5	Stapelning in het Belgische recht	322
5	Rangwisseling	325
5.1	Algemeen	325
5.2	Boek 5-rechten kunnen naast elkaar bestaan zonder dat van een rangorde sprake is	327
5.3	Enkele gevallen van 'rangwisseling'	328
6	Het afhankelijke opstalrecht	330
6.1	Algemeen	330
6.2	Het gebruik van afhankelijke en aanvullende opstalrechten	330
6.3	Wanneer is een opstalrecht afhankelijk?	331
6.4	De toegevoegde waarde van het afhankelijke opstalrecht	334
6.5	Afhankelijk opstalrecht naar Belgisch recht	337
7	Opzegging	338
7.1	Algemeen	338
7.2	Verhouding tussen opzegging wegens tekortschieten en om andere redenen	339
7.3	Waardevergoeding en betekening van de opzegging	341
7.4	Doen blijken van het einde van de erfpacht (art. 5:98 BW)	344
7.5	Opzegging van de erfpacht naar Belgisch recht	347
8	Samenvatting	348
VII	Appartementsrecht	
	<i>Een rechtsgebied in ontwikkeling</i>	351
	<i>Mr. B. Akkermans, prof. mr. R.F.H. Mertens en mr. M.C.E. van der Vleuten</i>	
1	Inleiding en verantwoording	351
2	VvE's en Boek 2 BW (verenigingsrechtelijke aspecten)	355
2.1	Flexibilisering van statutenwijziging	355

Inhoudsopgave

2.2	Administratieplicht in kleine VvE's	362
2.3	Kascommissie	369
2.4	Waarborgen bij ondersplitsingen	374
2.5	Faillissement van de VvE/toepasselijkheid art. 2:19a lid 2 BW/art. 2:22a BW	382
2.6	Elektronisch en/of voorafgaand aan de vergadering stemmen	384
2.7	Stortingsplicht reservefonds	387
2.8	Inzagerecht	391
3	Praktische problemen	395
3.1	Mogelijkheid tot het vestigen van een recht van opstal- of erfpacht op gemeenschappelijke gedeelten of rangwisseling?	395
3.2	Ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten	397
3.3	Instemming van de erfpachter met wijziging van de akte van splitsing	400
3.4	Procederen in appartementsrechtelijke geschillen	402
3.5	Verbod op het aangaan van langlopende verplichtingen	406
4	Gemengde complexen	411
4.1	De positie van huurders in een VvE	411
4.2	De positie van de grooteigenaar in een VvE	421
5	Toekomst	426
5.1	Flexibiliteit van het appartementsrecht, is en blijft deze voldoende?	426
5.2	Verdiepingseigendom als alternatief voor splitsing in appartementsrechten	428
5.3	Maatschappelijke en internationale ontwikkelingen	432
VIII	Grondgebonden lidmaatschap van een beheersvereniging (titels 5 en 9)	
	<i>Een nieuwe regeling voor terreinbeheer</i>	435
	<i>Prof. mr. A.A. van Velten</i>	
1	Inleiding	435
2	Uitgangspunten van de voorgestelde wettelijke regeling	437

3	Proeve van een ontwerp-titel voor Terreinbeheer	439
4	Toelichting	444
4.1	Algemeen	444
4.2	De beheersvereniging	445
4.3	Het te beheren grondgebied	446
4.4	De overeenkomst	447
4.5	Rechten van de leden/eigenaren	448
4.6	Verplichtingen van de leden/eigenaren	449
5	Bedrijveninvesteringszones	450
6	Rechtsvergelijkende notities	450
7	Samenvatting en conclusie	451

I Algemene inleiding

Prof. mr. L.C.A. Verstappen

Inleiding

Van tijd tot tijd moet wetgeving tegen het licht worden gehouden, een soort grote onderhoudsbeurt krijgen. De belangrijkste boeken van het BW zijn nu alweer bijna 25 jaar geleden ingevoerd. Sommige boeken zijn inmiddels herhaalde malen aangepast of aangevuld, zoals de Boeken 1 (uit 1970), 2 (uit 1976) en 7 (uit 1992); andere boeken lijken een rustig bezit te zijn. Zo is Boek 5 BW niet of nauwelijks gewijzigd, afgezien van wijzigingen in de titel over appartementsrechten en de nieuwe regeling inzake netwerken. Toch zijn er in Boek 5 BW onderwerpen te ontdekken die aanpassing behoeven. Het gaat dan om onderwerpen waaromtrent men in de rechtspraak op problemen stuit, dingen die niet goed of volledig genoeg geregeld zijn en bepalingen die onnodig ingewikkeld of onduidelijk geformuleerd zijn. Maar het kan ook gaan om fundamentele thema's, zoals de vraag of de huidige natrekkingsregel wel in alle opzichten voldoet en of stapeling van beperkte Boek 5 BW-rechten niet toch mogelijk gemaakt moet worden. Kortom, het is een goede gedachte dit boek eens onder de loep te nemen en een aantal auteurs te vragen om dergelijke wenselijke aanpassingen te bespreken en te voorzien van een eerste aanzet tot verbetering in de vorm van een concreet voorstel tot wijziging.

Totstandkoming preadviezen

Hoe zijn we op het idee gekomen om dit onderwerp op te pakken? Het is oud-WP*NR*-redacteur Aart van Velten geweest, die in juli 2014 heeft geopperd om iets te doen rondom Boek 5 BW. Het voorstel om een themanummer voor het *WPNR* te maken lag snel op tafel. Deze gedachte werd in augustus 2014 eerst voorgelegd aan de vaste medewerkers van het *WPNR* voor het goederenrecht. Daarna is op 16 september 2014 aan

het slot van het najaarscongres van de Notariële Registergoederen Specialisten een oproep gedaan aan de leden van deze specialistenvereniging om aan te geven welke problemen zij thans ondervinden c.q. welke onderdelen van Boek 5 BW verbeterd moeten worden en aan te geven hoe dat concreet vorm gegeven zou kunnen worden. Al deze reacties en opmerkingen zijn aan de auteurs ter beschikking gesteld en zij hebben die in hun bijdragen meegenomen. Nadat het themanummer op de rails was gezet, werd vanuit de KNB aan de redactie van het *WPNR* gevraagd om een interessant en praktisch georiënteerd onderwerp te bedenken voor een preadvies ter behandeling op de voorjaarsvergadering van de KNB in 2016. Vanuit het *WPNR* werd toen onder andere dit project voorgesteld en het bestuur van de KNB heeft hiervoor gekozen. Omdat aanvankelijk de gedachte was om ergens in de tweede helft van 2016 het themanummer te publiceren, kwam het project in een stroomversnelling. Aan de auteurs werd gevraagd om vooral een bijdrage te schrijven op basis waarvan tijdens de jaarvergadering kan worden gediscussieerd. De bedoeling is om aan de hand van deze discussie, maar ook aan de hand van de boekaankondiging voorafgaand aan de jaarvergadering en de overige bijeenkomsten die over dit thema zijn en nog worden gehouden, later in 2016 te komen met een meer voldragen stuk, in de vorm van het al geplande themanummer. Met deze aanpak wordt ook getracht recht te doen aan de oorspronkelijke gedachte van een preadvies: een aanzet tot meningsvorming en discussie voor de rechtspraktijk en geen academisch levenswerk. Hiermee is overigens niet gezegd dat de auteurs theoretische overwegingen zouden moeten mijden. Integendeel: niets praktischer dan een goede theorie. Wie de theorie goed in de vingers heeft, zal veel gemakkelijker en met minder onzekerheid met Boek 5 BW in de praktijk uit de voeten kunnen.

Inhoud preadviezen

Dit boek bestaat, naast deze inleiding, uit in totaal zeven preadviezen, allemaal betrekking hebbend op bepaalde titels van Boek 5 BW:

- I. Algemene inleiding
- II. Eigendom in het algemeen, eigendom van digitale inhoud (titel 1);
- III. Eigendom van roerende zaken, met name origineire wijzen van eigendomsverkrijging (titels 1 en 2);
- IV. Eigendom van onroerende zaken, met name natrekking (titels 1 en 3);
- V. Burenrecht, mandeligheid en erfdiensbaarheden (titels 4, 5 en 6);
- VI. Erfpacht en opstal (titels 7 en 8);
- VII. Appartementsrecht (titel 9);
- VIII. Grondgebonden lidmaatschap van een beheersvereniging (titels 5 en 9).

Gelet op de omvang van de onderwerpen is gekozen voor twee, drie of zelfs vier auteurs per preadvies, waarvan één auteur steeds de rechtsvergelijking voor zijn rekening heeft genomen. Indien sprake was van een bepaalde rolverdeling tussen de auteurs, is dat steeds aangegeven. De algemene inleiding (I) en preadvies VIII zijn van slechts één auteur.

De auteurs is gevraagd de volgende vier punten steeds aan de orde te stellen in hun preadviezen:

1. beschrijving van het te verbeteren onderdeel;
2. beschrijving wat er mis mee is;
3. beschrijving welke praktische problemen dat veroorzaakt;
4. en ten slotte welk concreet wijzigingsvoorstel daarin verbetering brengt dan wel het probleem oplost.

Ik plaats hierbij een aantal kanttekeningen van algemene aard.

Beschrijving van het te verbeteren onderdeel

De preadviezen volgen, zoals aangegeven, de indeling van Boek 5 van het BW. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling geweest om een uitgebreide verhandeling ten beste te geven over het betreffende onderdeel van het BW. Daarvoor zijn de reguliere handboeken al geschreven. De auteurs hebben zich beperkt tot de voor de beantwoording van de vraagstelling relevante aspecten van onderdelen van Boek 5 BW en relevante aanpalende wetgeving.

Beschrijving wat er mis mee is

De auteurs beschrijven welke onderdelen van Boek 5 BW aanpassing behoeven, meer in het bijzonder wat daarin precies voor verbetering vatbaar is. Onderdelen kunnen ronduit onjuist geregeld zijn. Zo kan het vestigen van een recht van opstal in art. 5:66 lid 2 BW (mandeligheid) gevoeglijk achterwege worden gelaten omdat die situatie zich nooit kan voordoen. Mogelijk is ook dat een wenselijke regeling ontbreekt, zoals bijvoorbeeld het gedwongen lidmaatschap van een beheersvereniging. Verder kunnen wetsbepalingen voor uiteenlopende interpretatie vatbaar zijn omdat zij bijvoorbeeld onduidelijk zijn geformuleerd, hetgeen onzekerheid creëert. Men denke aan de opzeggingsregeling bij erfpacht. Ten slotte kan het zijn dat de wettelijke regeling veel fundamenteeler voor verbetering vatbaar is, bijvoorbeeld omdat het uitgangspunt van de wetgever niet juist is, niet voor de hand ligt of een ander uitgangspunt beter aansluit bij de huidige praktijk. Men denke aan de onduidelijke plaats van nieuwe vormen van vermogensbestanddelen in ons recht, zoals digitale inhoud of de vraag of de regeling van originele verkrijging (natrekking, zaaksvorming en vermenging) niet te nadelig uitpakt voor bijvoorbeeld de leverancier die een eigendomsvoorbehoud bedingt tot zekerheid voor de betaling van de koopprijs tegenover de almachtige bank als hypotheek- of pandhouder.

Beschrijving welke praktische problemen dat veroorzaakt

In elke bijdrage wordt beschreven welke praktische problemen deze punten allemaal mee kunnen brengen. Daarbij valt ook weer te onderscheiden. Een probleem kan zijn dat wenselijke regelingen eenvoudigweg niet tot stand kunnen komen omdat de wettelijke regeling ontbreekt. Bijvoorbeeld dat het lidmaatschap van een beheersvereniging niet kwalitatief kan worden gekoppeld aan de eigendom of een beperkt recht met betrekking tot een onroerende zaak, of dat een opstalrecht niet kan worden gevestigd met betrekking tot een gedeelte van een onroerende zaak dat niet kwalificeert als gebouw of werk in de zin van art. 5:101 lid 1 BW. Het probleem in de praktijk is dat de notaris zijn toevlucht moet zoeken naar alternatieven die vaak maar beperkt voldoen. Het lidmaatschap van een beheersvereniging kan weliswaar via een kettingbeding aan de eigenaar van een onroerende zaak worden geklonken, maar deze constructie is niet bestand tegen faillissement van de eigenaar. Problematisch zijn ook de wetsbepalingen die onduidelijk zijn geformuleerd of waarvan de strekking niet helemaal helder is. Zo bijvoorbeeld de vraag of het mogelijk is

om contractuele mandeligheid te combineren met beperkt zakelijke rechten. De onzekerheid die dat meebrengt, leidt ertoe dat het notariaat in dergelijke gevallen bijna van nature terughoudend wordt.

Welk concreet wijzigingsvoorstel daarin verbetering brengt dan wel het probleem oplost

Bij de beantwoording van de vraag welke concrete voorstellen gedaan kunnen worden, past de afweging of het probleem zodanige omvang heeft dat het gerechtvaardigd is om een wettelijke regeling te veranderen dan wel een geheel nieuwe regeling op te stellen, mede met het oog op de mogelijke ingrijpendheid van de wijziging. Het doordenken van de gevolgen van nieuwe wetgeving is in dit verband een noodzakelijke exercitie. Wie aan de natrekkingsregel gaat sleutelen haalt nogal wat overhoop. Daarentegen zullen slechts weinig fundamentele bedenkingen kunnen worden ingebracht tegen het expliciet openstellen van de figuur van de mandeligheid voor de erfpachter. Men kan betogen dat met onvolledige en/of onjuiste wetgeving best te leven valt. Deze redenering heeft in verband met deze preadviezen maar een beperkte overtuigingskracht. Overall valt wel mee te leven, zoals bijvoorbeeld met het personenvennootschapsrecht van 1838. Maar het gaat in deze preadviezen om optimalisering van de wet, evenwel met deze kanttekening dat het voor de afweging of het zinvol is de wet te veranderen, ook noodzakelijk is te weten wat een nieuwe regeling allemaal overhoop haalt. De preadviseurs hebben gelukkig niet geschroomd om in deze experimenteertuin gedurfde en ambitieuze wijzigingsvoorstellen te doen, waarvan de impact soms vrij groot zal zijn. Maar er worden in de preadviezen ook betrekkelijk veel voorstellen gedaan om wetgeving in meer technische zin aan te passen, bijvoorbeeld de voorstellen om het procesrecht rondom appartementsrechten te stroomlijnen.

Speciale aandacht wordt geschonken aan rechtsvergelijking. Daar waar relevant gaan de auteurs ook in op buitenlandse regelingen met betrekking tot eigendom en beperkte rechten die mogelijk oplossingen bieden voor geschetste problemen. Rechtsvergelijking kan echter ook tot de geruststellende gedachte leiden dat we het in Nederland nog zo gek niet hebben geregeld. Bij deze rechtsvergelijking moet in het oog worden gehouden dat het vastgoedrecht heel sterk wordt beïnvloed door lokale factoren van feitelijke, maatschappelijke en economische aard en door

het historisch bepaalde nationale rechtssysteem, waarbij de registratie van (rechten op) vastgoed een belangrijke plaats inneemt. De inbedding van het vastgoedrecht in een bepaald rechtssysteem en de verbindingen naar andere deelgebieden van dat rechtssysteem maken dat buitenlandse oplossingen bepaald niet altijd zonder meer kunnen worden getransplan-teerd naar ons Nederlands rechtstelsel.

Bij zo'n omvangrijk project met zoveel uiteenlopende auteurs en onder-werpen is het onmogelijk dat alle bijdragen op alle punten vanuit dezelfde standpunten of opvattingen zijn geschreven. De auteurs hebben (uiter-aard) alle vrijheid om eigen standpunten en opvattingen in te nemen. Dat is ook uitdrukkelijk de bedoeling, teneinde vanuit verschillende gezichts-punten oplossingsrichtingen aan te geven.

De concrete voorstellen tot aanpassing betreffen bestaande artikelen en het invoeren van geheel nieuwe bepalingen. Voorgestelde nieuwe wet-tekst staat in cursief en tekst waarvan wordt voorgesteld om die te laten vervallen is nog zichtbaar doorgehaald.

Hanteerbaar zakenrecht

Bij dit alles moet voor ogen worden gehouden dat het recht ordent en accommodeert. Het recht heeft voor alles de functie om op een logische en overzichtelijke wijze ordening aan te brengen in vermogensrechtelijke relaties, met als doel de rechtszekerheid te bevorderen en te zorgen voor een rechtvaardige rechtsbedeling. Dat daarbij bepaalde uitgangspunten gelden spreekt voor zich, evenals het gegeven dat die uitgangspunten niet de enig denkbare zijn. De vraag is wat gelet op voormelde functies van het recht precies de betekenis is van het hebben van een uitgangs-punt, wat de meest voor de hand liggende uitgangspunten zijn, op welke wijze daarvan kan en moet worden afgeweken en hoe die afwijkingen kunnen worden gerechtvaardigd. Het eindresultaat moet een afgewogen stelsel opleveren waarmee de praktijk ook uit de voeten kan, dat in de praktijk *hanteerbaar* is.

Algemene inleiding

I

Grote dank gaat uit naar alle auteurs die in korte tijd prachtige preadviezen hebben afgeleverd. Het enthousiasme en de inzet van alle auteurs verdienen grote waardering. Veel dank gaat ook uit naar de Groningse notariële studenten Tiddo Bos en Eloïse Spoelman voor alle werkzaamheden rondom de totstandkoming van deze preadviezen.

Mede namens de redactie van het *WPNR* wens ik u veel leesplezier toe en hoop ik op een grote opkomst bij de jaarvergadering op 8 maart 2016 te Utrecht!



II Eigendom in het algemeen; eigendom van digitale inhoud (titel 1)

Over digitale inhoud als zaak

Prof. mr. J.H.M. van Erp en mr. W. Loof

1 Inleiding

De digitale wereld biedt de mens een heel nieuwe omgeving om activiteiten te ontwikkelen en relaties aan te gaan. In een (beperkt) aantal opzichten doet de digitale, virtuele wereld daarbij niet onder voor de 'echte', fysieke wereld.¹ Evenals de fysieke wereld heeft de digitale wereld zijn culturele, politieke, sociale, economische, morele en ook juridische aspecten. Nemen wij het juridische aspect van de digitale wereld onder de loep, dan is het mogelijk daarbinnen die onderscheidingen te maken die ook het juridische leven in de fysieke wereld beheersen. Zo is daar bijvoorbeeld het onderscheid tussen het strafrecht (het verbod op het hacken van een geautomatiseerd werk), het bestuursrecht (de 'cookiewet'),

1 In dit preadvies gaan we niet in op andere, wat wel worden genoemd, 'nieuwe' objecten en vormen van eigendom, zoals emissierechten, de handel in 'slots' op luchthavens, melkquota en spectrumrechten. Zie hierover onder (veel) meer de studie van M. Colangelo, *Creating Property Rights. Law and Regulation of Secondary Trading in the European Union*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff 2012. Ook gaan we niet in op vragen met betrekking tot bijvoorbeeld genetische informatie, zoals of men zich 'eigenaar' van de resultaten van onderzoek met betrekking tot het eigen DNA kan noemen en wie toegang heeft tot deze informatie. Zie over de potentieel vergaande ontwikkelingen op dit terrein de bijdrage van M.A. Rothstein & L. Rothstein, 'How genetics might affect real property rights', binnenkort te verschijnen in *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2016/1. Daarin laten zij zien dat genetische informatie, zoals de kans dat men de ziekte van Alzheimer krijgt, van groot economisch belang zou kunnen worden voor bijvoorbeeld hypothecair krediet verstreckende instellingen.

en het privaatrecht (het 'recht' om te worden vergeten vs. het 'recht' om zoekresultaten te publiceren).²

Op wat voor manier beheerst dan het privaatrecht, of meer specifiek het vermogensrecht, het leven in de digitale wereld? Het verbintenissenrecht beheerst op vergelijkbare wijze als in de fysieke wereld de manier waarop tussen partijen verbintenissen kunnen ontstaan, bijvoorbeeld door onrechtmatige daad (het hacken van een anders netwerk) of door overeenkomst (het aanvaarden van een aanbod binnen een digitale omgeving). Uiteraard kent het 'digitale' verbintenissenrecht zijn eigen specifieke vragen, zoals bijvoorbeeld de vraag naar derdenbescherming bij internetaankopen³ of de vraag hoe precies een aanbod of aanvaarding binnen de digitale wereld tot stand komt.⁴ Naast het verbintenissenrecht speelt het intellectueel eigendomsrecht een belangrijke rol in het 'digitale' privaatrecht. Dat gebeurt eveneens op vergelijkbare wijze als in de fysieke wereld⁵, zij het dat het 'digitale' intellectueel eigendomsrecht ziet op intellectuele prestaties die zijn 'belichaamd' in digitale vorm, in plaats van in fysieke vorm. Anders dan het verbintenissenrecht en het intellectueel eigendomsrecht, schijnt het goederenrecht de digitale wereld niet op vergelijkbare wijze te

- 2 Men kan zich de vraag stellen of privacykwesties vanuit de huidige klassieke indeling: publiekrecht/privaatrecht wel te kwalificeren zijn. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke aspecten (respectievelijk: bescherming van persoonsgegevens vanuit het algemeen belang en de mogelijkheid over de 'eigen' gegevens te beschikken, deze bijvoorbeeld te kunnen overdragen) lopen hier door elkaar heen.
- 3 Hierover E. Koops & E.F. Verheul, 'Webwinkels en derdenbescherming', in: E. Koops e.a. (red.), *Digitaal privaatrecht*, Den Haag 2014; H.A.G. Fikkers, 'E-commerce en de derdenbescherming van art. 3:86 lid 3 sub a BW', *WPNR* 2000/6406.
- 4 Vgl. M.B. Voulon, *Automatisch contracteren* (diss. Leiden), 2010; M.B.M. Loos, 'Consumentenovereenkomsten tot levering van digitale inhoud onder het gemeenschappelijk Europees kooprecht', *TvC* 2014, afl. 1; B. Claessens, 'Totstandkoming en bewijs van overeenkomsten: algemene beginselen en contractuele modalisering', in: K. Broeckx e.a. (red.), *Privaatrecht in de reële en digitale wereld*, Mechelen: Kluwer 2002; D. Counye, 'De totstandkoming en het bewijs van de overeenkomst in een digitale omgeving: overeenkomsten op afstand en de elektronische handtekening', in: K. Broeckx e.a. (red.), *Privaatrecht in de reële en digitale wereld*, Mechelen: Kluwer 2002.
- 5 Zo reeds S.J.H. Gijrath e.a. (red.), *Intellectueel eigendom in digitaal perspectief*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 1996. Zie ook N. Fox (consulting editor), *Intellectual Property in Electronics and Software*, Londen: *Globe Law and Business* 2013, specifiek p. 183-199 voor het Nederlandse rapport van de hand van B. Berghuis van Woortman, M. de Koning & R. Laddé.

beheersen als de fysieke wereld. Althans, het schijnt thans niet mogelijk te zijn om rechtstreeks een recht 'in' of heerschappij over een digitaal object uit te oefenen. Niettemin vertegenwoordigen veel digitale objecten een aanzienlijke economische waarde. Het is daarom niet verwonderlijk dat de vraag of men eigenaar kan zijn van dergelijke objecten steeds meer opgeld doet.⁶ De Hoge Raad heeft, zij het in een strafzaak, uitgesproken dat diefstal van virtuele objecten mogelijk is.⁷ In deze uitspraak is de parallel getrokken met elektriciteit. Deze uitspraak lijkt erop te wijzen dat, in ieder geval enige vorm van, rechten 'in' of heerschappij over virtuele objecten mogelijk is.⁸ In dit deel van het preadvies dient, mede rekening houdend met de rechtsontwikkeling binnen de Europese Unie en de Verenigde Staten, onder ogen te worden gezien of het inderdaad mogelijk is om rechten te hebben 'in' digitale objecten. We hebben namelijk inmiddels allemaal meer virtuele objecten van waarde dan we ons realiseren en bij verscheidene van deze objecten rijst de vraag (onder veel meer) of ze kunnen worden overgedragen, beslagen, 'gerevindiceerd' en of overgang (in het bijzonder vererving) mogelijk is. Met andere woorden, de vraag rijst of, en op welke wijze, digitale objecten in ons goederenrechtelijke systeem kunnen worden ingepast.

Hierna zal allereerst uiteen worden gezet welke rechtsoBJECTEN als objecten van absolute rechten 'op het eerste niveau' kunnen gelden. Daarna zal worden gepoogd om tot een nauwkeuriger afbakening te komen van het begrip 'digitale inhoud' en het aan ons voorliggende probleem (par. 2). Vervolgens zal worden ingegaan op de problemen die zich in de rechtspraktijk rondom digitale inhoud hebben voorgedaan (par. 3). In par. 4 zal worden ingegaan op de mogelijkheid van eigendom van digitale inhoud in rechtsvergelijkend perspectief en de vraag of digitale inhoud als zaak kan worden beschouwd. De bijdrage eindigt met een aanbeveling.

6 Zie bijvoorbeeld het themanummer over digitale eigendom van het *European Property Law Journal (EPLJ)*, tweede jaargang, nr. 2 (december 2013).

7 HR 31 januari 2012, *NJ* 2012/536 (*Runescape*).

8 Zie echter HR 3 december 1996, *NJ* 1997/574 en E. Dommering, 'De door het recht bestuurde wereld is altijd virtueel geweest. Daar heeft de computer niets aan veranderd', *NJB* 2013/19.

2 Rechtsobjecten op het eerste niveau; probleemstelling

Larenz onderscheidde in zijn *Allgemeiner Teil* drie verschillende niveaus van rechtsobjecten.⁹ Op het eerste niveau vindt men de lichamelijke zaken en de onlichamelijke zaken waarover men absolute rechten kan uitoefenen, zoals geestelijke werken, uitvindingen en handelsmerken. Op het tweede niveau vindt men die objecten waarover men bij rechtshandeling kan beschikken. Dit niveau bevat derhalve alle vermogensrechten. Op het (hypothetische) derde niveau vinden we de rechtsobjecten die bestaan in relatie tot de rechtsobjecten op het tweede niveau. Men zou hier bijvoorbeeld het vermogen kunnen situeren. Ook binnen het Nederlandse vermogensrecht kan men deze drie niveaus onderscheiden, zij het dat ons BW rechtsobjecten uit twee verschillende niveaus onder de categorie goederen schaaft: de lichamelijke zaken en de vermogensrechten.¹⁰ Door de hiervoor samengevatte theorie van Larenz wordt aan de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten een theorie over een *numerus clausus* van rechtsobjecten toegevoegd. Daarbij staat voorop dat eigendom van een object in de fysieke wereld om ons heen uitgangspunt van ons goederenrechtelijk denken is. Wat zich echter in de niet-fysieke wereld afspeelt, kan fictief gelijkgesteld worden aan wat zich in de reële wereld voordoet, maar is nooit daaraan identiek. Eigendom van land is immers niet hetzelfde als 'eigendom' van een vordering. In beide gevallen zou het gebruik van het woord 'eigendom' overigens wel uitdrukken dat het om het meest verstrekkende recht op respectievelijk de zaak of de vordering gaat,¹¹ maar het eigendomsrecht krijgt telkens een andere lading. De definitie van 'eigendom' is daarmee niet meer universeel. Om deze theoretische onzuiverheid te vermijden, wordt in het Duitse recht, in tegenstelling tot het Franse recht, niet gesproken over 'eigendom' van vorde-

9 K. Larenz & M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München: C.H. Beck 2004, p. 350 e.v. en 383 e.v. Vgl. J. Hage, 'Vermogensrechten en hun objecten', *NTBR* 2004, 8.

10 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV, 2013, nr. 54.

11 Althans, indien men het mogelijk acht om vermogensrechten in 'eigendom' te hebben. Het is immers ook mogelijk de gerechtigdheid tot een recht te conceptualiseren als een 'leeg' hebben van dat recht. In die opvatting is het overbodig om te zeggen dat men zijn vermogensrechten in 'eigendom' heeft. Alle bevoegdheden die een dergelijk 'eigendom' in zouden kunnen houden, komen aan de gerechtigde reeds toe op grond van het vermogensrecht zelf.

ringen, maar over 'gerechtigdheid'. Wij volgden onder het oude BW de Franse benadering, onder het huidige BW volgen we de Duitse opvatting. Het lijkt er dus op dat het Franse recht een meer open benadering van de *numerus clausus* koppelt aan een meer flexibele opvatting over wat rechtsobjecten kunnen zijn, terwijl het Duitse recht een strikte *numerus clausus*-benadering verbindt met een focus op allereerst de fysieke wereld om ons heen en pas daarna de immateriële wereld.¹² De vraag is nu of het naar Nederlands recht, dat inmiddels sterk door het Duitse rechtsdenken is beïnvloed, mogelijk is om digitale objecten op het eerste door Larenz onderscheiden niveau te situeren, als object van absolute rechten.

2.1 Eigendom van zaken

Alleen de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten, lichamelijke zaken dus, zijn vatbaar voor eigendom. Naast de criteria van menselijke beheersbaarheid en stoffelijkheid, geldt dat een object individualiseerbaar moet zijn en waarde moet hebben om vatbaar te zijn voor eigendom.¹³ Het criterium van 'menselijke beheersbaarheid' schijnt te zien op het vermogen om het object te kunnen beetpakken, afsluiten, beroeren, verplaatsen en dergelijke. Van der Steur ziet de kern van het begrip 'menselijke beheersbaarheid' in de mogelijkheid om feitelijk gebruik door derden af te sluiten. Zo kan het gebruik van een specifiek stuk grond en het huis daarop wel van gebruik door derden worden afgesloten, maar het water van de zee niet, zelfs niet als het mogelijk zou zijn om gebruik van een bepaald stukje zee, bijvoorbeeld een baai, uit te sluiten.¹⁴ Met betrekking tot het criterium 'stoffelijkheid' wordt dikwijls opgemerkt dat hierbij niet zuiver kan worden aangesloten bij het begrip 'stoffelijkheid' in natuur-

12 Voor een inleiding tot een rechtsvergelijkende studie van het goederenrecht zie: S. van Erp & B. Akkermans (red.), *Cases, Materials and Text on Property Law, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford/Portland, Or.: Hart 2012, o.a. Hoofdstuk 1 (S. van Erp, General issues: setting the scene).

13 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV, 2013, nr. 58.

14 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 127. Zie ook S. van Erp, 'A Case Note from a Dutch Perspective', *European Review of Private Law* 2012, 4, p. 1165-1170 over de vraag of men 'gerechtigde' kan zijn met betrekking tot de toevoer van een windstroom naar een windmolenpark.

wetenschappelijke zin. Niet doorslaggevend is derhalve of een object ruimte inneemt of massa bezit, doorslaggevend zijn slechts 'de eisen van het praktische rechtsleven',¹⁵ zoals die door de maatschappelijke ontwikkelingen worden bepaald. Bepalend is daarom in de eerste plaats wat zich in de voor-theoretische ervaring aan de mens als stoffelijke eenheid voordoet.¹⁶

Van der Steur merkt op dat het begrip 'stoffelijkheid' het meest aangewezen criterium is om onderscheid te maken tussen rechtsobjecten van eigendomsrechten en rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten. Stoffelijke objecten bestaan onafhankelijk van de mens, terwijl de rechtsobjecten van intellectuele eigendomsrechten, de voortbrengselen van de geest, niet zonder de mens kunnen bestaan.¹⁷ Toch kan niet van alle objecten die wij als stoffelijk beschouwen, gezegd worden dat zij volstrekt onafhankelijk van de mens bestaan. De eigenaar van een perceel grond is niet alleen eigenaar van de grond zelf, maar ook, tot een bepaald niveau, eigenaar van de ondergrond en de ruimte daarboven. In dat opzicht is de onroerende zaak een door menselijke afspraak gecreëerd object. Von Bar definieert het *Grundstück* daarom als normatieve zaak met een fysiek substraat:

“Grundstücke i.S.d. Sachenrechts sind zwar Sachen, denen wie der Landschaft, aus der sie normativ herausgeschnitten werden, ein physisches Substrat innewohnt. Das bedeutet aber nicht, dass Grundstücke der Stofflichkeit des zu ihnen gehörenden Bodens auch schon ihre Eigenschaft als Sachen verdanken. Das Gegenteil ist der Fall. Ihr Bodenelement verschafft ihnen, genau besehen, nicht einmal Körperlichkeit. Man kann auf einem Acker zwar stehen und sich die Schuhe schmutzig machen; in diesem Sinnen ließe sich also sagen, es handele sich bei ihm um eine ‚körperliche‘ Sache. Das ist indes nicht der Körperlichkeitsbegriff, auf den es für die Zwecke des Sachenrechts entscheidend ankommt. Für dieses besteht die vorrangige Aufgabe viel-

15 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV, 2013, nr. 58.

16 Vgl. J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940, § 30.

17 Van der Steur, 2003, p. 130.

mehr darin, überhaupt erst einmal einen ‚Körper‘, das heißt normativ eine sachenrechtsfähige räumliche Einheit zu schaffen. [...] [Grundstücken] müssen erst von der Rechtsordnung – und zwar zu allen Seiten, das heißt in Luftraum, im Erdboden und in der Bodenfläche – zu einer Sache geformt werden.”¹⁸

2.2 Objecten van intellectuele eigendomsrechten

Naast de lichamelijke zaken bevinden zich op het eerste niveau van rechtsobjecten die onlichamelijke zaken waarover men absolute rechten kan uitoefenen. Het gaat hierbij echter niet om vermogensrechten, die in bijvoorbeeld het systeem van Gaius ook wel worden aangeduid als onlichamelijke zaken, maar om de objecten van intellectuele eigendomsrechten. Ook intellectuele eigendomsrechten hebben alle een rechtsobject, namelijk de geestelijke creatie ten aanzien waarvan het recht aan de rechthebbende een monopolie verleent. De intellectuele creatie kan bestaan uit een literair, wetenschappelijk of artistiek werk, een uitvinding, een merk, een model, een databank of een plantenras. Ook voor de objecten van intellectuele eigendomsrechten geldt dat zij geïndividualiseerd moeten kunnen worden:

“Een absoluut recht waarvan het object zo vaag en ongrijpbaar zou worden, is in zijn consequenties niet te overzien. Het is schadelijk om op zulk een recht aan te sturen.”¹⁹

2.3 Digitale inhoud

Een digitaal object heeft een fysieke component, in die zin dat sprake is van een zogeheten *bit vector* of *bit string*, verzamelingen van bits, die bestaan in het aanwezig of afwezig zijn van een putje of de positie van

18 C. Von Bar, ‘Grundfragen europäischen Sachenrechtsverständnisses’, *JZ* 2015/18, p. 849. Zie ook C. Von Bar, ‘Why do We Need *Grundstücke* (Land Units) and What are They? On the Difficulties of Divining a European Concept of “Thing” in Property Law’, *Juridica International* 2014/22.

19 S. Gerbrandy, *Industriele eigendom en subjectief recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1946, p. 209.

een magnetische schakelaar.²⁰ Het Hooggerechtshof van de staat Louisiana heeft software daarom (in het kader van belastingheffing) als *'tangible personal property'* aangemerkt:

"In defining tangible, 'seen' is not limited to the unaided eye, 'weighed' is not limited to the butcher or bathroom scale, and 'measured' is not limited to a yardstick [...] The software itself, i.e. the physical copy, is not merely a right or an idea to be comprehended by the understanding. The purchaser of computer software neither desires nor receives mere knowledge, but rather receives a certain arrangement of matter that will make his or her computer perform a desired function. This arrangement of matter, physically recorded on some tangible medium, constitutes a corporeal body."²¹

Verstijlen stelt dat het niet gaat om de fysieke 'nullen en enen' zoals die zijn vastgelegd op de drager.²² Deze functioneerden tot nu toe slechts als vluchtheuvel om de materie beheersbaar te maken. Het schijnt weinig vruchtbaar om de fysieke 'nullen en enen' als object van rechten aan te merken, ook al omdat men die niet los kan zien van de fysieke drager zelf. Veeleer gaat het om databestanden met computerinstructies waarmee, via een interpretatie van die databestanden door een computer, bepaalde functies kunnen worden uitgevoerd die bijvoorbeeld nuttig of gemakkelijk zijn voor de gebruiker.²³ Het gaat, met andere woorden, om

- 20 S. Green & D. Saidov, 'Software as Goods', *Journal of Business Law* 2007, p. 165. Een instructieve samenvatting van het technische proces waarmee binair opgeslagen informatie uiteindelijk tot virtueel bruikbaar object wordt getransformeerd is te vinden in de scriptie van J. Kuhlmann, 'Virtuele objecten: echt voor het recht', 2010 (via njb.nl/Uploads/2014/4/Scriptie-JoostKuhlmann.pdf) en in een artikel van P. Ford, 'What is coding?' voor Bloomberg Businessweek (gepubliceerd op 11 juni 2015, via bloomberg.com/graphics/2015-paul-ford-what-is-code/).
- 21 *South Central Bell Telephone Co v. Sidney J. Barthelemy*, 643 So. 2d 1240, 1246.
- 22 F.M.J. Verstijlen, 'Goederenrecht 2.0', in: E. Koops e.a. (red.), *Digitaal Privaatrecht*, Den Haag: Boom 2014, p. 143. Zie ook de hierboven vermelde scriptie van J. Kuhlmann.
- 23 Vgl. H. Haberstrumpf, 'Der handel mit gebrauchter Software im harmonisierten Urheberrecht', *Computer und Recht* 2012, p. 563; S. Green & D. Saidov, 'Software as Goods', *Journal of Business Law* 2007, p. 161-181; K. Siewicz, 'Free Software and the Law. On collaborative law-making and adjudication', in: L. Mommers e.a. (red.), *Het binnenste buiten* (liber amicorum A.H.J. Schmidt), Leiden: E.M. Meijers 2010.

digitale inhoud. Voor een definitie daarvan kan aansluiting worden gezocht bij de Richtlijn betreffende consumentenrechten,²⁴ het inmiddels teruggetrokken voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht,²⁵ en het op 9 december 2015 door de Commissie gepubliceerde *Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*,²⁶ welke alle drie een definitie van digitale inhoud bevatten. Art. 2(j) van het voorstel voor een Common European Sales Law (CESL) definieert digitale inhoud als volgt:

"[...] gegevens die, al dan niet volgens de specificaties van de koper, in digitale vorm geproduceerd en geleverd worden, inclusief video, audio, afbeeldingen of schriftelijke digitale inhoud, digitale spellen, software en digitale inhoud waarmee bestaande hardware of software kan worden gepersonaliseerd [...]"²⁷

Blijkens art. 5(b) kan het gaan om gegevens, al dan niet op een fysieke drager, welke kunnen worden opgeslagen, verwerkt of gebruikt, en worden hergebruikt door de gebruiker. Art. 2 (11) van de Richtlijn betreffende consumentenrechten volstaat met:

24 Richtlijn 2011/83/EU van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten.

25 Zie over dit voorstel vanuit de optiek van gedigitaliseerde inhoud: *Statement of the European Law Institute (ELI): Unlocking the Digital Single Market – An Instrument for 21st Century Europe, 2nd Supplement to the Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*, Vienna 2015, elektronisch beschikbaar via de website van het ELI (www.europeanlawinstitute.eu). Deze stellingname is voorbereid door een ELI werkgroep onder voorzitterschap van Lord Thomas of Cwmgiedd, Lord Chief Justice van Engeland en Wales.

26 Op moment van schrijven nog niet beschikbaar in een Nederlandse vertaling.

27 Hieronder vallen blijkens art. 2j niet:

- (i) financiële diensten, inclusief diensten inzake online-bankieren;
- (ii) in elektronische vorm verstrekt juridisch of financieel advies;
- (iii) elektronische diensten in de gezondheidszorg;
- (iv) elektronische communicatiediensten en -netwerken, en bijbehorende faciliteiten en diensten;
- (v) gokken;
- (vi) het creëren van nieuwe digitale inhoud en het wijzigen van bestaande digitale inhoud door consumenten of andere interacties met de creaties van andere gebruikers.

“[...] gegevens die in digitale vorm geproduceerd en geleverd worden.”²⁸

In de preambule bij par. 19 wordt verduidelijkt dat het moet gaan om gegevens die in digitale vorm geproduceerd en geleverd worden, zoals computerprogramma's, toepassingen, spellen, muziek, video's en teksten, ongeacht of de toegang tot deze gegevens wordt verkregen via downloaden of streaming, vanaf een materiële drager of langs een andere weg.²⁹ In de preambule bij het Voorstel voor de Richtlijn betreffende contracten voor de levering van digitale inhoud, onder 11, wordt duidelijk gemaakt dat de notie (de Engelse tekst spreekt uitdrukkelijk over '*notion*') van digitale inhoud in het voorstel breder is dan in de Richtlijn betreffende consumentenrechten. Deze notie dient van een '*future-proof nature*' te zijn. Het voorstel beoogt alle vormen van digitale inhoud te beslaan, inclusief leveranties die zijn gemaakt in ruil voor persoonlijke data van de gebruiker. In het bijzonder richt het voorstel zich op het ontstaan, alsmede de verwerking en opslag van data, waarbij het niet uitmaakt of de digitale inhoud wordt aangeleverd via bijvoorbeeld een download, streaming service, of sociaal medium (zie art. 3). In art. 2 lid 1 van het voorstel wordt digitale inhoud dan als volgt gedefinieerd:

- “(a) data which is produced and supplied in digital form, for example video, audio, applications, digital games and any other software,
- (b) a service allowing the creation, processing or storage of data in digital form, where such data is provided by the consumer, and
- (c) a service allowing sharing of and any other interaction with data in digital form provided by other users of the service.”³⁰

Is digitale inhoud nu te kwalificeren als zaak? Digitale inhoud heeft in ieder geval een fysiek substraat, het gaat immers om binair opgeslagen data die via interpretatie door een computer een bepaalde functionaliteit

28 Vgl. art. 6:230g lid 1 sub i BW.

29 Zie ook de definitie van '*computer programs*' in s. 101 van de U.S. Copyright Act: '*A "computer program" is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result.*'

30 Art. 3 lid 5 van het voorstel geeft een vergelijkbare serie uitzonderingen als het hierboven geciteerd art. 2j van de CESL.

voor de gebruiker kan hebben.³¹ Het is ook goed mogelijk om anderen van het gebruik van die functionaliteit uit te sluiten en in die zin is digitale inhoud voor menselijke beheersing vatbaar. Ook in andere zin is digitale inhoud voor menselijke beheersing vatbaar, namelijk doordat technologische ontwikkelingen ons in staat stellen om data, via het gebruik van de computer, te beheersen.³² Veelal doet digitale inhoud zich bovendien aan onze waarneming als een individualiseerbaar object voor en kan het, binnen de digitale omgeving, ook worden geïndividualiseerd. Dat geldt niet alleen voor een virtueel zwaard in een spelomgeving, maar ook voor bijvoorbeeld een e-mail. Hiermee is natuurlijk niet gezegd dat digitale inhoud ook als zaak zou moeten worden beschouwd. Of dat zou moeten, hangt vooral af van de eisen van het praktische rechtsverkeer. Meer specifiek is het aan ons voorliggende probleem dus of de eisen van het praktische rechtsverkeer verlangen dat digitale inhoud als zaak, en daarmee als object van absolute rechten, moet worden beschouwd.

3 Problematiek rond digitale inhoud

De vraag naar het karakter van digitale inhoud heeft zich de laatste jaren op de meest prangende wijze voorgedaan rondom licentiëring van digitale inhoud en de vraag of een dergelijke licentiëring het met betrekking tot die digitale inhoud bestaande distributierecht van de auteursrechthebbende uitput. Bij licentiëring van digitale inhoud aan een eindgebruiker, waarmee wordt beoogd aan de eindgebruiker een bevoegdheid te geven om iets te doen dat anders in strijd zou zijn met een intellectueel eigendomsrecht, ontstaat de vraag of het geheel van handelingen daarenboven (of: in plaats daarvan) als verkoop van digitale inhoud zelf kan worden aangemerkt. Het antwoord is bepalend voor de vraag of het met betrekking tot een softwarekopie bestaande auteursrecht door de eerste

31 Vgl. P. Kleve, *Juridische iconen in het informatietijdperk* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004, zie in het bijzonder hoofdstuk 6; M. Berberich, *Virtuelles Eigentum*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010, p. 90-93 en 114-130 en onderdeel 3.12.3 van de conclusie van A-G Wuisman vóór HR 27 april 2012, *NJ* 2012/293.

32 Zie ook A.C. Lagemaat, M.L. Boonk & M. Briët, 'Vermogensrechtelijke aspecten', in: A.R. Lodder (red.), *Recht in een virtuele wereld: Juridische aspecten van Massive Multiplayer Online Role Playing Games*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2006.

verkoop daarvan wordt uitgeput,³³ zodat een tweede verkoop van die softwarekopie door de verkrijger niet een schending van het auteursrecht oplevert.³⁴ Daarnaast wordt ingegaan op de rechten van de gebruiker van digitale inhoud in het faillissement van de auteursrechthebbende en, kort, op de ontwikkelingen in de Verenigde Staten met betrekking tot digitale inhoud in het erfrecht.

3.1 Anglo-Amerikaans recht

In de Engelse rechtspraak is voor de beantwoording van de hierboven geformuleerde vraag aansluiting gezocht bij het medium dat de software bevat. In *St Albans City and DC v International Computers Ltd* [1996] 4 All ER 481 bepaalde het Engelse *Court of Appeal* dat software niet 'tangible' is and derhalve geen 'good' in de zin van de *Sale of Goods Act*, zodat de daarin neergelegde wettelijke bepalingen niet van toepassing waren op de overeenkomst in kwestie. In *Southwark LBC v IBM UK Ltd* [2011] EWHC 549 komt Akenhead J. tot een ander oordeel:

"[...] one will need always to examine the contractual terms pursuant to which the customer acquires the software. If, as here, it is simply a licence to use that is being granted albeit for a money

- 33 Dat wil zeggen, de auteursrechthebbende kan geen bezwaar meer maken tegen verdere *distributie* van die kopie, art. 12b Aw: 'Indien een exemplaar van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst door of met toestemming van de maker of zijn rechtverkrijgende voor de eerste maal in een van de lidstaten van de Europese Unie of in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte in het verkeer is gebracht door eigendomsoverdracht, dan vormt het anderszins in het verkeer brengen van dat exemplaar, met uitzondering van verhuur en uitlening, geen inbreuk op het auteursrecht.'
- 34 Vgl. Art. 45h Aw: 'Voor het openbaar maken door middel van verhuren van het geheel of een gedeelte van een [computerprogramma] of van een verveelvoudiging daarvan die door de rechthebbende of met zijn toestemming in het verkeer is gebracht, is de toestemming van de maker of zijn rechtverkrijgende vereist.' Art. 45i Aw: 'Onverminderd het bepaalde in artikel 13 wordt onder het verveelvoudigen van een [computerprogramma] mede verstaan het laden, het in beeld brengen, de uitvoering, de transmissie of de opslag, voor zover voor deze handelingen het verveelvoudigen van dat werk noodzakelijk is.' Blijkens art. 45m Aw worden het vervaardigen van een kopie van het computerprogramma en het verhalen van de codevorm daarvan niet als een inbreuk op het auteursrecht beschouwd, voor zover het gaat om handelingen die nodig zijn om interoperabiliteit met andere programma's tot stand te brengen, en de handelingen zijn verricht door de rechtmatige verkrijger van de software.

consideration, there may be no transfer of property. In principle, a licence to use, if that is all it is, may well not transfer any property or title in the goods in question. However, if the arrangement between the parties can be said to involve the transfer of property to the buyer, I see no reason why in principle software that is so transferred can not be 'goods' for the purposes of the Act."

J. Akenhead ziet hierbij kennelijk op de situatie waar software wordt overgedragen op een fysieke drager, zoals een cd.³⁵ Interessant is dat hij belang hecht aan de bepalingen in de licentie, waar partijen zijn overeengekomen dat '*title, copyright and all other proprietary rights in the Software*' bij de licentiegever blijven en dat bij ontbinding van de licentie de verkrijger de software moet retourneren of vernietigen, en dat daarom, ondanks het feit dat er een eeuwige licentie is afgegeven, alles er op wijst dat er geen '*transfer of property in the software*' is geweest en dat de eigendomsrechten zijn voorbehouden.

In de Amerikaanse zaak *Vernor v. Autodesk Inc.*, 9th Cir., January 18 2011, onderscheidde het *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* eveneens tussen een gebruikslicentie en een daadwerkelijke verkoop van een softwarekopie (op een cd-rom), deze keer om te bepalen of het auteursrecht met betrekking tot de softwarekopie wel of niet was uitgeput:

"First, we consider whether the copyright owner specifies that a user is granted a license. Second, we consider whether the copyright owner significantly restricts the user's ability to transfer the software. Finally, we consider whether the copyright owner imposes notable use restrictions."

35 Zie ook *Fern Computer Consultancy Ltd v. Intergraph Cadworx & Analysis Solutions Inc.* [2014] EWHC 2908. In *Beta Computers (Europe) Ltd v. Adobe Systems (Europe) Ltd* [1996] SLT 604 bekritiseerde de Schotse Lord Penrose overigens al de mening volgens welke het medium waarop de software wordt aangeleverd van belang zou zijn voor de kwalificatie van de overeenkomst. Het doet volgens Lord Penrose weinig ter zake of dat op een cd gebeurt of via een download.

Vervolgens overwoog het hof dat aan de verkrijger van de software ver- gaande restricties waren opgelegd met betrekking tot de mogelijkheid van het overdragen, bezwaren, of aanpassen van de kopie. Zulks was niet mogelijk zonder toestemming van de licentiegever, en de kopie zou ook niet buiten het westelijk halfrond mogen worden gebracht of gebruikt, terwijl de software zelf op geen enkele wijze mocht worden aangepast. De licentiegever had bovendien uitdrukkelijk aan zichzelf de eigendom voorbehouden. Het hof oordeelde daarom dat de verkrijger slechts '*licensee rather than owner*' was en dat derhalve geen 'eerste verkoop' had plaatsgevonden.³⁶

In een instructieve passage schetst het hof nog de rechtspolitieke argu- menten voor en tegen de mogelijkheid om bedingen waarin de onover- draagbaarheid van de kopie wordt overeengekomen af te dwingen. Als argumenten voor de afdwingbaarheid van een dergelijk beding geldt onder meer dat dit de softwareproducent in staat stelt om tot gelaagde prijsafspraken te komen met bijvoorbeeld onderwijsinstellingen. De winst van softwareproducenten wordt hierdoor verhoogd en de kosten van de software worden lager, omdat zij over een grotere groep gebruikers kun- nen worden verspreid. Als argumenten tegen de afdwingbaarheid van een dergelijk beding geldt onder meer dat (1) dit geen recht doet aan de algemene afkeer van het recht om goederen onoverdraagbaar te maken; (2) dit de economische realiteit ontkent die er op neerkomt dat in ruil voor een bepaalde prijs een product permanent in het economisch verkeer wordt gebracht; en (3) dit de werking van de tweedehands software markt hindert. Het hof concludeert dat het uiteindelijk aan de wetgever is om de '*first sale doctrine*' in de US Copyright Act aan te passen.

In *Capitol Records LLC v. ReDigi Inc.*, No. 12 Civ. 95 (RJS) oordeelde een New York's US District Court dat online-marktplaats ReDigi, die zich- zelf afficheerde als 's werelds eerste en enige online-marktplaats voor digitale tweedehandse muziek, auteursrechten schond. ReDigi beheerde een cloud-based service voor tweedehands iTunes bestanden. Gebrui- kers konden hun iTunes bestand voor doorverkoop uploaden op de ReDigi servers waarbij hun originele kopie werd vernietigd. Totdat de tweede- hands koper de file aankocht, kon de originele koper via de ReDigi ser-

36 De tegen deze beslissing door Vernor ingediende zgn. *petition for certiorari* werd door het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten verworpen.

vers de file gebruiken. Na aankoop door de tweedehands koper had de originele koper geen toegang meer. De tweedehands koper kon ervoor kiezen om zijn aankoop in de cloud te laten staan, of zelf op zijn computer te downloaden. De rechtbank oordeelde dat dit een schending was van de auteursrechten die op de muziek rusten. Door het uploaden van de iTunes file op de servers van ReDigi was volgens de rechtbank immers een nieuwe kopie ontstaan. Niet gezegd kon worden dat de kopie van de originele gebruiker slechts 'migreerde' naar de servers van ReDigi. Hetzelfde gold voor het eventuele downloaden van een kopie door de tweedehands koper. De *'first sale doctrine'* was volgens de rechtbank niet van toepassing op software:

"Put another way, the First sale defense is limited to material items, like records, that the copyright owner put into the stream of commerce. Here, ReDigi is not distributing such material items; rather, it is distributing reproductions of the copyrighted code embedded in new material objects, namely the ReDigi server in Arizona and its users' hard drives."

Een belangwekkende ontwikkeling in de wetgeving van Amerikaanse deelstaten is de in 2015 door de *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (kortweg: *Uniform Law Commission*) aangenomen modelwet die toegang tot digitale inhoud mogelijk moet maken voor bepaalde direct betrokken personen die deze inhoud niet zelf hebben doen ontstaan. De volledige naam van deze wet is *'Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (2015)'* (afgekort *Revised UFADAA*).³⁷ Deze wet omschrijft in Section 2 (10) *'digital assets'* als:

37 UFADAA was al aangenomen als modelwet in 2014, maar grote internetbedrijven verzetten zich onverwacht (ze waren namelijk wel bij het ontwerpen van de wet betrokken geweest) tegen de aangenomen tekst en begonnen een actieve lobby bij de verschillende deelstaten om niet deze wet, maar hun inmiddels ontworpen eigen modelwet aan te nemen. Dit heeft geleid tot nadere consultatie tussen de *Uniform Law Commission* en deze internetbedrijven, waaruit de *Revised UFADAA 2015* resulteerde. Zowel Facebook als Google heeft te kennen gegeven de herziene modelwet te ondersteunen. Zie over (*Revised*) UFADAA de website van de *Uniform Law Commission*: uniformlaws.org/Committee.aspx?title=Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets.

“an electronic record in which an individual has a right or interest. The term does not include an underlying asset or liability unless the asset or liability is itself an electronic record.”

Toegang tot deze '*digital assets*' is alleen mogelijk voor '*fiduciaries*', die in Section 2 (14) worden gedefinieerd als: 'original, additional, or successor personal representative, [conservator], agent, or trustee'. De wet heeft onder meer betrekking op de situatie dat in de nalatenschap van een overledene '*digital assets*' worden gevonden, waarbij in het bijzonder een probleem wordt gevormd door die '*digital assets*' waar privacykwesaties zouden kunnen spelen, zoals e-mailverkeer (waarom zou openbaar moeten worden, wat tijdens iemands leven strikt persoonlijk is?). De wet maakt het mogelijk dat, onder bepaalde voorwaarden, een '*fiduciary*' toegang krijgt tot deze '*digital assets*'. Als het daarbij om '*electronic communications*' (bijvoorbeeld e-mails) gaat, krijgt hij niet meer te zien dan heel basale informatie, zoals het e-mailadres, tenzij de oorspronkelijke afzender uitdrukkelijk ermee akkoord is gegaan dat de '*fiduciary*' ook toegang mag krijgen tot de inhoud van deze '*electronic communications*'. Deze basale informatie dient de '*fiduciary*' er dan toe te leiden om zelfstandig verder onderzoek te verrichten. Treft hij bijvoorbeeld in het e-mailverkeer van een overledene regelmatig berichten aan van een bank (eventueel, mocht hij toegang tot de inhoud hebben, over het beschikbaar zijn van financiële overzichten) dan is het zijn taak deze bank te benaderen met een verzoek om verdere informatie.

Kort gezegd komt deze voorgestelde wettelijke regeling erop neer dat bepaalde personen toegang krijgen tot bepaalde digitale inhoud, waarbij scherp rekening wordt gehouden met de wensen van de (oorspronkelijk) gerechtigde in het licht van diens recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, maar ook in het licht van de behoefte van bijvoorbeeld een executeur-testamentair of bewindvoerder om informatie te krijgen over digitale vermogensbestanddelen. Iedere kwalificatie van '*digital assets*' als object van '*ownership*' wordt vermeden. *Revised UFADAA* biedt een zuiver pragmatische oplossing van de problemen en vermijdt dogmatische discussies.

3.2 UsedSoft en Nintendo v. PC Box

In het arrest *UsedSoft v. Oracle*, 3 juli 2012, C-128/11 besliste het Hof van Justitie van de Europese Unie over de vraag of de doorverkoop van tweedehands software door UsedSoft in strijd was met het auteursrecht van Oracle ten aanzien van die software. Oracle distribueert hoofdzakelijk via internet software onder haar klanten. Zij doet dat door middel van gebruikslicenties die aan gebruikers de mogelijkheid gaven om de software centraal op te slaan en een aantal gebruikers daartoe toegang te verlenen. De licentie bepaalt dat door betaling van betrokken diensten de klant een niet-exclusief en onoverdraagbaar gebruiksrecht kreeg van onbepaalde duur op de betreffende software. Op grond van een apart onderhoudscontract kunnen klanten ook updates en zogeheten *patches* (reparatiesoftware) downloaden. UsedSoft biedt in 2005 (delen van) gebruikslicenties voor software van Oracle aan. Daarbij heeft UsedSoft vermeld dat het gaat om bijgewerkte software, aangezien de oorspronkelijke licentiehouders daartoe met Oracle een overeenkomst had afgesloten. Oracle vordert bij de Duitse rechter een verbod op de handelwijze van UsedSoft.

Art. 4 van de Softwarerichtlijn (2009/24/EG) geeft aan de rechthebbende op het auteursrecht het exclusieve recht op reproductie, aanpassing en vertaling van het computerprogramma, maar bepaalt dat de eerste verkoop van het programma deze exclusieve rechten uitput. Reproductie kan geschieden zonder licentie als deze nodig is voor het gebruik van het programma door de rechtmatige gebruiker. Het Duitse Bundesgerichtshof oordeelde dat UsedSoft inbreuk maakte op Oracles exclusieve recht op reproductie. Aan de licentie kon UsedSoft ook geen rechten ontleen, omdat deze onoverdraagbaar was. Het hof stelde vervolgens prejudiciële vragen aan het Europese Hof: waren de rechten van Oracle uitgeput door een eerste verkoop van de software aan de oorspronkelijke klant en was de uiteindelijke verkrijger van de software dan rechtmatig verkrijger zodat die uiteindelijke verkrijger die reproducties kon maken die nodig waren voor het gebruik van het programma (bijvoorbeeld het opslaan van het programma in het werkgeheugen van de computer)?

Het hof stelt dat de term 'verkoop' in art. 4 van de richtlijn op autonome wijze moet worden uitgelegd en definieert die term als volgt:

“Volgens een algemeen aanvaarde definitie is ‘verkoop’ een overeenkomst waarbij een persoon tegen betaling van een prijs zijn eigendomsrechten op een hem toebehorende lichamelijke of onlichamelijke zaak aan een ander overdraagt.”

Bij de beoordeling of sprake is van verkoop van software moet volgens het hof de verlening van de licentie en het downloaden van een kopie als een ondeelbaar geheel worden samengenomen. Nu de klant van Oracle, die de kopie van het betrokken computerprogramma downloadt en met Oracle hieromtrent een licentieovereenkomst sluit, tegen betaling van een prijs een in de tijd onbeperkt gebruiksrecht voor die kopie verkrijgt, en de prijs een vergoeding vormt voor de economische waarde van duurzaam gebruik van die kopie, is inderdaad sprake van een overdracht van eigendomsrechten, en daarmee van een verkoop.³⁸ Omdat uitputting van het distributierecht zowel geschiedt bij materiële (via cd-rom), als bij immateriële (via downloaden) kopieën van computerprogramma's, geldt dat de rechten van Oracle ook kunnen zijn uitgeput door een eerste verkoop in de vorm van een download. De uiteindelijke verkrijger van de software geldt dus als rechtmatige verkrijger, ongeacht of contractuele bedingen latere overdrachten verbieden (r.o. 77), zodat hij in ieder geval die reproducties mag maken die nodig zijn voor het gebruik van het programma. UsedSoft heeft echter niet het recht de licentie op te splitsen en te bepalen hoeveel gebruikers gebruik kunnen maken van de software. De eerste verkrijger moet immers zijn eigen kopie van de software onbruikbaar maken om geen inbreuk te maken op het exclusieve recht van reproductie.³⁹ Het lag wellicht in de lijn van verwachting dat de uitspraak in UsedSoft niet alleen van toepassing kon zijn op verkoop van computerprogramma's, maar ook op verkoop van andere vormen van digitale inhoud. In de

38 Zie D. van Engelen, 'Twee voor de prijs van één', *NJB* 2012/38, alsmede de reactie van de zijde van R.M. Wibier & J. Diamant, en het naschrift van Van Engelen, beide in *NJB* 2012/40 en D. van Engelen, 'UsedSoft v. Oracle: the ECJ quietly reveals a new European property right in "bits & bytes"', *EPLJ* 2012, p. 317 e.v.

39 Zie ook de noot van T.J. Heydn onder het arrest in *MultiMedia und Recht* 2012/586 en E. Netter, 'Le logiciel dématérialisé', in: E. Netter & A. Chaigneau (red.), *Les Biens Numériques*, Amiens 2015, p. 149 e.v. Deze regel geldt volgens het Bundesgerichtshof 11 december 2014, *Computerrecht* 2015/203, evenwel alleen voor netwerklenties, niet voor volumelenties (licenties voor het gebruik van meerdere zelfstandige kopieën).

zaak *Bezpe nostní softwarová asociace*, 22 december 2010, C-393/09 had het hof echter al bepaald dat de Softwarerichtlijn alleen van toepassing is op uitdrukkingwijzen, 'in welke vorm dan ook, van een computerprogramma, voor zover deze de mogelijkheid biedt om het computerprogramma te reproduceren in verschillende computertalen, zoals de bron- en de doelcode'. De interface van een computerprogramma vormt louter een element dat het mogelijk maakt dat een gebruiker communiceert met het computerprogramma en maakt het niet mogelijk om dat programma te reproduceren. De Softwarerichtlijn is daarom niet van toepassing op de interface van een computerprogramma. De conclusie zou dus kunnen zijn dat op grond van de richtlijn een gebruiker wel de bron- en doelcode mag doorverkopen, maar voor doorverkoop van de overige elementen van het computerprogramma afhankelijk is van toestemming door de rechthebbende op het auteursrecht. In *Nintendo v. PC Box*⁴⁰ bevestigde het hof dat de bescherming van de Softwarerichtlijn alleen computerprogramma's omvat. Videogames bevatten evenwel niet alleen computerprogramma's, maar ook grafische en geluidselementen met een eigen schepende waarde die niet tot die programmacodering is beperkt. Het hof concludeert, dat voor zover de delen van een videogame, in casu de grafische en geluidselementen, bijdragen aan de oorspronkelijkheid van het werk, zij samen met het volledige werk door het gemeenschappelijk auteursrecht worden beschermd.⁴¹

3.3 Beeldbrigade en Tom Kabinet

De Hoge Raad bepaalde reeds in het *Beeldbrigade*-arrest van 2012 dat de kooptitel ook van toepassing kon zijn op computerprogramma's.⁴² In die zaak ging het om een computerprogramma dat door Bell Microproducts B.V. aan Beeldbrigade was aangeleverd. Het programma voldeed niet aan de eisen van Beeldbrigade. De vraag die aan de Hoge

40 HvJ EU 23 januari 2014, C-355/12.

41 Art. 4 lid 2 van Richtlijn 2001/29/EG (Auteursrichtlijn) geeft de volgende uitputtingsregeling: 'Het distributierecht met betrekking tot het origineel of kopieën van een werk is in de Gemeenschap alleen dan uitgeput, wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsovergang van dat materiaal in de Gemeenschap geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming.' Zie ook Rb. Midden-Nederland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1096.

42 HR 27 april 2012, NJ 2012/293.

Raad voorlag, was of de verjaringsregel van art. 7:23 BW van toepassing was of niet. Hiertoe overwoog de Hoge Raad dat koop betrekking kan hebben op zowel zaken als vermogensrechten en titel 1 van Boek 7 derhalve een ruim bereik heeft. Dan overweegt de Raad:

“Voorts is van belang dat een overeenkomst tot het aanschaffen van standaardcomputerprogrammatuur – op een gegevensdrager of via een download – voor een niet in tijdsduur beperkt gebruik tegen betaling van een bepaald bedrag ertoe strekt de verkrijger iets te verschaffen dat geïndividualiseerd is en waarover hij feitelijke macht kan uitoefenen.”

Dit geldt derhalve ongeacht of sprake is van een aanschaf op een gegevensdrager of via een download.

In de zaak *NUV/Tom Kabinet* oordeelde het Gerechtshof Amsterdam onder meer over de vraag of het UsedSoft-arrest zich ook uitstrekt tot de ‘verkoop’ van e-books.⁴³ In kort geding had de voorzieningenrechter reeds geoordeeld dat er rekening mee moet worden gehouden dat de betekenis van het UsedSoft-arrest zich ook uitstrekt tot handel in e-books.⁴⁴ Het hof sluit zich bij dat voorshandse oordeel aan, omdat de ‘koper’ van een e-book tegen betaling van een bepaalde prijs – die als een reële tegenprestatie voor de verkrijging van de ‘eigendom’ van het digitale bestand kan worden aangemerkt – een niet in tijdsduur beperkt gebruiksrecht verkrijgt. Het hof heeft geen aanleiding gezien om naar aanleiding van het Nintendo-arrest of het overwogene onder 28 en 29 van de considerans van de Auteursrichtlijn⁴⁵ anders te oordelen. Daartoe hield het hof reke-

43 Gerechtshof Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:66. Op moment van schrijven loopt de bodemprocedure in deze zaak bij de Rb. Den Haag.

44 Rb. Amsterdam 21 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4360.

45 Richtlijn 2001/29/EG, onder 29: “Het vraagstuk van de uitputting rijst niet in het geval van diensten en in het bijzonder on-linediensten. Dit geldt eveneens voor een materiële kopie van een werk of een andere zaak, die door een gebruiker van een dergelijke dienst met de toestemming van de rechthebbende wordt vervaardigd. Bijgevolg geldt hetzelfde voor het verhuren en het uitlenen van het origineel of kopieën van werken of andere zaken die de aard van diensten hebben. Anders dan het geval is bij een CD-ROM of een CD-i, waarbij de intellectuele eigendom in een materiële drager, dus in een zaak, is belichaamd, is elke on-linedienst in feite een handeling die aan toestemming is onderworpen, wanneer het auteursrecht of het naburige recht dit vereist.”

ning met de economisch georiënteerde redenering van het Hof van Justitie in *UsedSoft* en de ratio van de uitputtingsregel, die er, kort gezegd, uit zou bestaan dat de rechten van de rechthebbende op het auteursrecht, in het belang van het vrije verkeer van goederen, niet verder mogen gaan dan noodzakelijk om te waarborgen dat deze voor een specifiek exemplaar van zijn werk een redelijke vergoeding ontvangt.

In dit verband is interessant dat het OLG Hamm in de zaak *Verbraucherzentrale Bundesverband/buch.de*⁴⁶ oordeelde dat bij verkoop van luisterboeken en e-books geen sprake is van verkoop, maar slechts van verlening van een eenvoudig gebruiksrecht, ook omdat geen sprake kan zijn van overdracht van eigendom nu eigendom in de zin van § 903 BGB slechts mogelijk is ten aanzien van stoffelijke zaken. De koper heeft vooral belang bij een in de tijd onbepaald gebruiksrecht, terwijl het belang van de rechthebbende op het auteursrecht verlangt dat zijn recht met betrekking tot digitale werken anders wordt beschermd dan bij analoge werken omdat digitale werken, anders dan analoge, onbepaald en zonder enig kwaliteitsverlies kunnen worden gekopieerd.⁴⁷ Het *UsedSoft*-arrest maakt dit niet anders, omdat dat arrest zag op de *Softwarerichtlijn*, die geldt als *lex specialis* ten opzichte van de *Auteursrichtlijn*.⁴⁸

3.4 Weens Koopverdrag

Het Weens Koopverdrag is van toepassing op koopovereenkomsten betreffende roerende zaken. Uit art. 30 van het verdrag kan worden afgeleid dat sprake moet zijn van een overeenkomst waarbij roerende zaken in eigendom moeten worden overgedragen, en afgeleverd, aan de koper. De term 'roerende zaken' is niet gedefinieerd. In art. 7 van het verdrag wordt slechts gesteld dat bij uitleg van het verdrag rekening dient te worden gehouden met het internationale karakter ervan, de noodzaak van eenvormigheid in de toepassing van het verdrag, en naleving van de

46 OLG Hamm 15 mei 2014, *ZUM* 2014/715.

47 Zie ook H. Speyart, 'Volghende het vrije verkeer van goederen: De uitputting bij online ter beschikking gestelde werkexemplaren', in: A.M. Verschuuren e.a. (red.), *glElen, een bekend begrip* (liber amicorum Charles Gielen), Deventer: Kluwer 2015; F. Schulze, 'Resale of digital content such as music, films or eBooks under European law', *European Intellectual Property Review* 2014/1.

48 Zo ook: LG Berlin 21 januari 2014, *BeckRS* 2014/04700.

goede trouw in internationale handel. De vraag is nu of licentiëring van digitale inhoud kan worden bestreken door het Weens Koopverdrag. In een uitspraak van 25 maart 2015⁴⁹ besliste de Rechtbank Midden-Nederland dat dit inderdaad mogelijk is als sprake is van een overeenkomst waarin een gebruiksrecht voor onbepaalde tijd wordt verleend, de volledige prijs bij aanvang wordt betaald en de digitale inhoud wordt geleverd, al dan niet via een download. In casu had gedaagde 1 in 2008 via de website van Corporate Web Solutions Ltd (CWS), gevestigd te Vancouver, een licentie voor het gebruik van een webapplicatie van CWS verkregen, die aan gedaagde 2 (Vendorlink) onder meer het recht gaf om de applicatie op een enkele website te installeren. De licentie bevatte een bepaling die erin voorzag dat de applicatie niet op een andere website mocht worden gebruikt, dat de gebruiksrechten niet mochten worden overgedragen en dat de software op geen enkele manier mocht worden veranderd of als onderdeel van een ander product aan derden worden doorverkocht. CWS behield de eigendom van de software uitdrukkelijk. In 2009 heeft gedaagde 1 de applicatie beschikbaar gesteld aan aan gedaagde 2, Vendorlink B.V. In geschil was onder meer of Vendorlink de applicatie – in strijd met de licentieovereenkomst – in haar eigen software heeft verwerkt en doorverkocht aan haar eigen klanten, en of gedaagde 1 en Vendorlink het intellectuele eigendomsrecht van CWS hebben geschonden.

De rechtbank stelt dat het gezien art. 7 van het verdrag voor de hand ligt uit te gaan van een ruime uitleg van het begrip 'roerende zaken' in het verdrag. Zij gaat er daarom van uit dat ook als software niet op een stoffelijk drager is opgenomen, deze onder de reikwijdte van het verdrag valt.⁵⁰ Onder het kopje 'gebruiksrecht of koop en eigendomsoverdracht' gaat de rechtbank dan in op de vraag of daadwerkelijk eigendom van software is overgedragen of slechts een gebruiksrecht is verstrekt. Daartoe overweegt zij eerst dat uit de overeenkomst blijkt dat de licentienemer een

49 Rb. Midden-Nederland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE: 2015:1096.

50 S. Green & D. Saidov, 'Software as Goods', *Journal of Business Law* 2007, p. 163ff.; F. Dierich, 'The CISG and Computer Software Revisited', *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2002, p. 55-75; Obersten Gerichtshof (Oostenrijk) 21 juni 2005 (via cisgw3.law.pace.edu/cases/050621a3.html).

niet in de tijd beperkt gebruiksrecht heeft, waarvoor eenmalig is betaald. Bovendien is de software geleverd, doordat aan de koper gelegenheid is gegeven om de software van de website van de verkoper te downloaden. Er lijkt dus sprake te zijn van verkoop. Maar hoe zit het dan met het eigendomsvoorbehoud van CWS en het verbod tot overdracht van de gebruiksrechten? De rechtbank concludeert, onder verwijzing naar r.o. 77 van het UsedSoft-arrest, dat het distributierecht, dat voortvloeit uit het intellectueel eigendomsrecht van CWS, is uitgeput door de verkoop en dat het eigendomsvoorbehoud en het verbod tot overdracht daarom hun werking missen.⁵¹ Het arrest *Nintendo/PC Box* noopt volgens de rechtbank ook niet tot een andere conclusie, omdat de door het computerprogramma gegenereerde grafische elementen binnen dat programma slechts een ondergeschikte rol spelen en de uitputtingsregeling van de Software-richtlijn, als *lex specialis*, van toepassing is. Er is dus sprake geweest van een koopovereenkomst betreffende roerende zaken in de zin van het Weens Koopverdrag, die heeft geleid tot overdracht van de eigendom van de software van CWS aan gedaagde 1/ Vendorlink.

Interessant is dat de rechtbank overweegt, dat, indien het computerprogramma van CWS wel als een complex programma als bedoeld in het arrest *Nintendo/PC Box* zou moeten worden aangemerkt, ook in dat geval de auteursrechten van CWS zouden zijn uitgeput, omdat het voor de hand ligt dat het Hof van Justitie de uitputtingsregeling van art. 4 van de Auteursrichtlijn ruim zal uitleggen. Ter onderbouwing verwijst de rechtbank onder meer naar het Groenboek van de Europese Commissie dat uiteindelijk tot die richtlijn heeft geleid.⁵² Daarin is opgemerkt dat onder-

- 51 In r.o. 77 van het UsedSoft-arrest overweegt het Hof van Justitie dat contractuele bedingen die latere overdracht verbieden, gezien de uitputting van het intellectuele eigendomsrecht van de licentiegever, hun werking missen. Strikt genomen is een eigendomsvoorbehoud niet een dergelijk beding. Bovendien ziet het eigendomsvoorbehoud niet op het gebruiksrecht, maar op de softwarekopie zelf. De rechtbank merkt op dat CWS' eigendomsvoorbehoud niet is gekoppeld aan de niet-nakoming van concrete verplichtingen door gedaagde 1, zodat het voorbehoud in wezen onbeperkt doorloopt. Met een dergelijk beding zou dus alsnog worden doorkruist wat het Hof in UsedSoft heeft willen bereiken, namelijk dat als een computerprogramma daadwerkelijk is verkocht, en niet slechts in gebruik is gegeven, het computerprogramma dan in het vrije economische verkeer is. Vgl. Bundesgerichtshof 11 december 2014, *Computerrecht* 2015/203, r.o. 36 en 62.
- 52 European Commission, 'Copyright and Related Rights in the Information Society', *Green Paper*, Brussel, 19 juli 1995, COM(95) 382 final.

scheid moet worden gemaakt tussen stoffelijke en onstoffelijke werken. Bij die laatste is sprake van het verlenen van een dienst, zoals uitzending, verhuur of uitlening, die in principe een onbeperkt aantal malen kan worden herhaald, waarbij telkens afzonderlijk toestemming van de rechthebbende op het intellectueel eigendomsrecht nodig is. Het verlenen van een dergelijke dienst kan dus op zichzelf niet leiden tot uitputting van het intellectueel eigendomsrecht. Daarbij is volgens de rechtbank echter niet gedacht aan de mogelijkheid om werken via een download duurzaam ter beschikking te stellen aan een gebruiker.

Opmerkelijk is ten slotte dat de rechtbank uit het UsedSoft-arrest opmaakt dat, gezien de onverbreekelijke band tussen de licentieovereenkomst en de software zelf, de uit de licentieovereenkomst voor de licentienemer voortvloeiende rechten moeten worden aangemerkt als kwalitatieve rechten in de zin van art. 6:251 lid 1 BW die van rechtswege overgaan bij overdracht van de software aan een derde. De derde zou dan ook gebonden zijn aan de daar tegenover staande verplichtingen (behoudens bedingen die latere overdracht betreffen). Dit oordeel schijnt gebaseerd op een onjuiste uitleg van het UsedSoft-arrest.⁵³ Het ging er in UsedSoft om dat het geheel van handelingen tot eigendomsoverdracht *van de softwarekopie* leidde, zodat het auteursrecht ten aanzien van die kopie is uitgeput. Wat is daarvan het gevolg? Wij citeren r.o. 36 van het arrest van 11 december 2014 van het Bundesgerichtshof, zoals gepubliceerd in *Computerrecht*,⁵⁴ in zijn geheel:

“Is een werk met toestemming van de gerechtigde door verkoop in het verkeer gebracht, dan is het distributierecht uitgeput en kan verdere distributie niet meer door gerechtigde beheerst worden. Een effectieve beperking van het gebruiksrecht werkt dus niet op dergelijke wijze door, dat de gerechtigde na het met toestemming in het verkeer brengen, verdere verspreidingshandelingen op grond daarvan kan controleren, of deze met de oorspronkelijke beperking van het gebruiksrecht in overeenstemming is. De uitputting van het distributierecht hangt alleen daarvan af, of

53 Zie de noot van Struik in Rb. Midden-Nederland 25 maart 2015, *Computerrecht* 2015/128.

54 Bundesgerichtshof 11 december 2014, *Computerrecht* 2015/203.

de houder van het recht voor het (eerste) in het verkeer brengen toestemming heeft gegeven. De houder van het recht kan deze toestemming niet van de aard en manier van verder gebruik van het werk afhankelijk maken. De uitputting van het distributierecht dient het belang van de gebruiker en het algemeen belang, om met toestemming in het verkeer gebrachte werken binnen het handelsverkeer te houden. Zou de houder van het recht, wanneer hij het werk verkoopt of zijn toestemming voor overdracht heeft gegeven, nog in de verdere distributie van het werk kunnen optreden, dit kunnen verbieden, of van voorwaarden afhankelijk kunnen maken, dan zou daardoor het vrij verkeer van goederen op onaanvaardbare wijze worden belemmerd.”

3.5 Andere vormen van digitale dienstverlening

In alle zaken waar sprake was van verkoop van digitale inhoud, betrof het een transactie waarbij de koper de digitale inhoud tegen betaling van een bepaalde prijs – die als een reële tegenprestatie voor de verkrijging van de ‘eigendom’ van het digitale bestand kan worden aangemerkt – een niet in tijdsduur beperkt gebruiksrecht verkreeg. Als sprake is van een in de tijd beperkte licentie en/of een licentie tegen periodieke betaling, is geen sprake van verkoop van de digitale inhoud.⁵⁵ Ook bij cloud computing lijkt geen sprake te kunnen zijn van verkoop, althans niet van verkoop van de digitale inhoud zelf, omdat daarbij geen kopie van de digitale

55 Anders, althans voor standaardsoftware: R. Rinzema, ‘Pleidooi voor het kopen van standaardsoftware’, *NJB* 2012/28. Vgl. V. van Druenen & R. Westdijk, ‘Renovatie in het vermogensrecht: digitale inhoud, streaming en het kooprecht’, *IR* 2015/1; E.D.C. Neppelenbroek, ‘Digitale inhoud en consumentenkooprecht’, *NJB* 2014/8; E.D.C. Neppelenbroek, ‘Een koop fictie in een fictieve wereld. De hanteerbaarheid van het kooprecht voor digitale inhoud in het CESL’, in: E. Koops e.a. (red.), *Digitaal privaatrecht*, Den Haag: Boom 2014; H. Spath, ‘Digitale gegevensuitwisseling tegen betaling lijkt op koop, of niet?’, *NTBR* 2015/15; R. Rinzema & F.B. Melis, ‘Wat betekent het kooprecht voor zakelijke softwarelicenties?’, *Computerrecht* 2012/43; C. Castro e.a., ‘On the applicability of the Common European Sales Law to some Models of Cloud Computing Services’, *European Journal of Law and Technology* 2013/3; M. Loos, ‘The regulation of digital content B2C contracts in CESL’, *Journal of European Market and Consumer Law* 2014/3 en de noot van Hugenholtz onder het UsedSoft-arrest, *NJ* 2013/118.

inhoud wordt overgedragen, maar aan de klant de mogelijkheid wordt gegeven om de digitale inhoud in de cloud te gebruiken.⁵⁶

Op 13 juni 2014 werd art. 7:5 lid 5 BW ingevoerd waarin werd bepaald dat de bepalingen over consumentenkoop van toepassing zijn op alle leveringen aan een consument van digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd. In de memorie van antwoord merkte de minister onder meer op dat de Hoge Raad in zijn Beeldbrigade-arrest:

“[...] bij de beoordeling van de toepasselijkheid van titel 7.1 BW als zodanig geen onderscheid heeft willen maken tussen de verschillende typen van leveringen van digitale inhoud anders dan op een materiële drager. Met andere woorden, overeenkomsten betreffende alle typen van digitale inhoud zouden in beginsel in aanmerking kunnen komen voor toepassing van de bepalingen van titel 7.1 BW.”

Een jaar later, op 19 juni 2015, werd art. 7:5 lid 5 BW weer zodanig gewijzigd dat computing services buiten het bereik van de bepalingen over consumentenkoop werd gebracht. De bepalingen zijn nu van toepassing op de levering van digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd, maar die wel is geïndividualiseerd en waarover feitelijke macht kan worden uitgeoefend. Reden voor deze wijziging is geweest dat vanuit parlement en vakliteratuur vraagtekens zijn gezet bij het kwalificeren van cloud computing services als 'verkoop' van digitale inhoud.⁵⁷ De minister had in de memorie van antwoord bij de eerste wijziging van art. 7:5 lid 5

56 Cloud computing services vallen grofweg uiteen in drie verschillende typen: Software as a Service (SaaS), Platform as a Service (PaaS) and Infrastructure as a Service (IaaS). Voorbeelden van het eerste type service, SaaS, zijn Facebook en GoogleDocs. Een voorbeeld van het tweede type service, PaaS, waarbij een platform wordt aangeboden dat gebruikers in staat stelt zelf applicaties te ontwikkelen en te onderhouden, is Google App Engine. Een voorbeeld van het laatste type service, IaaS, waarbij een bepaalde infrastructuur van 'computing resources' wordt aangeboden, is Amazon Web Services. Op 9 december 2015 heeft de commissie een voorstel voor een *Regulation on ensuring the cross-border portability of online content services in the internal market* (2015/0284) ingediend, dat erop gericht is om barrières in het grensoverschrijdend verkeer van bepaalde typen cloud computing services weg te nemen.

57 Zie hierboven onder voetnoot 55.

BW opgemerkt dat het 'leveringsmoment' zich voordeed wanneer de aanbieder van de 'streaming service' de afnemer de toegangscode verstrekt tot het netwerk. Neppelenbroek tekende daartegen 'stevig bezwaar' aan:

"Het verkrijgen van de toegangscode zou men zo ook kunnen vergelijken met het verkrijgen van een (fysieke) sleutel van een bankkluis in het kader van een bewaarnemingsovereenkomst. Als we de zienswijze van de minister volgen dan is hier sprake van een 'leveringsmoment' en een koopaspect omdat, wanneer hij de sleutel krijgt, de bewaargever kan controleren of de kluis voldoet aan de overeenkomst."⁵⁸

Hoe moeten cloud computing en andere vormen van verschaffing van digitale inhoud – die niet de verstrekking van een niet in tijdsduur beperkt gebruik tegen betaling van een eenmalig bedrag met zich brengen – dan worden gezien? Een mogelijkheid is om de terbeschikkingstelling van digitale inhoud tegen (periodieke) betaling als huurovereenkomst te classificeren, of, indien de overeenkomst gepaard gaat met overdracht van een drager, als gemengde overeenkomst, namelijk deels koop, deels huur.⁵⁹ Jonker & Bal betogen dat titel 7.4 BW, met name de bepalingen over gebreken, onderhoudsverdeling, beëindiging en wijziging, een helder kader biedt voor het structureren van een IT-transactie en dat, waar nodig, van de bepalingen van die titel kan worden afgeweken.⁶⁰ Spath stelt dat bij streaming services het toepassen van titel 7.4 BW minder voor de hand ligt, omdat de gebruiker daarbij niets in eigen beheer krijgt en voor voortdurend gebruik een constante, actieve dienstverlening van de aanbieder is vereist.⁶¹ Zij oppert de vergelijking met overeenkomst van opdracht voor wat betreft streaming,⁶² en de overeenkomst van bewaar-

58 E.D.C. Neppelenbroek, 'Digitale inhoud en consumentenkooprecht', *NJB* 2014/8.

59 Onderdeel 3.8.1 van de conclusie van A-G Wuisman vóór HR 27 april 2012, *NJ* 2012/293; J.L. Jonker & J.A. Bal, 'Toepasselijkheid huurtitel 7.4 BW op IT', *Computerrecht* 2015/124.

60 Zie voetnoot 60.

61 H. Spath, 'Digitale gegevensuitwisseling tegen betaling lijkt op koop, of niet?', *NTBR* 2015/15.

62 Vgl. P.G. van der Putt, *Distributie van software*, Den Haag: Sdu 2013, p. 37-47.

neming voor wat betreft cloudopslag.⁶³ Een andere mogelijkheid is om op het verwerven van het gebruiksrecht (van standaardsoftware) de bepalingen van het kooprecht analoog toe te passen.⁶⁴ Ten slotte is het mogelijk om de verschaffing van digitale inhoud als onbenoemde overeenkomst te zien waarop de bepalingen van benoemde overeenkomsten, voor zover passend, van overeenkomstige toepassing kunnen zijn.⁶⁵

3.6 Derdenwerking van licenties

Licenties die zien op digitale inhoud worden naar Nederlands recht voortsnog beschouwd als vorderingsrechten jegens de rechthebbende op het intellectueel eigendomsrecht.⁶⁶ De vraag is derhalve of de verkrijger van de licentie beschermd is tegen overdracht van het auteursrecht aan derden en, in geval van faillissement van de auteursrechthebbende, tegen de curator. Ook hier kan een en ander afhangen van de vraag of sprake is geweest van verkoop van digitale inhoud of niet. De *rechtmatige verkrijger* van een *computerprogramma* heeft krachtens art. 45j Aw die rechten die noodzakelijk zijn voor het gebruik van het computerprogramma. Hij schijnt, met betrekking tot de kopie die hij heeft verkregen, voor zijn gebruik van het programma niet afhankelijk te zijn van de licentie.⁶⁷ Voor

63 Vgl. Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012, nr. 3.

64 E.D.C. Neppelenbroek, 'Softwarebetrekking. De auteur, de verkrijger en hun vermogensrechtelijke positie jegens derden, (diss. Groningen)', Den Haag: Boom 2013, p. 73f.; Asser/Hijma 7-1* 2013, nr. 203a.

65 Vgl. onderdeel 3.8.2 van de conclusie van A-G Wuisman vóór HR 27 april 2012, NJ 2012/293; Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012, nr. 3; Asser/Houben 7-X 2015, nr. 103.

66 E.D.C. Neppelenbroek, 'De softwaregebruikerslicentie bij overdracht van het auteursrecht en in het faillissement van de licentiegever', *TvI* 2011/25; Th.C.J.A. van Engelen & J.P. Hustinx, 'De licentienemer en de failliete IE-licentiegever', *TvI* 2015/11. Van Engelen pleit ervoor om de licentie als een beperkt recht te beschouwen, vgl. Th.C.J.A. van Engelen, 'Licenties in faillissement na het Nebula-arrest: schuifelen tussen de scherven', *IER* 2009/6.

67 Th.C.J.A. van Engelen, 'Licenties in faillissement na het Nebula-arrest: schuifelen tussen de scherven', *IER* 2009/75; H.W. Wefers Bettink, 'Softwarebetrekkingen. Proefschrift van mr. E.D.C. Neppelenbroek', *MvV* 2015, afl. 1. Anders: E.D.C. Neppelenbroek, 'De softwaregebruikerslicentie bij overdracht van het auteursrecht en in het faillissement van de licentiegever', *TvI* 2011/25; C.J. Jager & R.E. Weening, 'Licentie in faillissement', *VrA* 2008, p. 49-68. Neppelenbroek beargumenteert dat het gebruiksrecht gebaseerd is op de licentieovereenkomst tussen auteursrechthebbende en gebruiker en dat art. 45j Aw invulling geeft aan die overeenkomst. Naar Nederlands recht blijft het gebruiksrecht dan slechts een

andere vormen van (licentiëring van) digitale inhoud bestaat niet een dergelijke wettelijke basis voor het gebruik van de digitale inhoud. Daar doet zich dus in ieder geval de vraag voor naar derdenwerking van de licentie. In het *Nebula*-arrest⁶⁸ constateerde de Hoge Raad dat uit art. 27 Fw volgt dat een wederkerige overeenkomst niet wordt beïnvloed door het faillissement van een der partijen. Dit betekent echter niet, aldus de Hoge Raad, dat een schuldeiser van een duurovereenkomst wiens wederpartij failliet is verklaard haar rechten kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement is. Mocht dit wel het geval zijn, dan zou dit het aan de Faillissementswet ten grondslag liggende beginsel van de *paritas creditorum* op een onaanvaardbare wijze doorbreken.⁶⁹ In het *Berzona*-arrest⁷⁰ preciseert de Hoge Raad een en ander. De Hoge Raad constateert wederom dat een bestaande wederkerige duurovereenkomst in principe niet beïnvloed wordt door een faillissement, maar dat een curator wel vrij is, mits dit in het voordeel van de gezamenlijke schuldeisers is, om met een beroep op art. 37 lid 1 Fw de overeenkomst niet gestand te doen en dus de daaruit vloeiende verbintenissen niet na te komen.⁷¹ Dit betreft, zo vervolgt de Hoge Raad in r.o. 3.6.3, verbintenissen die uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan, zoals een betaling, de afgifte van een zaak of de vestiging van een recht. In r.o. 3.6.4 wordt vervolgens gesteld dat een faillissement niet tot gevolg heeft dat de curator ook ('actief') een bevoegdheid of vordering toekomt die de wet of de overeenkomst niet toekent, zoals bevoegdheden tot ontruiming of opeising van het gehuurde als de huurovereenkomst nog loopt. Dit zou immers in strijd komen met het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten.

De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat het faillissement van de auteursrechthebbende niet tot het gevolg hoeft te leiden dat de curator actief de licentie kan beëindigen. Daarmee is nog niet gezegd dat de licentienemer zijn rechten tegen derden (bijvoorbeeld verkrijgers van het auteursrecht)

vorderingsrecht; art. 45j Aw doet niet af aan de relatieve werking daarvan. Na het *UsedSoft*-arrest kan men met betrekking tot de daar in het geding zijnde licenties stellen dat daarmee een verkoop en 'overdracht van eigendom' tot stand is gekomen, zodat de gebruiker voor zijn voortdurend gebruik van de software niet meer afhankelijk is van de licentie.

68 HR 3 november 2006, *NJ* 2007/155, m.nt. P. van Schilfgarde.

69 Zie voetnoot 68, r.o. 3.5.

70 HR 11 juli 2014, *NJB* 2014/1439.

71 Zie voetnoot 72, r.o. 3.6.2.

kan invoeren. Verschillende mogelijkheden zijn daartoe geopend. De licentie zou kunnen worden gezien als een huurovereenkomst. Op grond van art. 7:226 BW zou de gebruiker zijn rechten uit de licentie ook kunnen invoeren tegen verkrijgers van het auteursrecht.⁷² Van Engelen pleit ervoor om de licentie als beperkt recht te beschouwen, ofwel de licentie vorm te geven als een vestiging van een vruchtgebruik op het auteursrecht.⁷³ Dat laatste is in lijn met de Duitse benadering waar het zogeheten *Nutzungsrecht* wordt beschouwd als een absoluut recht.⁷⁴ Ten slotte is het wellicht mogelijk om de licentie vorm te geven als overdracht van een 'schijfje' auteursrecht.⁷⁵

4 Eigendom van digitale 'zaken'

4.1 Een rechtsvergelijkende notitie

Ook in het Franse recht is discussie ontstaan over de aard van digitale inhoud. De Franse rechtsleer is echter niet zozeer gericht op het formuleren van nauw omliggende begrippen, maar veeleer op het formuleren van noties ('*notions*'). Dit is een benadering die bij ons meer aansluit bij het oude BW (dat immers sterk op de Franse Code Civil was geënt) dan bij ons huidige BW, dat immers, meer in lijn met de Duitse rechtsleer, bijvoorbeeld een scherp onderscheid maakt tussen 'zaken' en 'vermogensrechten'. Niettemin kan de Franse benadering ons helpen, al ware het slechts doordat zij laat zien dat een minder dogmatische, maar meer pragmatische benadering tot in de praktijk beter hanteerbare resultaten zou kunnen leiden. Verder dient in het navolgende bedacht te worden dat in het Franse recht met '*propriété*' van een '*bien*' wordt bedoeld wat wij onder het oude BW eigendom van een zaak noemden, waarbij een zaak zowel lichamelijk als onlichamelijk kon zijn.

72 E.D.C. Neppelenbroek, 'De softwaregebruikerslicentie bij overdracht van het auteursrecht en in het faillissement van de licentiegever', *TvI* 2011/25.

73 Van Engelen 2009.

74 E.D.C. Neppelenbroek, 'De softwaregebruikerslicentie bij overdracht van het auteursrecht en in het faillissement van de licentiegever', *TvI* 2011/25; L. Pahlow, *Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.

75 Zie voetnoot 74.

De notie '*bien*' is, als grondpijler van het Franse goederenrecht, uitgebreid in de literatuur besproken.⁷⁶ Vraag is of onder '*bien*' ook digitale inhoud zou kunnen vallen. Deze kwestie is recent aan de orde geweest tijdens een colloquium in Amiens waarin de vraag naar de kwalificatie van '*biens numériques*' centraal stond. De bijdragen voor dit colloquium zijn in 2015 verschenen in een congresbundel.⁷⁷ Tijdens dit colloquium heeft met name de Parijse hoogleraar Rochfeld, verbonden aan de Sorbonne, zich gekeerd tegen de goederenrechtelijke benadering van persoonlijke gegevens. In haar analyse van de aard van de gerechtigdheid met betrekking tot deze gegevens onderscheidt zij een objectgebonden en een subjectgebonden benadering.⁷⁸ Binnen de objectgebonden benadering onderscheidt zij vervolgens weer twee typen benaderingen. Allereerst een 'strikte' benadering, waarin degene om wiens gegevens het gaat eigenaar is of, juist het tegendeel, indien men niet van eigendom kan spreken, niemand eigenaar is, zodat het hier om een *res nullius* zou gaan. Daarnaast onderscheidt zij een genuanceerde benadering, die meer personalistisch van aard is en de eigenaar inspraak geeft in wat er met zijn gegevens gebeurt. Zij wijst de strikte benadering af, omdat deze ofwel te veel beschikkingsmacht in de handen van privépersonen legt, die in onderhandelingen met commerciële gebruikers het onderspit zullen delven en dan 'vrijwillig' hun eigendom afstaan, ofwel te veel macht geeft aan de industrie die zich als eerste de *res nullius* kan toe-eigenen, ofwel te zeer berust op collectieve belangenbehartiging. Haar voorkeur gaat uit naar een meer subjectgebonden benadering, maar wat deze dan exact inhoudt, wordt niet echt duidelijk. Ze verwijst naar een project om te komen tot een wetsontwerp dat een rechtvaardige digitale republiek dient te scheppen, maar dit project heeft niet direct betrekking op goederenrechtelijke vragen.⁷⁹

Wellicht dat Bergel hier een meer werkbaar antwoord geeft wanneer hij in zijn algemeen rapport voor de Association Henri Capitant over '*nou-*

76 Een voorbeeld is P. Berlioz, *La Notion de Bien*, Parijs: LGDJ 2007.

77 E. Netter & A. Chaigneau (red.), *Les Biens Numériques* (CEPRISCA, Collection colloques), Parijs: LGDJ 2015.

78 J. Rochfeld, 'Contre l'Hypothèse de la qualification des données personnelles des biens', in: E. Netter & A. Chaigneau (red.), *Les Biens Numériques* (CEPRISCA, Collection colloques), Parijs: LGDJ 2015, p. 221 e.v.

79 Zie voetnoot 78, Rochfeld, p. 231; *Projet de loi pour une République numérique*, waarover meer informatie is te vinden via republique-numerique.fr/.

veaux biens' (onderdeel van een rechtsvergelijkende studie naar de veranderingen in wat we verstaan onder '*propriété*') het volgende zegt over de inpassing van deze '*nouveaux biens*' (bijvoorbeeld informatie) in het systeem van het goederenrecht:

"En effet, alors que le droit de propriété est traditionnellement défini comme le pouvoir d'exclure autrui, si bien que le Code civil reconnaît au propriétaire foncier le droit de se clore, l'accès des tiers aux nouveaux biens est au contraire la condition de leur valeur patrimoniale, car leur valeur économique est liée à leur circulation. Autrement dit, alors que le droit de propriété des immeubles se caractérise par la faculté d'en exclure les tiers, la propriété des nouveaux biens se caractérise par leur accessibilité aux tiers."⁸⁰

Interessant aan deze benadering is dat Bergel eigendom niet langer traditioneel omschrijft als (positief) de vrijheid om, zij het begrensd, te doen wat men wil en (negatief) de vrijheid om anderen buiten te sluiten, maar als het recht op toegang tot in casu onder andere informatie, meer algemeen gezegd: digitale inhoud. Voor hem betekent dit dat degene die de informatie produceert eigenaar daarvan wordt, maar dat de producent anderen tot die informatie moet toelaten en derden dus tot die informatie toegang hebben. Het is dit recht op toegang dat de producent tot eigenaar maakt, omdat dit de waarde van de informatie vertegenwoordigt. Het Franse debat is uitgemond in bepalingen over goederen ('*biens*') die door de eerdergenoemde Association Henri Capitant zijn voorgesteld als onderdeel van het voorontwerp van wet tot herziening van het Franse goederenrecht.⁸¹ In de toelichting wordt opgemerkt dat men doelbewust eigendom niet heeft willen beperken tot een recht op fysieke zaken, maar ook vorderingen en, naast materiële en immateriële objecten, ook rechten als object heeft willen aanvaarden, zonder het ruime begrip eigendom te

80 J.L. Bergel, 'Nouveaux Biens, Rapport Général', in: *La Propriété, Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Tome LIII*, Parijs : LDGJ 2003, p. 203 e.v., p. 219.

81 *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens* (ouvrage collectif sous la direction de Hugues Périnet-Marquet) Parijs: LexisNexis 2009.

volgen dat de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bij zijn uitleg van art. 1, Eerste Protocol EVRM volgt.⁸² De uiteindelijk voorgestelde tekst in de titel: '*Du Patrimoine et des Biens qui le composent*' luidt:

"Article 520. Sont des biens, (...), les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels (...)."

Deze omschrijving (die '*bien*' geheel in de Franse traditie meer benadert als een notie dan als een begrip) is open, maar tegelijkertijd ook niet vrijblijvend. Zij laat het aan de rechtspraak en de rechtspraak over wat uiteindelijk als '*bien*' erkend kan worden. Er wordt weliswaar een *numerus clausus* van objecten geformuleerd, maar deze *numerus clausus* is door de gebruikte begrippen (met name de term: '*choses incorporelles*') flexibel. De weg via de invulling van de notie '*bien*' is recentelijk ook gevolgd door Luxemburg. In het Luxemburgse Wetboek van Koophandel is, door wijziging van art. 567, de mogelijkheid geopend dat data in een cloud server als '*meubles incorporels non fongible*', mits '*en possession du failli ou détenus par lui*' kunnen worden gerevindiceerd.⁸³ Het is de open term

82 Zie voetnoot 81, p. 23/24.

83 Art. 567 Luxemburgs Wetboek van Koophandel luidt:

'Les biens meubles corporels non fongibles consignés au failli, soit à titre de dépôt, soit pour être vendus pour le compte du propriétaire, peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se trouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure.

Les biens meubles incorporels non fongibles en possession du failli ou détenus par lui peuvent être revendiqués par celui qui les a confiés au failli ou par leur propriétaire, à condition qu'ils soient séparables de tous autres biens meubles incorporels non fongibles au moment de l'ouverture de la procédure, les frais afférents étant à charge du revendiquant.

En cas de revente des biens visés aux deux alinéas qui précèdent par le failli avant l'ouverture de la procédure, le propriétaire peut réclamer le prix ou la partie du prix dont l'acheteur ne s'est pas acquitté, de quelque manière que ce soit, à la date du jugement déclaratif de faillite.

Les dispositions des alinéas 2 et 3 ne s'appliquent pas lorsque les biens incorporels non fongibles ont été donnés en gage ou en garantie. Elles ne s'appliquent pas davantage aux biens incorporels non fongibles qui font l'objet d'un contrat de garantie financière soumis aux dispositions de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.' De wetsgeschiedenis kan worden gevonden onder wetsontwerp nr. 6485, elektronisch beschikbaar op: chd.lu/wps/portal/public/RoleEtendu?action=doDocpaDetails&backto=/wps/portal/public&id=6485#

'*bien*' die hier de oude term '*marchandises*' vervangt en voldoende openheid biedt om de praktijk de helpende hand te kunnen bieden. Gezien de omstandigheid dat dit, voor zover wij hebben kunnen nagaan, de eerste wettelijke regeling in de Europese Unie is die een dergelijke 'revindicatie' mogelijk maakt is het wellicht zinvol een deel uit de toelichting, p. 2/3 te citeren:

"Il existe en effet aujourd'hui des hypothèses auxquelles le législateur n'a pas pensé il y a 10 ans et qui sont plus que de simples cas d'école. Ceci est le cas notamment dans le cadre des prestations offertes de façon de plus en plus large, à la fois au public en général et aux professionnels en particulier, en matière d'outsourcing ou d'informatique dématérialisée, appelée communément informatique dans le nuage (Cloud-computing). Pour continuer avec l'exemple du Cloud, l'une des applications du Cloud computing consiste par exemple pour une entreprise, une association ou une personne privée à ne plus conserver ses données et fichiers voire logiciels sur son propre système informatique, mais de les faire stocker sur des infrastructures informatiques externes accessibles via Internet. Or, il faut faire en sorte que celui qui a recours à de tels services puisse en cas de faillite du prestataire récupérer les données et fichiers afférents, en ce inclus les traitements qui auront été effectués par le failli ainsi que les résultats de ces mêmes traitements.

Quant à la recevabilité d'une action en revendication, le texte ouvre le droit à la revendication tant à celui qui a confié les données au failli qu'au propriétaire des données lui-même. Dans certains cas, il s'agira de la même personne; dans d'autres cas il peut s'agir de deux personnes différentes, chacune d'entre elles disposant dans ce cas d'une action en revendication."

De Luxemburgse wetgever ziet er kennelijk, zoals Verstijlen opmerkt,⁸⁴ geen been in om 'gegevens' en 'bestanden' als onlichamelijke zaak te laten functioneren, die kan worden gerevindiceerd uit de failliete boedel van degene op wiens drager deze gegevens en bestanden zich bevinden.

84 F.M.J. Verstijlen, 'Goederenrecht 2.0', in: E. Koops e.a. (red.), *Digitaal Privaatrecht*, Den Haag: Boom, 2014, p. 149.

Hoeren bepleit, voor het Duitse recht, de mogelijkheid om analoog aan § 903 BGB een meest volledig recht op digitale gegevens, 'Daten', vorm te geven.⁸⁵ Dit type eigendom zou moeten worden onderscheiden van de eigendom van de fysieke drager. Voor het ontstaan van 'data-eigendom' zou dan aansluiting moeten worden gezocht bij de 'Skripturakt', het moment van creatie van de gegevens. De eigenaar van de gegevens heeft dan de mogelijkheid om over de gegevens te beschikken, waarbij aangekend moet worden dat de analogie naar 'zakelijke' eigendom niet grenzeloos is:

"Das sachenrechtliche system dient nur insoweit der Einordnung von Dateneigentum, wie es wesensgemäß anwendbar und sachdienlich ist."

Voor wat betreft het Nederlandse recht heeft Tjong Tjin Tai onlangs beargumenteerd dat het betrekkelijk eenvoudig is om een eigendomsrecht op digitale data te conceptualiseren.⁸⁶ Daartoe somt hij vier aspecten van eigendom op, die alle (behalve wellicht b.) door middel van overeenkomsten ook ten aanzien van digitale data kunnen worden vormgegeven, namelijk:

- a. gebruik voor eigen nut (toegang/acces),
- b. exclusiviteit en controle (toegang of gebruik geven aan derden),
- c. beschikkingsbevoegdheid (overdracht of vervreemding),
- d. andere verplichtingen en rechten (evt. aansprakelijkheid, kwalitatieve verplichtingen, publiekrechtelijke lasten, recht op vergoeding van zaakschade en de mogelijkheid de (eigendom van) de zaak op te eisen wanneer de zaak zich feitelijk onder een derde bevindt).⁸⁷

Verstijlen, ten slotte, stelt dat bij software sprake is van een voor beheersing vatbaar object met een zekere continuïteit, en dat software daarom

85 T. Hoeren, 'Dateneigentum – Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht', *MMR* 2013/486.

86 T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Data in het vermogensrecht', *WPNR* 2015/7085.

87 Zie voetnoot 86, p. 995.

ook door het goederenrecht kan worden bestreken. Hij acht het wenselijk dat de mogelijkheid van een vermogensrecht op software wordt aanvaard. Wellicht zou dit vermogensrecht kunnen worden vormgegeven als kwalitatief recht dat onverbrekkelijk verbonden is aan de door de auteursrechthebbende verstrekte licentie.⁸⁸

4.2 Gebruiker versus auteursrechthebbende; digitale inhoud als zaak

Digitale inhoud is, anders dan een fysieke zaak, geen inherent schaars goed. Goederen die niet schaars zijn, maar voor iedereen onbeperkt toegankelijk, hoeven door het recht niet te worden verdeeld. Digitale inhoud is slechts – op kunstmatige wijze – een schaars goed, als met betrekking tot die inhoud een auteursrecht bestaat waardoor de vermenigvuldiging van de digitale inhoud slechts kan geschieden met toestemming van de auteursrechthebbende. Ook digitale inhoud die niet zonder toestemming mag worden vermenigvuldigd is fundamenteel anders dan een fysieke zaak. Digitale inhoud kan zonder noemenswaardige kosten van de ene naar de andere kant van de wereld worden getransporteerd.⁸⁹ Bovendien geldt dat digitale inhoud kan worden gebruikt, en aan anderen kan worden overgedragen, zonder dat sprake is van noemenswaardig kwaliteitsverlies.

De hiervoor genoemde eigenschappen van digitale inhoud lijken belangrijk voor een juiste afweging van de belangen van enerzijds de gebruiker van de digitale inhoud, en anderzijds de auteursrechthebbende. De omvang van het gebruiksrecht is afhankelijk van de omvang van het auteursrecht, terwijl de omvang van het auteursrecht op zijn beurt onder meer afhankelijk is van de uitputtingsregel.⁹⁰ De ratio van de uitputtingsregel bestaat erin dat goederen die permanent in het economisch verkeer worden gebracht, vervolgens ook vrij overdraagbaar moeten zijn.⁹¹ Zo wordt in het recht van de Europese Unie sinds lang aangenomen dat de uitput-

88 F.M.J. Verstijlen, 'Goederenrecht 2.0', in: E. Koops e.a. (red.), *Digitaal Privaatrecht*, Den Haag: Boom, 2014, p. 149.

89 Zie voetnoot 88, p. 144-146.

90 H. Cohen Jehoram, 'Uitputting in het auteursrecht', *Informatierecht/AMI* 1987/2. Anders: E.D.C. Neppelenbroek, 'Digitalisering, auteursrecht en vier waarnemingen over de eigendom', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2012/5; J.H. Spoor, 'Uitputting van intellectuele eigendomsrechten, met name in het auteursrecht', in: *CIER-lezingen 1988-1989*, Utrecht: Molengraaff instituut 1990, p. 61-68.

91 Zie voetnoot 90.

tingsregel is gebaseerd op het vrij verkeer van goederen (art. 34 en 36 VWEU).⁹² Voor het vrij verkeer van diensten bestaat niet een vergelijkbare uitputtingsregel. In *Coditel I* besliste het Hof van Justitie EG dat het uitzendingsrecht (met betrekking tot de film *Le Boucher*) niet aan uitputting onderhevig is:

“De cinematografische film behoort tot de categorie letterkundige en kunstwerken die ter beschikking van het publiek worden gesteld bij wege van onbeperkt herhaalbare voorstellingen. Daardoor zijn de problemen die de eerbiediging van het auteursrecht in verband met de vereisten van het verdrag oproept, niet dezelfde als bij letterkundige en kunstwerken die het publiek ter beschikking worden gesteld door het in omloop brengen van de materiële drager van het werk, zoals het geval is bij boeken of grammofoonplaten.”⁹³

Het belang van de auteursrechthebbende tegen uitputting van zijn recht was er onder andere in gelegen dat hij de exploitatie van de aan zijn auteursrecht verbonden royalty's niet los van de vooruitzichten op een toekomstige televisie-uitzending kon regelen. In de zaak *Warner v. Christiansen* oordeelde het Hof van Justitie,⁹⁴ in verband met het verhuren van videocassettes, op vergelijkbare wijze dat het recht van de auteursrecht-hebbende op verhuur niet was uitgeput. Daartoe overwoog het hof:

“Een regeling krachtens welke slechts bij de verkoop aan particulieren en aan videoverhuurbedrijven royalty's mogen worden geïnd, blijkt evenwel niet in staat te zijn de filmmakers een vergoeding te waarborgen die in verhouding staat tot het aantal feitelijke verhuringen en hun een bevredigend aandeel in de verhuur verschaft.”⁹⁵

92 HvJ EG, 8 juni 1971, C-70/78 (*Deutsche Grammophon Gesellschaft mBH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*).

93 HvJ EG 18 maart 1980, NJ 1981/531 (*Coditel v. Ciné-Vog*).

94 HvJ EG 17 mei 1988, C-158/86 (*Warner Brothers Inc. And Metronome Video ApS v. Erik Viuff Christiansen*).

95 Zie voetnoot 96, par. 15.

De vraag of de uitputtingsregel in werking treedt, lijkt in belangrijke mate afhankelijk van de vraag of de auteursrechthebbende in staat kan worden geacht om een bevredigende vergoeding voor de eerste verspreiding van zijn werk te berekenen.⁹⁶ Zulks is duidelijk het geval bij eerste verspreiding van een fysiek werk, maar niet bij een mededeling aan het publiek⁹⁷ of het verlenen van een service, zie overweging 29 van de preambule van de Auteursrichtlijn:

“Het vraagstuk van de uitputting rijst niet in het geval van diensten en in het bijzonder on-linediensten. [...] Anders dan het geval is bij een CD-ROM of een CD-i, waarbij de intellectuele eigendom in een materiële drager, dus in een zaak, is belichaamd, is elke on-linedienst in feite een handeling die aan toestemming is onderworpen, wanneer het auteursrecht of het naburige recht dit vereist.”

Hoe kan het Hof van Justitie in de *UsedSoft*-zaak dan toch tot de slotsom komen dat de uitputtingsregel werkt bij het downloaden van software? Het hof komt met, wat Speyart noemt,⁹⁸ twee ‘killer argumenten’:

“[E]conomisch gezien [is] de verkoop van een computerprogramma op cd-rom of dvd en de verkoop van een computerprogramma door download van internet vergelijkbaar [...]. De overdracht online is immers functioneel gelijkwaardig aan de overhandiging van een materiële drager.”⁹⁹

En:

“Indien in omstandigheden zoals aan de orde in het hoofdgeding het beginsel van uitputting van het distributierecht als bedoeld in art. 4 lid 2 [Auteursrichtlijn] enkel werd toegepast op kopieën

96 O-A Rogstad, ‘Legally Flawed but Politically Sound? Digital Exhaustion of Copyright in Europe after *UsedSoft*’, *Oslo Law Review* 2014/1, p. 12-14.

97 Vgl. art. 8 van het WIPO Auteursrechtverdrag.

98 H. Speyart, ‘Volghende het vrije verkeer van goederen: De uitputting bij online ter beschikking gestelde werkexemplaren’, in: A.M. Verschuuren e.a. (red.), *gIElen, een bekend begrip* (liber amicorum Charles Gielen), Deventer: Kluwer 2015, p. 312 e.v.

99 Zie par. 61.

van computerprogramma's die op een fysieke drager worden verkocht, zou de houder van het auteursrecht de wederverkoop van kopieën die van internet zijn gedownload kunnen controleren en bij iedere wederverkoop opnieuw een vergoeding kunnen vragen, ofschoon die houder reeds bij de eerste verkoop van de betrokken kopie een passende vergoeding heeft kunnen ontvangen. Een dergelijke beperking van de wederverkoop van kopieën van computerprogramma's die van internet worden gedownload zou verder gaan dan noodzakelijk is voor het behoud van het specifieke voorwerp van de betrokken [intellectuele] eigendom."¹⁰⁰

Het is echter nog maar de vraag of beide argumenten wel opgaan. Er lijkt wel degelijk een (economisch) verschil te zitten in verkoop van een fysieke cd-rom of dvd en 'verkoop' van een werk door middel van een download. In tegenstelling tot de fysieke cd-rom of dvd is de gedownloade kopie niet onderhevig aan noemenswaardig kwaliteitsverlies en kan zij ook zonder noemenswaardige kosten over de hele wereld worden getransporteerd. Dit kan ertoe leiden, zoals het District Court in *ReDigi* overwoog, dat de markt voor en de waarde van het auteursrechtelijk beschermde werk wordt ondermijnd:¹⁰¹

"The product sold in ReDigi's secondary market is indistinguishable from that sold in the legitimate primary market save for its lower price. The clear inference is that ReDigi will divert buyers away from that primary market."

Het is om ook om deze reden dat het OLG Hamm zaak *Verbraucherzentrale Bundesverband/buch.de*¹⁰² bevestigde dat bij levering van luisterboeken en e-books geen sprake is van verkoop, maar slechts van verlening van een eenvoudig gebruiksrecht, zodat bij eerste verkoop het distributierecht niet raakt uitgeput. De koper heeft vooral belang bij een in de tijd onbeperkt gebruiksrecht, terwijl het belang van de rechthebbende op het auteursrecht verlangt dat zijn recht met betrekking tot digitale werken anders wordt beschermd dan bij analoge werken.

100 Zie par. 63.

101 *ReDigi*, s. III B 1.

102 Zie hiervóór par. 3.3.

5 Aanbeveling

Het is denkbaar om een eigendomsrecht te aanvaarden op digitale inhoud, als 'iets dat geïndividualiseerd is en waarover feitelijke macht kan worden uitgeoefend'.¹⁰³ Men zou dan kunnen denken aan het formuleren van een schakelbepaling om zo de mogelijke analogie met eigendom tot uitdrukking te doen komen. Gedacht kan worden aan de volgende tekst:

“Tenzij de wet anders bepaalt, vindt al hetgeen omtrent eigendom van een zaak is bepaald, overeenkomstige toepassing op digitale inhoud.”

Aan het begrip digitale inhoud zou dan in Boek 3 BW een definitie kunnen worden gegeven. De vraag is echter of de wettelijke analogie die dan ontstaat tussen 'zaken' en 'digitale inhoud' niet eveneens te zeer door de wettelijke regeling over zaken vorm en inhoud krijgt. Veel van de bepalingen over eigendom zullen niet, althans niet zonder meer, op digitale inhoud kunnen worden toegepast. Bovendien leidt het hierboven onder par. 3.2 overwogene (vooralsnog) tot de conclusie, ook gezien het beperkte toepassingsgebied van het *UsedSoft*-arrest¹⁰⁴, dat digitale inhoud die niet op een fysieke drager wordt geleverd, ook niet aan de gebruiker wordt verkocht, maar slechts in gebruik wordt gegeven. De digitale inhoud die aldus wordt geleverd is dan niet een in het economisch verkeer vrij overdraagbaar object.¹⁰⁵ Daarnaast geldt dat het exploitatiemodel van digitale inhoud in toenemende mate ofwel via de cloud geschiedt,¹⁰⁶ ofwel op

103 HR 27 april 2012, *NJ* 2012/293, r.o. 3.5; Speyart 2015, p. 303.

104 Dat is immers in ieder geval niet van toepassing op digitale inhoud met grafische of geluidselementen, en, volgens de Duitse rechter althans, ook niet op e-books.

105 Ook bij 'verkoop' van software onder het huidige *UsedSoft*-regime zal de tweedehands koper gebonden zijn aan die bedingen in de licentieovereenkomst die niet een latere overdracht betreffen. Ook in die situatie geldt dus dat geen sprake is van een volledig vrij rechtsverkeer. Overigens zou het mogelijk zijn om de uitputtingsregel zodanig aan te passen dat reeds het verlenen van een gebruiksrecht ten aanzien van digitale inhoud leidt tot de uitputting van het auteursrecht, zodat de licentie daarna vrij overdraagbaar zou zijn. Die keuze is door de wetgever nooit gemaakt.

106 Een voorbeeld: de waarde van de cloud service van Amazon, AWS, werd op moment van schrijven door Deutsche Bank geschat op 160 miljard dollar (uk.businessinsider.com/aws-estimated-to-be-worth-160-billion-2015-11?r=US&IR=T). Een verbijsterend getal als men bedenkt dat AWS in 2006 officieel is opgestart. AWS is bovendien het snelst groeiende onderdeel van Amazon.

basis van een in de tijd beperkte licentie. Een dergelijk exploitatiemodel moet in ieder geval als een service worden gezien. Bij die stand van zaken is het de vraag of het noodzakelijk is (in het praktische rechtsleven) om digitale inhoud goederenrechtelijk in te passen door haar als zaak aan te merken, of als iets dat daaraan is gelijk te stellen.

Dit alles laat echter onverlet dat digitale inhoud, zoals Hoeren opmerkt,¹⁰⁷ voor mensen een vanzelfsprekende, bijna voelbare waarde heeft, los van de drager waarmee de digitale inhoud verbonden is. Het is dus van belang dat wat wordt verstaan onder 'digitale inhoud' algemeen wordt geformuleerd om aldus tot een meer systematische regeling van digitale inhoud te komen. Daarbij kan worden gedacht aan het verabsoluteren van de licentie op dezelfde wijze als bij de huurovereenkomst en aan nadere regelingen voor digitale inhoud in het kader van onder meer faillissement, (bewijs) beslag, feitelijke zekerheden, vererving en echtscheiding.

107 Hoeren 2013, p. 489.



III Eigendom van roerende zaken, met name origineire wijzen van eigendomsverkrijging (titels 1 en 2)

Een pleidooi voor meer continuïteit in het goederenrecht

Mr. E.F. Verheul en prof. mr. F.M.J. Verstijlen

1 Inleiding: karakterisering van ons goederenrecht en vraagstelling

Ons goederenrechtelijk systeem is wel gekenschetst als 'nu eenmaal star en inflexibel'.¹ Dat is te sterk uitgedrukt,² maar wel geeft het goederenrecht voorschriften met een 'doorgaans dwingend karakter'.³ Dit vindt zijn verklaring in de betrokkenheid van derden, die met het absolute karakter

- 1 R.M. Wibier, 'Vorderingen als zekerheidsobject: *beyond* verpanding', *WPNR* 2005/6610, p. 149. In soortgelijke termen voor België: E. Dirix, 'Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten', in: H. Bocken e.a., *Bijzondere overeenkomsten*, Mechelen: Kluwer 2008, p. 143: 'Hier botst de wilsautonomie op de geringe flexibiliteit van het goederenrecht dat wordt gekenmerkt door zijn gesloten systeem.' Zie ook E. Goessens, 'De historische oorsprong van het *numerus clausus* beginsel in het goederenrecht', *Jura Falconis* 2010-2011, p. 154: 'Het zakenrecht wordt sinds jaar en dag beschouwd als zijnde een vaststaand gegeven, een star systeem dat geen ruimte laat aan wilsautonomie.'
- 2 Vgl. J.B. Spath, *Zaaksvervangning* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, p. 16. Als het ooit waar was, tonen recente arresten als HR 14 augustus 2015, *JOR* 2015/252 (*Zalco III*) dat dat heden ten dage niet meer geldt.
- 3 J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 5e stuk. Zakenrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940, p. 2. Zo ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 33: het goederenrecht heeft een 'in beginsel dwingend karakter'. Zie ook A-G A.S. Hartkamp in zijn conclusie voor HR 5 oktober 1990, *NJ* 1992/226 (*Breda/Antonius*), die spreekt van 'het karakter van dwingend recht dat eigen is aan bepalingen van zakenrecht in het algemeen, en aan bepalingen omtrent origineire eigendomsverkrijging in het bijzonder'.

van goederenrechtelijke rechten kunnen worden geconfronteerd.⁴ 'Goederenrecht is derdenrecht', heet het op zijn Gronings.⁵

Dat dwingende karakter toont zich met name in titel 2 van Boek 5 BW, waar de zogenaamde originaire wijzen van verkrijging en verlies van eigendom zijn geregeld. Er is weinig ruimte voor partijen om hun goederenrechtelijke positie te bepalen ingeval zaken een bewerking ondergaan, ook niet wanneer die bewerking plaatsvindt in een contractuele setting. Die ruimte is gering, zowel gezien in verhouding tot andere rechtsgebieden als in het perspectief van buitenlandse regelgeving ter zake.

De dwingendrechtelijke toewijzing van de eigendom van de nieuwe zaak bij natrekking, vermenging of zaaksvorming heeft tegelijkertijd vaak eigendomsverlies van een ander tot gevolg. Indien een zaak bestanddeel wordt van een andere zaak, verliest de eigenaar van die eerste zaak alle goederenrechtelijke aanspraken. Ook als de zaak zonder enige schade van betekenis kan worden losgemaakt, heeft de bestanddeelvorming definitief eigendomsverlies tot gevolg. Wanneer een leverancier autowielen onder eigendomsvoorbehoud overdraagt, heeft de bevestiging van de wielen door de koper tot gevolg dat de eigenaar zijn rechten verliest.

Het Franse recht, maar ook het toekomstige Belgische recht, kent in dergelijke gevallen een soepeler benadering. Volgens het – nog niet zo lang geleden ingevoerde – art. 2370 Cc geldt dat

"[I]'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage."⁶

- 4 Zie naast de in de vorige noot genoemde vindplaatsen J.E. Wichers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2002, p. 6-9 en T.H.D. Struycken, 'The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property', in: R. Westrik & J. van der Weide (red.), *Party Autonomy in International Property Law*, München: Sellier 2011, p. 81.
- 5 Zie onder meer E.C.M. Wolfert, 'Bestanddeel of zaak? Over het onderscheid en de samenhang tussen de artikelen 3:4 en 5:20 BW (II, slot)', *WPNR* 2003/6525, p. 282, F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Credit claims* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, p. 36 en F.M.J. Verstijlen, 'Paritas creditorum, voorrang en preferentie', *TvP* 2006, p. 1205.
- 6 Zie voor de situatie in de onderscheidene insolventierechtelijke procedures art. L624-16 al. 3 C.Com. (*procédure de sauvegarde*), van overeenkomstige toepassing in de *redressement judiciaire* op grond van art. L631-18, al. 1 C.Com. en de *liquidation judiciaire* (art. L641-14 al. 1 C.Com.).

Zo stond Iveco als leverancier onder eigendomsvoorbehoud van automotoren niet met lege handen toen de motoren in voertuigen waren gemonteerd door het inmiddels failliete Sovamag.⁷

Een ander voorbeeld biedt art. 5:16 BW. Partijen hebben geen mogelijkheden te bepalen wie eigenaar wordt van de nieuw gevormde zaak. Dat ervoer Machinefabriek Plaatwerkerij en Constructiefabriek St. Antonius toen zij rompen, bochten en venturies vervaardigde in opdracht van Machinefabriek Breda. Antonius had bedongen dat 'de eigendom van de goederen eerst op de opdrachtgever over[gaat], wanneer al het aan de opdrachtnemer ter zake van de levering [...] van deze goederen verschuldigde met inbegrip van rente en kosten is voldaan.' Het beding kon geen effect hebben omdat het antwoord op de vraag wie eigenaar werd van de rompen, bochten en venturies – overigens uit door Breda aan Antonius ter beschikking gestelde, maar aan haar bank in zekerheidseigendom toebehorende zaken – werd bepaald door (de voorloper van) art. 5:16 lid 2 BW.

Het kwam aan op de verkeersopvattingen of Antonius de rompen, bochten en venturies voor zichzelf vormde of juist Breda deze zaken voor zichzelf deed vormen. Die verkeersopvattingen werden door de Hoge Raad ook meteen geduid, in die zin dat het zal aankomen:

“op de vraag wie beslissende invloed had op de wijze van produktie en de definitieve vorm van het produkt en wie in het kader van die rechtsverhouding het risico droeg ter zake van verliezen wegens tegenvallende bruikbaarheid, verhandelbaarheid of winstgevendheid van het produkt.”⁸

In het Duitse recht bestaat in dergelijke gevallen meer ruimte de goederenrechtelijke verhoudingen in te vullen. § 950 BGB komt in grote lijnen overeen met ons art. 5:16 lid 2 BW, maar wordt minder strikt toegepast. Hoewel ook daar de werking van de bepaling niet door een beding opzij

7 Zie Cass. com. 21 maart 2006, zaak nr. 04-19775. Overigens is het de vraag of Iveco uiteindelijk aan het langste eind trok, nu de desbetreffende voertuigen intussen aan een derde waren overgedragen.

8 HR 5 oktober 1990, *NJ* 1992/226.

kan worden gezet,⁹ geldt dat een bepaling dat de vervaardiging van zaken geschiedt in opdracht van de leverancier, er wel aan bijdraagt dat die leverancier als 'Hersteller' wordt aangemerkt.¹⁰

De keuze van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie voor de mogelijke herziening van Boek 5 BW als onderwerp biedt een goede gelegenheid de eerder gemaakte keuzes onder de loep te nemen en te heroverwegen. De ontwikkelingen in internationaal verband laten zien dat deze keuzes niet vanzelfsprekend zijn.¹¹ Zou er niet meer ruimte kunnen zijn voor continuïteit van goederenrechtelijke rechten dan nu het geval is? Is het bezwaarlijk om bij de originele wijzen van verkrijging en verlies van eigendom meer ruimte te geven aan de partijautonomie? Welke partijen zouden daardoor in hun belangen kunnen worden aangetast en zou dit dan ongerechtvaardigd zijn?

Teneinde deze vragen te beantwoorden behandelen wij in de volgende paragraaf enige beginselen van goederenrecht die ten grondslag worden geacht te liggen aan de regeling van titel 2 van Boek 5 BW.

2 Relevante beginselen van goederenrecht

2.1 Het individualiseringsbeginsel

Het goederenrecht stelt de verhouding tussen een persoon en een goed centraal. Dat brengt met zich dat het in enige mate duidelijk moet zijn welk goed het betreft. Anders gezegd, het voorwerp van het goederenrechtelijk recht – in de kwesties die ons hier bezighouden: de zaak –

9 Zie MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 950 BGB, Rn. 15-16 en Staudinger/Wiegand 2011, § 950 BGB, Rn. 19-20 met verdere verwijzingen.

10 Zie MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 950 BGB, Rn. 17-20 en Staudinger/Wiegand 2011, § 950 BGB, Rn. 22-30. Zie verder par. 6.4, ook voor kritiek op deze toepassing van § 950 BGB.

11 Zo reeds R. Zwitser, 'Accessie hier en in het buitenland (II)', *WPNR* 1996/6211, p. 110-111.

moet kunnen worden aangewezen.¹² Een van de belangrijkste beginselen van goederenrecht is dan ook het individualiseringsbeginsel (of specialiteitsbeginsel of bepaaldheidsvereiste).¹³

Bezit of eigendom van uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken, is niet mogelijk, zo heette het in *Nieuwe Matex*.¹⁴ En recentelijk achtte de Hoge Raad het bij de overdracht van (een aandeel in) een deel

12 Zie – toegespitst op de positie van derden – J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 141-143 en J.E. Fesevur, 'Teixeira revisited', *NTBR* 2001, p. 505: 'Zonder individualiseerbaarheid van het object is een zakelijk recht [...] ondenkbaar.' Vgl. J. Lieder, *Die rechtsgeschäftliche Sukzession*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, p. 303: 'Denn ein nicht genügend bestimmtes Recht existiert nicht, weil vom Rechtsverkehr schwerlich verlangt werden kann, ein unbestimmtes Recht als absolut geschützte Rechtsposition anzuerkennen und zu beachten. Zudem kann an einem unbestimmten Gegenstand kein Herrschaftsrecht bestehen.'

13 De terminologie is onvast. In het kader van de overdracht wordt vaak gesproken van het bepaaldheidsvereiste, naar huidige inzichten neergelegd in art. 3:84 lid 2 BW. Zie bijv. T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 790-791. Zie over de aanduiding specialiteitsbeginsel in verhouding tot het individualiseringsbeginsel ook V.J.M. van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2015, p. 247-248 en p. 354-359, die het begrip 'specialiteitsbeginsel' reserveert voor het vereiste dat registergoederen afzonderlijk moeten worden aangeduid in de leverings- of vestigingsakte, 'individualiteitsbeginsel' voor de regel dat iemand niet één recht op meer zaken tezamen kan hebben. Vgl. voor Duitsland MünchKomm-BGB/Gaier 2013, Einleitung, Rn. 21, waar de 'Bestimmtheitsgrundsatz' en 'Spezialitätsgrundsatz' met elkaar gelijk worden gesteld, maar in MünchKomm-BGB/Oechsler 2013, § 929 BGB, Rn. 6-7 worden onderscheiden. Zie over de onderlinge verhouding tussen 'Spezialitäts- und Bestimmtheitsprinzip' ook Lieder 2015, p. 303. Zie voor België V. Sagaert, *Beginnen van Belgisch privaatrecht. V. Goederenrecht*, Mechelen: Kluwer 2014, nr. 83, onder de benaming 'specialiteitsbeginsel'. Wij gebruiken hieronder de term 'individualiseringsbeginsel' in de betekenis zoals in de hoofdttekst aangeduid. Zie verder par. 5.5.2.

14 HR 10 februari 1978, *NJ* 1979/338. Vgl. Suijling 1940, p. 86: 'Het object van een zakelijk recht is bovendien altijd een individueel bepaalde lichamelijke zaak. Kunnen vorderingsrechten op de levering zowel van bepaalde individuele als van onbepaalde, d.i. slechts naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken gericht zijn, zakelijke rechten zijn slechts aan individueel bepaalde lichamelijke zaken bestaanbaar. De aanwezigheid van een zakelijk recht veronderstelt noodwendig de aanwezigheid van een individueel bepaald object.' In dezelfde termen voor Frankrijk S. Torck, 'La revendication des choses fongibles', *RRJ* 1996, p. 491: 'Traditionnellement, on considère que l'action en revindication ne peut pas porter sur des choses de genre, car le droit de propriété doit avoir un objet déterminé.' In de desbetreffende bijdrage komt hij overigens tot de conclusie dat zich op dit terrein een evolutie heeft voltrokken, onder meer tot uitdrukking komend in (een voorloper van) art. L624-16 al. 3 C.Com., waarover later meer.

van een perceel grond 'noodzakelijk dat het desbetreffende gedeelte ten behoeve van de vervreemding wordt aangewezen als afzonderlijke, te individualiseren zaak'.¹⁵ Daarmee samenhangend: ook de uitoefening van zakelijke rechten vergt dat de rechthebbende het voorwerp van zijn recht kan individualiseren.¹⁶ In *Teixeira de Mattos* faalde de revindicatie door Mulder en Peijnenburg van 'hun' in totaal vier certificaten Nillmij omdat zij niet konden aantonen welke van de bij Teixeira de Mattos aanwezige certificaten – *if any* – hun toebehoorden.¹⁷ En in *Potharst/Serrée* verging het pandhouder Potharst, die in eenzelfde positie verkeerde, niet beter.¹⁸ Het beginsel staat nauwelijks ter discussie in de literatuur; veelal wordt volstaan met een verwijzing naar één of meer van de genoemde arresten.¹⁹ Dat laatste geldt ook voor de wetgever.²⁰

In Duitsland wordt het beginsel wel teruggevoerd op Savigny, waar hij stelt dat:

"Die unfreye Natur kann von uns beherrscht werden nicht als Ganzes, sondern nur in bestimmter räumlicher Begränzung; ein so begränztes Stück derselben nennen wir Sache, und auf diese bezieht sich daher die erste Art möglicher Rechte: das Recht an einer Sache, welches in seiner reinsten und vollständigsten Gestalt Eigenthum heißt."²¹

Het beginsel 'daß dingliche Rechte nur an bestimmten einzelnen Sachen möglich sind, sich also auf sie beziehen müssen' dient de 'Rechtsklar-

15 HR 22 mei 2015, *NJ* 2015/335 (*P. Warnaar Beheer/Wubben & Gielesen*).

16 Zie over het onderscheid Wichers 2002, p. 155-157 en hierna in par. 5.5.2.

17 HR 12 januari 1968, *NJ* 1968/274. In gelijke zin voor België Cass. 9 mei 1947, *Arr. Cass.* 1947, 148, het 'Belgische Teixeira': 'Overwegende dat de vordering tot teruggave slechts kan verstaan worden in zover het over bepaalde zaken gaat en dus niet kan worden uitgeoefend op het bedrag van verschuldigde sommen, doch enkel op geïndividualiseerde speciën of biljetten.' Zie over de ontwikkeling sindsdien V. Sagaert, *Zakelijke subrogatie* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2003 (hierna: Sagaert 2003a), p. 394 e.v.

18 HR 4 december 1998, *NJ* 1999/549.

19 Zie H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 171 en Fesevur 2001, p. 505.

20 NvW, *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 108, onder verwijzing naar *Teixeira de Mattos*.

21 F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840, p. 338. Zie voor de band met het 'Spezialitätsprinzip' MünchKomm-BGB/Oechsler 2013, § 929 BGB, Rn. 7.

heit'.²² Dat is ook de benadering van het *Bundesgerichtshof*, dat daaraan niet zozeer vasthoudt vanwege slechts 'Rechtsdogmatik', maar daarvoor mede 'wirtschaftspolitische Gründe' ziet, althans toegepast in het kader van een zekerheidsoverdracht van zich in een 'Warenlager' bevindende zaken waartussen zich ook onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken bevonden:

"Es kommt nicht so sehr darauf an, ob die Allgemeinheit erkennen kann, inwieweit die in einem Lager befindlichen Waren Dritten übereignet sind oder dem Schuldner gehören. Dazu wird sie in der Regel kaum je in der Lage sein, wenn sich in dem Lager auch Waren befinden, an denen noch ein Eigentumsvorbehalt besteht. Die individuelle Bestimmung der zu übereignenden Sachen ist im Interesse der Rechtssicherheit ganz allgemein deswegen geboten, damit die Beteiligten selbst volle Klarheit darüber haben, an welchen Sachen das Eigentum übergegangen ist. Insbes. muß der Erwerber wissen, an welchen Sachen er Eigentum erlangt hat. [...] Die Rechtsstellung desjenigen, der Ware unter Eigentumsvorbehalt geliefert hat, würde in ganz erheblichem Umfang gefährdet, wenn der Erwerber des Warenlagers nicht von vornherein klar und eindeutig weiß, welche Rechte er an den einzelnen dort befindlichen Sachen hat. Es bestünde die Gefahr, daß er gutgläubig über Sachen verfügen würde, von denen er annimmt, ihr Eigentümer zu sein, während sie in Wahrheit noch einem Dritten gehören."²³

Deze pragmatische benadering toont dat het individualiseringsbeginsel niet onwrikbaar is, maar dat de invulling ervan mede wordt bepaald door economische overwegingen. In Nederland hebben dergelijke economische overwegingen geleid tot een belangrijke nuancering van – of zo men wil: inbreuk op – het beginsel in de inmiddels gevestigde lijn van rechtspraak volgens welke bij de overdracht of verpanding van vorderingen '[v]oldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering

22 J.F. Baur & R. Stürner, *Sachenrecht*, München: C.H. Beck 2009, p. 39.

23 BGH 13 juni 1956, *NJW* 1956/1315.

het gaat'.²⁴ Vorderingen worden overgedragen zonder dat de partijen zelf enig idee hebben welke individuele vorderingen het betreft, mits dit *achteraf* kan worden vastgesteld. Redengevend voor deze beslissing was de wens bestaande financieringspatronen te continueren.

Al met al is de betekenis van het individualiseringsbeginsel verrassend gering. Het behoeft niet in de weg te staan aan erkenning van goederenrechtelijke rechten op bestanddelen van zaken. Het is immers zeer wel mogelijk dat bestanddelen van zaken voldoende geïndividualiseerd kunnen worden. Er zal weinig misverstand rijzen over wat wordt verstaan onder het linkervoorwiel van een auto. Het individualiseringsbeginsel hoeft niet in de weg te staan aan (het uitoefenen van) een eigendomsrecht op een linkervoorwiel dat op de auto van een ander is gemonteerd. Het hiervoor genoemde Franse art. 2370 Cc is wat dat betreft illustratief. Daarnaast is het ook een kwestie van waar de grens wordt getrokken wat betreft de mate van individualisering. Zo kan ook aan bepaalde belangen met betrekking tot een niet nader geïndividualiseerd voorwerp tegemoet worden gekomen door middel van de toekenning van een zakelijk actie in een wel gespecificeerde grotere hoeveelheid. Sinds 1995 kent s. 20A van de Engelse Sale of Goods Act 1979 de koper van een gespecificeerde hoeveelheid zaken die deel uitmaken van een aangewezen 'bulk' mede-eigendom toe in die 'bulk', voordat de desbetreffende zaken in die 'bulk' zijn aangewezen. Deze bescherming van de koper heeft inmiddels zijn weg gevonden naar het Draft Common Frame of Reference, dat in art. VIII.-2:305 een soortgelijke bepaling kent.

In Frankrijk kan de leverancier van fungibele zaken zijn voorbehouden eigendom uitoefenen 'à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou

- 24 HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995/447 (*Spaarbank Rivierenland/Gispen q.q.*). De overweging is sindsdien vele malen herhaald. Zie voor verdere verwijzingen Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 231. Struycken 2007, p. 790 merkt op: 'Het bepaaldheidsbeginsel heeft in het afgelopen decennium aanzienlijk aan betekenis ingeboet, doordat de Hoge Raad het bepaaldheidsvereiste bij de verpanding van goederen heeft vervangen door het vereiste van voldoende *bepaaldbaarheid*.' Vgl. voor Duitsland BGH 31 januari 1979, *NJW* 1979/976: 'Dem Bestimmtheitsgrundsatz wird auch dann ausreichend Rechnung getragen, wenn es infolge der Wahl einfacher, äußerer Abgrenzungskriterien für jeden, der die Par-teiabreden in dem für den Eigentumsübergang vereinbarten Zeitpunkt kennt, ohne weiteres ersichtlich ist, welche individuell bestimmten Sachen übereignet worden sind.'

Eigendom roerende zaken, m.n. origineire wijzen eigendomsverkrijging 2.2

pour son compte'.²⁵ Het is dus niet nodig dat de verkoper 'zijn' zaken kan individualiseren. Als voldoende ondergrens voor individualisering geldt dat het moet gaan om zaken van dezelfde soort en dezelfde kwaliteit. Een dergelijke verlaagde individualiseringsgrens is ook in ons Nederlandse recht niet onbekend. We zien haar in werking bij het reclamerecht. Indien het verkochte gedeeltelijk is betaald, kan de verkoper volgens art. 7:39 lid 2, tweede volzin BW 'een daaraan evenredig deel van het afgeleverde terugvorderen indien het afgeleverde voor een zodanige verdeling vatbaar is'. Niet nodig is dat de verkoper aanwijst welke zaken nog niet betaald zijn; voldoende voor individualisering is dat het gaat om zaken die door de reclamant zijn afgeleverd. Ook hier zien we dus een goederenrechtelijke actie die kan worden uitgeoefend op minder geïndividualiseerde zaken.²⁶

2.2 Het eenheidsbeginsel

Met het individualiseringsbeginsel hangt samen het eenheidsbeginsel, dat inhoudt dat een goederenrechtelijk recht slechts op een zaak als geheel kan rusten en niet op een onzelfstandig deel van die zaak.²⁷ In Duitsland voorziet § 93 BGB in een expliciete bepaling, althans waar het gaat om 'wesentliche' bestanddelen:

"Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile), können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein."

Het zij daarbij opgemerkt dat het Duitse recht ook andere dan 'wesentliche' bestanddelen kent – 'einfache' of 'unwesentliche' bestanddelen – waarop wel afzonderlijke rechten mogelijk zijn, mits ten aanzien van die

25 Zie hierover verder par. 5.5.3.

26 Vgl. J.H. Beekhuis, 'Eigendom en bezit van generieke zaken', in: H.A.J. Baanders e.a., *Recht door zee*, Zwolle: Tjeenk Willink 1980, p. 15 over 'een pandrecht op een bepaalde [geld]som'.

27 Zie Suijling 1940, p. 86-87, die spreekt van het 'totaliteitsbeginsel', alsmede Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 65, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 40 en Van der Steur 2003, p. 72-73 en p. 133. In soortgelijke bewoordingen voor België: Sagaert 2014, nr. 82.

bestanddelen aan het individualiseringsbeginsel kan worden voldaan.²⁸ In Nederland wordt het beginsel wel in verband gebracht met art. 5:3 BW, dat luidt:

“Voor zover de wet niet anders bepaalt, is de eigenaar van een zaak eigenaar van al haar bestanddelen.”²⁹

Erg verankerd of eenduidig is het beginsel niet. Het spreekt niet vanzelf. Beekhuis wierp de vraag op waarom het een eigenaar ‘verboden [zou] zijn een afzonderlijk eigendomsrecht op een deel van de hem toebehorende zaak te vestigen met de bedoeling dat dit deel later op verzoek van de eigenaar van de zaak zal kunnen worden losgemaakt’.³⁰ In het verlengde daarvan: waarom zou een eigenaar van een zaak die in een zaak van een ander wordt geïncorporeerd niet zijn eigendomsrecht kunnen (voor)behouden, althans indien de zaak ook na incorporatie valt te individualiseren en gemakkelijk valt te separeren?³¹ Het door Suijling ter onderbouwing van het eenheidsbeginsel gegeven argument is dat het kapitaalvernietiging voorkomt:

“Waarden mogen niet noodeloos worden vernietigd. Als de opheffing van den samenhang der deelen tot verlies voor de maatschappij zou voeren, behoort de verbinding onder de lichamelijke eenheidszaken te worden gerangschikt.”³²

Het is een nog steeds vaak ingeroepen grondslag,³³ niet alleen in Nederland.³⁴ Beekhuis was destijds evenwel niet overtuigd:

- 28 Zie over dat laatste aspect MünchKomm-BGB/Stresemann 2015, § 93 BGB, Rn. 27 en Staudinger/Jickeli & Stieper 2012, § 93 BGB, Rn. 8. Zie verder par. 4.1.2.
- 29 Zie Van der Steur 2003, p. 133, Struycken 2007, p. 791-792 en E.C.M. Wolfert, ‘Bestanddeel of zaak? Over het onderscheid en de samenhang tussen de artikelen 3:4 en 5:20 BW (I)’, *WPNR* 2003/6523, p. 191 en 196.
- 30 J.H. Beekhuis, ‘Zaaksbestanddelen naar bestaand en wordend recht’, in: C.H. Beekhuis e.a., *Van Opstall-bundel*, Deventer: Kluwer 1972, p. 14. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 65 stellen eenzelfde vraag.
- 31 Het is immers goed mogelijk – zie par. 2.1 – dat een bestanddeel voldoende individualiteit bezit om als object van een eigendomsrecht te functioneren.
- 32 Suijling 1940, p. 63.
- 33 Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 65, Van der Steur 2003, p. 133 en H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 30 e.v.
- 34 Zie Soergel/Marly 2000, § 93 BGB, Rn. 3, MünchKomm-BGB/Stresemann 2015, § 93 BGB, Rn. 1 en Staudinger/Jickeli & Stieper 2012, § 93 BGB, Rn. 24.

"In wezen geeft de opvatting van Suijling een publiekrechtelijk motief voor het eenheidsbeginsel (strijd met het algemeen belang). Maar wanneer het de eigenaar vrij staat de hem toebehorende zaak geheel of gedeeltelijk te vernietigen en hierdoor de economische waarde teniet te doen gaan, waarom zou het hem dan verboden zijn een eventuele waardevermindering door latere afscheiding mogelijk te maken?"³⁵

Niettemin zag Beekhuis een bevredigender argument tegen een zakelijk werkend afscheidingsrecht, te weten de 'grote moeilijkheden' die het zou kunnen opleveren bij beslag en faillissement. De schuldenaar zou 'een juridische situatie kunnen scheppen waardoor het te gelde maken van deze zaken ernstig zou kunnen worden belemmerd'. De schuldeiser of de curator zou vóór de verkoop een derde moeten toestaan delen van de zaak tot zich te nemen, waardoor de resterende zaak praktisch moeilijk verkoopbaar zou zijn.

Het komt ons evenwel voor dat dezelfde bedenkingen die Beekhuis tegenover Suijlings standpunt aanvoerde ook opgaan voor Beekhuis' eigen argument. Immers, als het een eigenaar is toegestaan de zaak geheel of gedeeltelijk te vernietigen of deze – binnen de grenzen van de actio Pauliana – weg te schenken of anderszins voor een onzakelijke prijs over te dragen en het te gelde maken van deze zaak aldus geheel of ten dele onmogelijk te maken, waarom zou hij het verhaal op een zaak dan niet kunnen bemoeilijken door zakelijke rechten op bepaalde geïndividualiseerde zaaksdelen te laten bestaan?

Beide bezwaren zien in de kern op kapitaalvernietiging. Het toekennen van zakelijke rechten op zaaksdelen leidt ertoe dat waarde verloren gaat, voor de maatschappij als geheel of voor de schuldeisers; en wel doordat de meerwaarde van de zaak door de ontmanteling ervan verloren gaat, al is het alleen maar doordat de kosten van samenvoeging voor niets blijken te zijn gemaakt. Het is inderdaad een argument vóór het uitsluiten van zakelijke rechten op zaaksdelen dat het leidt tot waardemaximalisatie.

Het probleem is evenwel dat maximalisatie van waarde in gevallen als deze – origineire wijzen van eigendomsverlies³⁶ – nauw samenhangt met

35 Beekhuis 1972, p. 14.

36 Het probleem speelt minder bij het door Beekhuis centraal gestelde probleem van het creëren door de eigenaar van zakelijke rechten op delen van diens zaak.

de verdeling van die waarde.³⁷ Het voordeel dat voor de maatschappij c.q. de (gezamenlijke) schuldeisers wordt gerealiseerd, gaat ten koste van de eigenaar van de zaak die – hoewel nog volmaakt individualiseerbaar – bestanddeel wordt van eens anders zaak. Het recht behoort niet slechts te zorgen voor waardemaximalisatie maar behoort zich ook over de verdeling ervan te bekommeren. Waar bij de invulling van een regeling het ene tegenover het andere staat, is het geenszins zo dat het eerste noodzakelijkerwijs moet prevaleren. En zelfs wanneer gekozen wordt voor het behoud van waarde van de eenheid, behoeft dat niet meteen te betekenen dat die gehele waarde ook in één hand wordt gelegd.

Daarbij dient bedacht te worden dat de kapitaalvernietiging die met de mogelijkheid van zakelijke rechten op zaaksdelen gepaard gaat, minder groot is dan op het eerste gezicht lijkt. Dat bijvoorbeeld de eigenaar (of anderszins 'afscheidingsgerechtigde') van een op een auto gemonteerd voorwiel het recht heeft het voorwiel te verwijderen, wil nog niet zeggen dat hij dat *moet* doen. In normale (handels-) relaties, waarin het eigendomsrecht voortvloeit uit een eigendomsvoorbehoud, zal hij dat juist niet *willen* en vaak ook niet *mogen* doen. Hij zal graag bereid zijn afstand van het voorwiel te doen als hij de prijs voor het voorwiel voldaan krijgt. Sterker nog, de strekking van het eigendomsvoorbehoud is dat zijn eigendomsrecht tenietgaat wanneer hij wordt voldaan. Met andere woorden, de eigenaar van de auto, diens schuldeiser of diens curator kan de meerwaarde van het totaal behouden door de prijs van het deel te voldoen.

Er zullen gevallen zijn waarin de eigenaar, schuldeiser of de curator die prijs niet wil of kan betalen, maar het is het de vraag of het opportuun is dat te voorkomen door het de eigenaar van het zaaksdeel in alle omstandigheden onmogelijk te maken zijn recht te behouden. En wanneer het losmaken van zaaksdelen leidt tot (substantieel) waardeverlies, zal ook een eigenaar van een zaaksdeel dit zich realiseren en ligt het veeleer voor de hand dat hij toestemming geeft om de zaak als geheel te executeren, mits hij uit de opbrengst wordt voldaan.³⁸

37 R. Zwitser, 'Accessie hier en in het buitenland (I)', *WPNR* 1996/ 6210, p. 87-91.

38 E.F. Verheul, 'Eigendomsvoorbehoud, bestanddeelvorming en natrekking', *WPNR* 2015/7053, p. 243.

Eigendom roerende zaken, m.n. origineire wijzen eigendomsverkrijging 2.3

De problemen zitten onzes inziens niet in de waarde van de eenheidszaak tegenover de som der bestanddelen, maar in de transactiekosten die het veroorzaakt om tot dergelijke afspraken te komen, meer precies de kosten om de rechten en hun rechthebbenden vast te stellen en met hen tot afspraken te komen.³⁹ Voorts bestaat het gevaar – zie nader in par. 4.2.3 – dat sommige van die rechthebbenden hun machtspositie gebruiken om onevenredige voordelen te bedingen. Ook hier rijst echter de vraag of het opportuun is het een en het ander te voorkomen door transacties geheel onmogelijk te maken.

Dat deze vragen niet per se bevestigend hoeven te worden beantwoord, laat het al genoemde art. 2370 Cc zien: de leverancier kan het voorwerp van zijn eigendomsvoorbehoud opeisen, ongeacht of het in een andere zaak is geïncorporeerd, 'lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage.' Maar ook het Duitse recht, waarin zoals gezegd het eenheidsbeginsel is gecodificeerd in § 93 BGB, staat minder afwijzend tegenover zakelijke rechten op zaaksdelen. Slechts ten aanzien van delen die niet verwijderd kunnen worden 'ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird,' ofwel: 'wesentliche Bestandteile', kunnen geen afzonderlijke rechten bestaan. Het voorwiel, waarvan in het voorbeeld hiervoor sprake is, zou ook in Duitsland kunnen worden gerevindiceerd.⁴⁰ En in de nog in werking te treden Belgische Pandwet bepaalt art. 71:

"Zijn de verkochte goederen onroerend door incorporatie geworden, dan blijft het eigendomsvoorbehoud behouden op voorwaarde van registratie in het pandregister."

2.3 Het publiciteitsbeginsel

Tot slot wordt ter verklaring van de huidige regel gewezen op het publiciteitsbeginsel. Goederenrechtelijke rechten dienen naar buiten toe ken-

39 Wellicht is dat de strekking van het noemen van de rechtszekerheid (of transparantie) voor derden of de verhandelbaarheid van goederen als ratio voor het eenheidsbeginsel. Zie Struycken 2007, p. 791-792 en Sagaert 2014, nr. 82.

40 Vgl. BayObLG 12 november 1986, *NVwZ* 1986, 511, volgens welke de 'Reifen' geen 'wesentliche Bestandteile' zijn.

baar te zijn; zij kunnen immers aan iedereen worden tegengeworpen.⁴¹ Het beginsel wordt veelal betrokken op de overdracht (of bezwaring) van goederen – al dan niet met de aantekening dat het bij roerende zaken niet consequent wordt doorgevoerd⁴² –, maar speelt ook bij de origineire wijzen van verkrijging (en verlies) van eigendom en daarmee het eenheidsbeginsel. Zo stelt Snijders:

“Het eenheidsbeginsel laat zich voorts onderbouwen met de [...] publiciteitseis voor goederenrechtelijke rechten, die met zich meebrengt dat al hetgeen als een goederenrechtelijke eenheid oogt, ook rechtens als zodanig wordt gekwalificeerd.”⁴³

Met name pleegt ook in dit verband te worden gewezen op de positie van schuldeisers.⁴⁴

Interessant is dat ook in België publiciteit c.q. transparantie als een van de *rationes* van het eenheidsbeginsel wordt genoemd, maar dat het hele leerstuk van de origineire verkrijging (en daarmee datzelfde eenheidsbeginsel) in belangrijke mate wordt geëclipseerd door art. 2279 lid 1 BW ('Met betrekking tot roerende goederen geldt het bezit als titel.')

- 41 Zie Suijling 1940, p. 94-95, die zich daar beperkt tot de overdracht en bezwaring van goederen en Struycken 2007, p. 792-793. Zie in de context van het zekerhedenrecht D.J.Y. Hamwijk, *Publicity in secured transactions law* (diss. Amsterdam UvA), [s.l.]: [s.n.] 2014, p. 10-13. Vgl. voor Duitsland MünchKomm-BGB/Gaier 2013, Einleitung, Rn. 22: 'Dingliche Berechtigungen an Sachen und ihre Veränderung sollen im Interesse der Rechtsklarheit und des Verkehrsschutzes nach außen hin erkennbar sein.' Vgl. in meer functionele termen voor Frankrijk L. Aynès & P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, Paris: LGDJ 2013, nr. 632: 'Ainsi, la publicité, parce qu'elle fait présumer la connaissance par tous du droit publié, confronte l'opposabilité de ce droit ; et cette opposabilité, indifférente dans la plupart des cas, devient essentielle lorsqu'il existe un conflit entre deux personnes, étrangères l'une à l'autre, qui prétendent avoir des droits inconciliables sur la même chose: l'emporte celle qui a publié la première.'
- 42 Zie voor België (betrokken op zekerheden) Dirix 2008, p. 163-164 en voor Duitsland MünchKomm-BGB/Gaier 2013, Einleitung, Rn. 22.
- 43 Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 40 en 80. Zie ook Van der Steur 2003, p. 133: 'Door hantering van het eenheidsbeginsel is de juridische heerschappij gemakkelijk waarneembaar en wordt het publiciteitsbeginsel van het goederenrecht gediend.'
- 44 Zie naast de in de vorige noot genoemde Nederlandse vindplaatsen ook MO, *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 80.

“Traditioneel vindt men in de rechtsleer terug dat de roerende natrekking naar Belgisch recht nog weinig actueel belang heeft, aangezien er zelden een eigendomsconflict ontstaat: degene die de twee goederen samenvoegt, zou bijna steeds op basis van artikel 2279 BW eigenaar zijn.”⁴⁵

In ieder geval moet voor Nederland geconstateerd worden dat het publiecitesbeginsel danig aan kracht heeft ingeboet.⁴⁶ ‘Stille’ zekerheidsrechten zijn heden ten dage – en in feite al sinds het in zwang raken van de zekerheidsoverdracht – schering en inslag. Deze blijken niet naar buiten en het is dus voor schuldeisers – hetzelfde geldt voor andere derden – niet of nauwelijks mogelijk hun handelwijze daarop in concreto af te stemmen.⁴⁷ Dat afstemmen gebeurt, valt aan te nemen, in abstracto: juist omdat ‘stille’ zekerheidsrechten alomtegenwoordig zijn, weet een (aspirant-)schuldeiser dat hij er niet op kan rekenen verhaal te kunnen vinden op welk vermogensbestanddeel dan ook, tenzij hij erin slaagt zelf goedere-rechtelijke zekerheid te bedingen. Daarnaast wordt er in de Duitse literatuur terecht op gewezen dat voor derden geenszins kenbaar is of aan de vereisten voor natrekking, vermenging of zaaksvorming is voldaan.⁴⁸

45 Zie Sagaert 2014, nr. 82 resp. nr. 990. Zie ook V. Sagaert, B. Tilleman & A. Verbeke, *Vermogensrecht in kort bestek. Goederen- en bijzondere overeenkomstenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2007, nr. 680 en M. Muylle, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2012, nr. 105. Idem in Frankrijk: F. Terré & P. Simler, *Les biens*, Paris: Dalloz 2010, nr. 246.

46 Enzo in het Draft Common Frame of Reference. Zie C. von Bar & E. Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, München: Sellier 2009, p. 5039, waar wordt opgemerkt ‘that the purpose of providing “publicity” only carries very limited importance in relation to a transfer or, in the present context: production, commingling or combination of movable property’.

47 Zwitser 1996, p. 89. En als zij al weten dat een bepaalde zaak tot het vermogen van de schuldenaar behoort, is daarmee niet gegeven dat het ook in dat vermogen zal blijven. Vgl. Lieder 2015, p. 305.

48 MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 947 BGB, Rn. 1: ‘Wie auch bei der Grundstücksverbindung so dient die Vorschrift nicht dem Publizitätsprinzip. Dies ergibt sich bei der Fahrnisverbindung besonders deutlich daraus, dass der Besitz als Publizitätsträger keine Tatbestandsvoraussetzung der Norm ist. Unabhängig davon enthält die Vorschrift auch keine realen Anknüpfungsmomente, die Publizitätswirkung haben: Wann eine Sache eine Hauptsache darstellt (Abs. 2), ist eine Wertungsfrage, für die Publizitätserwägungen keine Rolle spielen’ en MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 950 BGB, Rn. 1: ‘Der Besitz als Publizitätsträger spielt für den Eigentumserwerb nach § 950 keine Rolle. In aller Regel wird zwar der Verarbeitende den Besitz an den beweglichen Sachen innehaben, er erwirbt deswegen jedoch nicht das Eigentum an der Sache, sondern erst, wenn die Sache neu ist und ein bestimmter Verarbeitungswert erreicht ist.’ In gelijke termen Staudinger/Wiegand 2011, Vorbem zu §§ 946 ff, Rn. 7-9 en Staudinger/Wiegand 2011, § 950 BGB, Rn. 6-7.

Het is in het huidige tijdsgewricht dan ook twijfelachtig of het publiciteitsaspect dat is gemeoid met de mogelijkheid van het voortbestaan van zakelijke rechten op individualiseerbare delen van eenheidszaken enig meetbaar effect zou hebben. Het valt veeleer te verwachten dat die mogelijkheid een gunstig effect heeft op de positie van sommige schuldeisers, met name leveranciers.

3 Afbakening natrekking, vermenging en zaaksvorming

Alvorens over te gaan tot een behandeling van de afzonderlijke bepalingen, maken wij enkele opmerkingen over de afbakening tussen natrekking, vermenging en zaaksvorming. Van natrekking is sprake indien twee verschillende zaken tot één zaak worden verenigd. Het gaat daarbij vrijwel altijd om een verbinding van afzonderlijke, niet-vloeibare zaken.⁴⁹ Hierin onderscheidt de natrekking zich van de vermenging, die op zichzelf niet veel meer is dan een *species* van de natrekkingsregeling voor vloeistoffen en hoeveelheden (bijvoorbeeld graan of koffiebonen). Met name uit historische overwegingen lijkt de wetgever vermenging toch apart te hebben willen regelen.⁵⁰ Art. 5:15 BW ziet daarmee op de 'natrekking' van hoeveelheden en vloeistoffen, terwijl art. 5:14 BW is beperkt tot vaste, afzonderlijke zaken die worden verenigd tot één zaak.⁵¹

Waar het gaat om de natrekking en vermenging van zaken waarbij geen sprake is van een hoofdzaak (art. 5:14 lid 2 BW), rijst de vraag hoe deze regel zich verhoudt tot art. 5:16 BW. De art. 5:14 lid 2, 5:15 (jo. 5:14 lid 2)

- 49 Door de wetgever is het vereiste dat bij natrekking sprake is van vereniging 'door verbinding' uiteindelijk geschrapd, maar dit lijkt met name te zijn gebeurd om buiten twijfel te stellen dat een zaak niet alleen bestanddeel wordt als afscheiding gepaard gaat met schade van betekenis, maar ook als iets krachtens verkeersopvatting bestanddeel is. Zie MvA II, *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 105, MvT Inv., *Parl. Gesch. Boek 5 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1021 en E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Maastricht: Universitaire Pers 1994, p. 247. Ook daar zal echter sprake zijn van een verbinding. Niet goed valt immers een situatie van natrekking voor te stellen die niet gepaard gaat met enige verbinding met de hoofdzaak.
- 50 Wichers 2002, p. 147. Meijers had in zijn concepten voor Boek 5 BW geen afzonderlijke bepaling voor vermenging opgenomen; de gevolgen werden beheerst door art. 5:14 BW. Zie Florijn 1994, p. 248.
- 51 NvW, *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 108. Vgl. H.A.G. Fikkers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 52.

en 5:16 BW hebben gemeen dat zij de eigendomstoewijzing regelen wanneer een nieuwe zaak ontstaat. Door Wichers is daarentegen betoogd dat bij art. 5:14 BW geen sprake zou zijn van een nieuwe zaak, maar slechts van een samengesteld geheel.⁵² Naar onze mening is een dergelijke terminologie vatbaar voor misverstand. Van een nieuwe zaak is immers wel degelijk sprake. Zou dit niet zo zijn en zou sprake zijn van een bestaande zaak, dan was er überhaupt geen probleem van originele verkrijging en was er geen noodzaak voor eigendomstoewijzing. Wanneer twee gelijksoortige zaken met elkaar worden verbonden – zoals twee pijpen van min of meer gelijke lengte die aan elkaar worden gelast – ontstaat wel degelijk een nieuwe zaak. De langere pijp bestond voorheen immers niet.

Het verschil tussen natrekking en vermenging enerzijds en zaaksvorming anderzijds is dan ook niet gelegen in het feit dat in het laatstgenoemde geval een nieuwe zaak ontstaat, maar vloeit voort uit het feit dat bij zaaksvorming sprake is van (voldoende) vormende arbeid. In dit vereiste van vormende arbeid is het verschil gelegen met de twee andere bepalingen. Is derhalve wel sprake van een nieuwe zaak, maar is de vormende arbeid onvoldoende substantieel om van vorming te kunnen spreken, dan wordt de eigendomstoewijzing beheerst door de art. 5:14 en 5:15 BW.

In de literatuur wordt veelal beslissend genoemd dat bij zaaksvorming sprake is van een nieuwe zaak met een nieuwe, van de oorspronkelijke zaken te onderscheiden identiteit.⁵³ Terwijl bij natrekking en vermenging van ongeveer gelijke delen ook een nieuwe zaak ontstaat, is dit identiteitsverschil inderdaad veel minder groot dan bij zaaksvorming. Dat komt omdat de identiteit van de nieuwe zaak bij zaaksvorming veel meer wordt bepaald door de vormende arbeid:

“Het bijzondere bij de specificatie [zaaksvorming; EFV & FMJV] is [...] dat daar een vormgeving plaats vindt en wel een vormgeving die zo belangrijk is, dat de nieuwe zaak voor een aanzienlijk deel zijn waarde aan die vormgeving ontleent.”⁵⁴

52 Wichers 2002, p. 134-137.

53 W.C.L. van der Grinten, ‘Eigendom van roerende zaken’, *WPNR* 1973/5240, p. 517, Fikkers 1999, p. 48, Wichers 2002, p. 204 en Sniijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 288.

54 TM, *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 109.

Terwijl men bij vermenging of natrekking in het geheel betrekkelijk eenvoudig de oude zaken kan herkennen – in het voorbeeld van zojuist: het begint én eindigt met een pijp – geldt dit voor zaaksvorming in mindere mate, omdat de nieuwe zaak door de vormende arbeid een nieuwere identiteit heeft: er is een nieuw type zaak ontstaan. Het is derhalve de vormende arbeid die een substantiële identiteitsverandering teweegbrengt, waardoor de zaaksvorming zich van de natrekking en vermenging onderscheidt. De grens tussen zaaksvorming enerzijds en natrekking en vermenging anderzijds wordt daarmee bepaald door de vormende arbeid.⁵⁵ Dat deze vormende arbeid haar weerslag heeft op de mate van identiteitsverschil ten opzichte van de oorspronkelijke zaken, spreekt voor zich. Wanneer men dat duidelijker tot uitdrukking zou willen brengen in de verschillende bepalingen, zouden wij willen voorstellen om bij art. 5:14 lid 2 BW te blijven spreken van een 'nieuwe zaak' en bij art. 5:16 BW te spreken van een 'nieuw gevormde zaak.' Aan het slot van deze bijdrage doen wij tekstvoorstellen voor deze en de hierna aan de orde komende wijzigingen.

4 Natrekking

4.1 De hoofdlijnen van art. 5:14 BW

Nadat in de vorige paragrafen de beginselen en de afbakening tussen de bepalingen zijn behandeld, richten wij ons nu op de concrete bepalingen, te beginnen met art. 5:14 BW. Het artikel geeft een aantal regels, die hierna achtereenvolgens worden behandeld: (i) de 'eigendomsovergang' van de nagetrokken zaak; (ii) het bepalen van wat geldt als hoofdzaak; en (iii) natrekking zonder hoofdzaak. Bij elk van deze vragen zal worden onderzocht in hoeverre er ruimte bestaat voor meer continuïteit, zonder dat dit ten koste gaat van de aan de regeling ten grondslag liggende beginselen.

⁵⁵ J.B. Spath, 'Afscheiding van bestanddelen en splitsing', *AA* 2004, p. 97-98 en W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 519.

Eigendom roerende zaken, m.n. origineire wijzen eigendomsverkrijging 4.2.2

4.2 'Eigendomsovergang' van de nagetrokken zaak

4.2.1 'Eigendomsovergang'?

Art. 5:14 lid 1 BW bepaalt dat

"[d]e eigendom van een roerende zaak die een bestanddeel wordt van een andere roerende zaak die als hoofdzaak is aan te merken, [overgaat] aan de eigenaar van deze hoofdzaak."

De terminologie is niet gelukkig, zoals al vaker is opgemerkt.⁵⁶ Van eigendomsovergang in eigenlijke zin is geen sprake. De nagetrokken zaak houdt op te bestaan en daarmee het erop rustende eigendomsrecht. De zaak gaat deel uitmaken van een andere (hoofd)zaak, die de eerstbedoelde zaak gaat omvatten; het eigendomsrecht op die (hoofd)zaak strekt zich mede uit tot het nagetrokken deel c.q. de nagetrokken (voormalige) zaak. De natrekking van bestanddelen moet dan ook vooral worden begrepen als een wijze van eigendomsverlies.

4.2.2 *Het criterium voor 'overgang'*

In gevallen van natrekking is er in Nederland nauwelijks ruimte voor de eigenaar van een andere zaak dan de hoofdzaak om zijn eigendomsrecht te laten voortbestaan. Dat houdt verband met het unitaire concept 'bestanddeel' en het ruime daarvoor geldende criterium. Waar de verkeersopvatting een zaak als bestanddeel van een andere zaak aanmerkt, is daarmee gegeven dat de eigendom en alle andere erop rustende rechten tenietgaan wanneer zij met een hoofdzaak wordt verbonden. Dat geldt ook als die verbondenheid gemakkelijk, met geringe kosten en zonder beschadiging aan een der oorspronkelijke zaken ongedaan kan worden gemaakt. Een belangrijke rol speelt in dit geval het incompleetheids criterium: wanneer de zaak als onvoltooid moet worden beschouwd in die zin dat zij na afscheiding van het zaaksdeel niet meer aan haar bestemming kan beantwoorden, is het desbetreffende zaaksdeel bestanddeel van de zaak. Vooral bij samengestelde roerende zaken leidt de toepassing van het

56 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 511. Vgl. ook Ploeger 1997, p. 23.

incompleteitheids criterium relatief snel tot natrekking van allerlei zaken die zonder al te veel moeite en beschadiging kunnen worden verwijderd. Daarbij moet worden opgemerkt dat het incompleteitheids criterium ook maar een invulling is van de verkeersopvatting en de verkeersopvatting kan wijzigen. Wanneer als gevolg van duurzaamheidsontwikkelingen, bijvoorbeeld in verband met de circulaire economie, het rechtsverkeer minder waarde gaat hechten aan de completeitheid van zaken en duurzaamheid of hergebruik van groter belang acht, is de verkeersopvatting voldoende flexibel om mee te gaan met die ontwikkeling.⁵⁷

Meer in het algemeen rijst de vraag waarom beslissende betekenis zou moeten worden toegekend aan de incompleteitheid van de zaak. Zoals hiervoor in par. 2.2 al werd aangestipt, kent het Duitse recht een terughoudender benadering bij de aanname van bestanddeelvorming. Volgens § 93 BGB is een object wezenlijk bestanddeel van een zaak, wanneer het niet kan worden afgescheiden van de zaak zonder dat het bestanddeel of de resterende zaak wordt vernietigd of in zijn wezen wordt veranderd. Beslissend is dus niet wat de gevolgen van afscheiding zijn voor het geheel – de zogenaamde *Ganzheitslehre* – maar wat de gevolgen zijn voor de onderscheidene zaaksdelen.⁵⁸ Indien deze na afscheiding als afzonderlijke zaken nog op een economisch zinvolle manier kunnen worden gebruikt, is geen sprake van bestanddeelvorming. In het Duitse recht wordt veel waarde gehecht aan de belangen van de eigenaar van de zaak die met een andere zaak wordt samengevoegd. De restrictieve uitleg van § 93 BGB voorkomt rechtsverlies.

Illustratief is de ontwikkeling van de rechtspraak ten aanzien van de vraag of machines als bestanddeel van een fabriek moeten worden aangemerkt.⁵⁹ In eerste instantie nam het *Reichsgericht* aan dat machines wezenlijk bestanddeel van een fabriek werden. Zo werd ten aanzien van een onder eigendomsvoorbehoud overgedragen houtbewerkingsmachine in 1902 geoordeeld dat deze wezenlijk bestanddeel was van de fabriek, omdat de fabriek na wegname niet meer zou zijn, wat zij volgens haar

57 Zoals hierna aan de orde komt, speelt bij het Duitse (*wesentliche*) bestanddeelbegrip reeds een rol in hoeverre het afgescheiden deel nog anderszins is te gebruiken.

58 Soergel/Marly 2000, § 93 BGB, Rn. 8, Staudinger/Jickeli & Stieper 2012, § 93 BGB, Rn. 3-4 en MünchKomm-BGB/Stresemann 2015, § 93 BGB, Rn. 9.

59 Zie hierover uitgebreid BGB-RGRK/Kregel 1982, Vor §§ 93-95 BGB, Rn. 6-7 en HKK-BGB/Rüfner 2003, §§ 90-103 BGB, Rn. 34-38.

 Eigendom roerende zaken, m.n. origineire wijzen eigendomsverkrjiging 4.2.2

bestemming was, namelijk een houtbewerkingsfabriek.⁶⁰ Het *Reichsgericht* hanteerde hierbij nog de *Ganzheitslehre*.

Deze interpretatie van het wezenlijk bestanddeelbegrip werd in het bedrijfsleven en in de literatuur uiterst kritisch ontvangen, omdat het *Reichsgericht* hiermee miskende dat het voor de vraag of iets wezenlijk bestanddeel van een zaak is geworden niet aankwam op de wezensverandering van het geheel – dat wil zeggen, de fabriek inclusief machine –, maar om de wezensverandering van de afzonderlijke delen. Van een wezensverandering van de afzonderlijke delen was volgens deze auteurs slechts sprake indien de afzonderlijke delen niet anderszins konden worden benut, doordat ze onderling op elkaar waren afgestemd.⁶¹ Enkel wanneer het fabrieksgebouw zonder de specifieke machine niet kon functioneren, zou de machine in deze visie bestanddeel van het gebouw zijn.

Hoewel het *Reichsgericht* zich in eerste instantie weinig aantrok van de kritiek,⁶² nam de rechtspraak in 1907 een wending. In een uitvoerig gemotiveerde beslissing wordt de indruk gewekt dat wordt aangesloten bij de eerdere rechtspraak, maar uiteindelijk komt het *Reichsgericht* tot een strikter criterium. Een machine is slechts dan bestanddeel van een fabriek als het verkeer de machine en fabriek gezamenlijk 'als nur eine Sache auffaßt.' Daarvan is sprake als de machines specifiek voor de desbetreffende fabriek zijn vervaardigd en aldus geen marktwaar zijn of wanneer de fabriek speciaal om de machine heen is gebouwd.⁶³

Het *Bundesgerichtshof* heeft zich aangesloten bij deze rechtspraak en vanwege de technische ontwikkelingen een nog terughoudender toets aangelegd. Ook als het verkeer iets 'als nur eine Sache auffaßt', bijvoorbeeld een auto, hoeft dat niet te betekenen dat alle zaaksdelen ook wezenlijk bestanddeel van die zaak zijn. Centraal staat daarbij in de Duitse rechtspraak of het afgescheiden deel – het voormalige bestanddeel – of de overblijvende zaak door de afscheiding in zijn wezen wordt veranderd. Van een wezensverandering van het afgescheiden deel is

60 RG 5 maart 1902, *RGZ* 50, 241. Zie voor een overzicht van de rechtspraak BGB-RGRK/Kregel 1982, Vor §§ 93-95 BGB, Rn. 5-7.

61 Zie bijv. R. Geiler, 'Sind die Maschinen einer Fabrik wesentliche Bestandteile des Fabrikgrundstückes?', *DJZ* 1906, Sp. 543-546, O. Lenel, 'Bestandteil oder Zubehör?', *DJZ* 1906, Sp. 45-51 en P. Oertmann, 'Eigentumsvorbehalt an in Gebäude eingefügte Maschinen', *Das Recht* 1906, Sp. 1114-1121.

62 Zie bijv. RG 20 februari 1906, *RGZ* 62, 410.

63 RG 2 november 1907, *RGZ* 67, 30. Zie verder RG 26 juni 1908, *RGZ* 69, 117.

slechts dan sprake indien het na afscheiding niet meer op vergelijkbare wijze gebruikt kan worden, al dan niet door verbinding met een andere zaak. Van een wezenlijke verandering van de overblijvende hoofdzaak is slechts dan sprake wanneer het afgescheiden deel niet op economisch zinvolle wijze vervangen kan worden.

Dit heeft er toe geleid dat zaken die in een serie worden vervaardigd (*serienmäßige Sachen*) niet als bestanddeel worden aangemerkt, omdat deze eenvoudig vervangbaar zijn door een vergelijkbaar object.⁶⁴ De motor zal daarmee in de regel geen bestanddeel van de auto zijn, omdat deze relatief gemakkelijk kan worden vervangen door een andere motor.⁶⁵ Aan deze rechtspraak heeft het *Bundesgerichtshof* ten grondslag gelegd dat het tegenwoordig op grond van de technische ontwikkelingen veelal mogelijk is zonder beschadiging en substantiële kosten een bestanddeel af te scheiden en te vervangen door een andere zaak en er gerechtvaardigde belangen bij afscheiding bestaan:

“Das volkswirtschaftliche Interesse an der Erhaltung einer Einheit ist nicht sehr erheblich, wenn die Trennung und Wiederzusammensetzung der Bestandteile ohne jede Beschädigung und ohne erheblichen Arbeitsaufwand durchgeführt werden kann. Es tritt zurück, wenn vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus berechnete privatwirtschaftliche Interessen die Trennung fordern. Das ist aber der Fall, wenn die Lieferanten einzelner Bestandteile ihr Eigentum vom Herstellungsbetrieb zurückfordern, weil sie wegen ihrer Kaufpreisforderungen für diese Gegenstände nicht befriedigt werden. Es darf nicht außer acht gelassen werden, daß unter den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen die Zulieferung an Herstellungsbetriebe sehr häufig unter Eigentumsvorbehalt auf Kredit erfolgt. Es wäre volkswirtschaftlich ungerechtfertigt, wenn die Zulieferfirmen ihre Rechte schon dadurch verlieren sollten, daß der Empfänger die gelieferte Ware mit anderen Gegenständen zu einer einheitlichen Sache verbindet, obwohl die Trennung jederzeit ohne Schwierigkeiten und ohne Beschädigung der einzelnen Teile vorgenommen werden kann. Auch die Sicherheit des Rechtsverkehrs fordert nicht, daß an

64 BGH 3 maart 1956, *NJW* 1956/945.

65 BGH 8 oktober 1955, *NJW* 1955/1793 en BGH 27 juni 1973, *NJW* 1973/1454.

Eigendom roerende zaken, m.n. origineire wijzen eigendomsverkrjiging 4.2.2

zusammengesetzten einheitlichen Sachen nur ein einheitliches Rechtsverhältnis besteht. Gerade wenn im Wirtschaftsverkehr der Gedanke, daß die einheitliche Sache aus verschiedenen unwesentlichen Bestandteilen besteht, praktisch nicht aufkommt, findet der Rechtsverkehr den erforderlichen Schutz. Derjenige, der unter diesen Voraussetzungen eine solche Sache erwirbt, wird nach §§ 932 ff. BGB, § 366 HGB [vgl. 3:86 BW; EFV & FMJV] Eigentümer der ganzen Sache mit allen ihren Bestandteilen. Denn es kann in aller Regel von dem Erwerber nicht verlangt werden, daß er sich erkundigt, ob die Veräußerer auch Eigentümer aller einzelnen Bestandteile der Sache sind. Sofern er ausnahmsweise die Nichtberechtigung des Veräußerers kennt, bedarf er keines besonderen Schutzes.⁶⁶

Een uitzondering heeft het *Bundesgerichtshof* aangenomen voor zogenoemde 'kleinere Serienteile', die door samenvoeging met de zaak hun eigen wezen geheel verliezen, doordat ze opgaan in de samengestelde zaak.⁶⁷ Daarbij moet met name worden gedacht aan schroeven en moertjes.⁶⁸

Het verschil tussen de Duitse benadering ten opzichte van het Nederlandse recht is daarbij voornamelijk dat de incompleetheid van de zaak op zichzelf niet beslissend is voor bestanddeelvorming, terwijl deze aanwijzing naar Nederlands recht een prominente plaats inneemt. Terwijl naar Nederlands recht de gedachte vooropstaat dat een auto zonder banden incompleet en dus niet bruikbaar is, wordt dit naar Duits recht niet bezwaarlijk geacht omdat het vrij eenvoudig is om nieuwe banden op een auto te zetten omdat deze 'serienmäßig' worden vervaardigd. De demontering wordt derhalve niet als een aantasting van de waarde ervaren, in gevallen waarin zonder al te veel moeite vergelijkbare objecten kunnen worden gemonteerd op de zaak. De ontwikkeling in de Duitse rechtspraak heeft daarbij duidelijk aansluiting gezocht bij de productieontwikkelingen op grond waarvan het tegenwoordig erg eenvoudig mogelijk is zaken te vervangen, zonder dat waardeverlies optreedt.

66 BGH 8 oktober 1955, *NJW* 1955/1793.

67 BGH 3 maart 1956, *NJW* 1956/945.

68 Staudinger/Jickeli & Stieper 2012, § 93 BGB, Rn. 19.

In de Nederlandse rechtspraak is voor een diametraal tegenovergestelde benadering gekozen. In 1936 introduceerde de Hoge Raad in het arrest *Sleepboot Egbertha* het criterium van de verkeersopvatting ter bepaling van de vraag of iets bestanddeel is juist vanwege de omstandigheid dat 'bij het voortschrijden der techniek steeds toeneemt het aantal voorwerpen, die wat betreft de wezenlijke bestanddelen zelfs door niet vaklieden zonder beschadiging uit elkander kunnen worden genomen'.⁶⁹ Kennelijk achtte de Hoge Raad het noodzakelijk ook van een eenheid uit te gaan in het geval dat het voorwerp eenvoudig kan worden losgemaakt van de zaak waaraan zij is bevestigd. Meijers vond het daarentegen onbillijk dat iemand zijn eigendomsrecht verloor door de enkele omstandigheid dat iets krachtens verkeersopvatting bestanddeel van de andere zaak was geworden. Hij beperkte de natrekking dan ook tot zaken die op zodanige wijze met elkaar waren verbonden dat zij zonder ernstige beschadiging of onevenredig grote kosten en arbeid niet konden worden gescheiden. Uiteindelijk is dit voorstel niet overgenomen door het Driemanschap en is ook de bestanddeelvorming krachtens verkeersopvatting onder art. 5:14 BW komen te vallen.⁷⁰

De Duitse rechtspraak maakt duidelijk dat het aankomt op de vraag wiens belangen men wenst te beschermen. Terwijl in het Duitse recht de belangen van de eigenaars en beperkt gerechtigden wier recht door bestanddeelvorming wordt bedreigd met rechtsverlies vooropstaan, neigt het Nederlandse recht meer naar de bescherming van de schuldeisers en afnemers van de eigenaar van de zaak waarvan de andere zaak bestanddeel wordt. Wanneer men bedenkt dat eigenaars en beperkt gerechtigden van een onderdeel veelal geen bezwaar hebben tegen vervreemding van de zaak inclusief het bevestigde onderdeel en daartoe zelfs veelal de bevoegdheid verlenen en afnemers in overige gevallen in de regel beschermd worden,⁷¹ komt de kwestie van bestanddeelvorming per saldo neer op een afweging van de belangen van degenen die een goederenrechtelijk recht kunnen hebben ten aanzien van de zaak die onderdeel wordt van een andere zaak en de belangen van de schuldeisers van degene die deze zaak bevestigt aan een andere zaak, die een zekerheidsrecht hebben op de eenheidszaak of zich daarop willen verhalen. Aldus beschouwd,

69 HR 26 maart 1936, *NJ* 1936/757 m.nt. P. Scholten.

70 Zie Florijn 1994, p. 247 en p. 380. Vgl. Zwitter 1996, p. 89.

71 Vgl. par. 2.2.

Eigendom roerende zaken, m.n. originele wijzen eigendomsverkrijging 4.2.2

is het de vraag of de incompleetheid doorslaggevend dient te zijn. Wanneer een bandenleverancier autobanden financiert en zich in dat verband de eigendom voorbehoudt, valt niet goed in te zien waarom de schuldeisers van degene die de banden aan een auto bevestigt van die bevestiging zouden moeten profiteren, wanneer deze bevestiging eenvoudig en zonder veel moeite ongedaan kan worden gemaakt.

In het Duitse recht is de balans bij de afweging van de bescherming van de eenheid ten opzichte van de bescherming van de eigenaar van de oorspronkelijke eigenaar grotendeels ten gunste van laatstgenoemde uitgevallen. In het algemeen wordt deze benadering vanwege de hiervoor genoemde argumenten onderschreven. Zij wordt ook als doelmatig beschouwd vanwege de mogelijkheid een effectief eigendomsvoorbehoud te bedingen ten aanzien van zaken die worden verbonden met andere zaken.⁷² Anderen zijn neutraler en merken op dat dit inderdaad een voordeel is van deze benadering, maar dat dit ten koste gaat van de rechtszekerheid omdat niet meer op de uiterlijke schijn kan worden vertrouwd of simpelweg sprake is van een privilegiëring van het leverancierskrediet ten koste van het geldkrediet.⁷³ Een aantal auteurs is kritischer omdat deze interpretatie tot gevolg zou hebben dat de meerwaarde van het geheel onvolgende wordt beschermd.⁷⁴

Bepalend voor de vraag of een bestanddeel 'wesentlich' is, is, zoals gezegd, of de zaken met de afscheiding op economisch zinvolle wijze kunnen worden benut.⁷⁵ De achtergrond daarvoor is – net als in Nederland – waardebehoud, maar – anders dan in Nederland – gaat het er dan

72 K. Larenz & M. Wolf, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, München: C.H. Beck 1997, p. 394, voetnoot 36, D. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg: C.F. Müller 2010, p. 484 en Staudinger/Jickeli & Stieper 2012, § 93 BGB, Rn. 1 en 4.

73 BGB-RGRK/Kregel 1982, Vor §§ 93-95 BGB, Rn. 7 en H.J. Wieling, *Sachenrecht*, Berlin: Springer 2006, p. 81.

74 J. Spyridakis, *Zur Problematik der Sachbestandteile* (diss. Tübingen), Tübingen: Mohr Siebeck 1966, p. 26-40, K. Michaelis, 'Voraussetzungen und Auswirkungen der Bestandteilseigenschaft', in: R. Dietz & H. Hübner, *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, München: Beck 1965, p. 553-578 en E. Bernhard, *Probleme des Bestandteils- und Zubehörbegriffs im deutschen bürgerlichen Recht* (diss. München), München: Frank 1978, p. 55-69.

75 Soergel/Marly 2000, § 93 BGB, Rn. 8-9, Staudinger/Jickeli & Stieper 2012, § 93 BGB, Rn. 14-17 en MünchKomm-BGB/Stresemann 2015, § 93 BGB, Rn. 9. Zowel het criterium van de 'Zerstörung' als van de 'Wesensveränderung' kan in die sleutel worden geplaatst.

niet om de waarde van de eenheidszaak te behouden, maar om de waarde van de afzonderlijke bestanddelen. Het doel van de norm (§ 93 BGB) is, aldus het *Bundesgerichtshof*:

“nicht die durch die Verbindung entstandene Gesamtheit zu konservieren, sondern unter Rücksichtnahme auf volkswirtschaftliche Interessen allein solche Abtrennungen zu vermeiden, welche die Trennstücke beschädigten oder wesentlich veränderten.”⁷⁶

Het daar berechte geval is illustratief. Het betrof een ‘ORC Kompaktmodul’ – een installatie die via een Rankineproces energie opwekt – die door de Firma G. was vervaardigd. De module was aan een wederpartij op basis van bruikleen beschikbaar gesteld,⁷⁷ gemonteerd in een hal en aangesloten op een verbrandingsinstallatie. De bruikleenovereenkomst voorzag in een aantal beëindigingsmogelijkheden waarbij was bepaald dat de bruikleener eigenaar zou worden indien de Firma G. de module niet terug zou wensen. Nadat ten aanzien van de Firma G. een insolventieprocedure werd geopend, beëindigde de *Insolvenzverwalter* rechtsgeldig de bruikleenovereenkomst en droeg de module over aan een derde, die deze van de bruikleener opeiste.

Op het verweer van de bruikleener dat de module een ‘wesentlicher Bestandteil’ zou zijn, achtte het *Bundesgerichtshof* het niet bepalend dat de module na ont koppeling op zichzelf onbruikbaar was en dat het een aanzienlijk bedrag zou kosten om de dertig ton wegende installatie te verwijderen; en evenmin dat de na verwijdering resterende zaak onbruikbaar was, tenzij een nieuwe module van € 800.000 zou worden aangebracht, hetgeen gezien de staat van die resterende zaak niet economisch rendabel zou zijn.

Wat het eerste betreft, gaat het niet om de kosten op zichzelf beschouwd, maar gezien in verhouding met de waarde van de ont koppelde module: is die zodanig dat de module ‘durch die Trennung wirtschaftlich wertlos

⁷⁶ BGH 11 november 2011, *NJW* 2012/778.

⁷⁷ Volgens de weergave van de feiten door het *Bundesgerichtshof* zou deze overeenkomst overigens door de hierna te noemen derde zijn gesloten, maar mogelijk is dat een verschrijving. In de eerdere feitelijke instantie wordt vermeld dat de Firma G. de bruikleenovereenkomst sloot. Zie LG Gera 22 december 2008, *BeckRS* 2012, 01260. Voor de hier aan de orde zijnde problematiek maakt dit overigens niet uit.

Eigendom roerende zaken, m.n. origineire wijzen eigendomsverkrijging 4.2.2

würde'. En wat het laatste betreft, het doet er niet toe of vervanging met het oog op de staat van de resterende zaak nog loont omdat het moment waarop de zaken met elkaar worden verenigd bepalend is; later waardeverlies door gebruik of veroudering wordt buiten beschouwing gelaten. Kortom, dat verwijdering leidt tot waarde- en functieverlies van de eenheidszaak – de 'Feueranlage' met de daarmee verbonden module – maakt de module nog niet tot een 'wesentlicher Bestandteil', als de afzonderlijke delen, al dan niet na vervanging van de verwijderde delen, nog een economisch zinvol bestaan hebben, gemeten naar het moment van verbinding. Bij dit alles moet worden bedacht dat een zaak die geen 'wesentlicher Bestandteil' is, niet per definitie ook een afzonderlijke zaak is, omdat 'unwesentliche Bestandteile' wel degelijk bestanddelen zijn, zij het dat daarop afzonderlijke rechten mogelijk zijn. Bij gebreke van dergelijke afzonderlijke rechten delen de 'unwesentliche Bestandteile' het lot van de zaak waarvan zij bestanddeel zijn.⁷⁸

Het Franse recht kent een met het Duitse recht vergelijkbare terughoudende benadering waar het aankomt op het behoud van de waarde van de eenheid. Vooropgesteld zij dat (ook) op het terrein van de natrekking een grotere rol is weggelegd voor de partijautonomie.⁷⁹ De *Cour de cassation* besliste dat de bepalingen ter zake niet van openbare orde zijn, maar dat partijen ervan kunnen afwijken:

"Attendu que les dispositions du premier de ces textes, [art. 551 Cc.; EFV en FMJV] suivant lesquelles tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire, ne sont pas d'ordre public et peuvent être écartées par la renonciation expresse de celui-ci; (...)"⁸⁰

78 Soergel/Marly 2000, § 93 BGB, Rn. 30-31, Staudinger/Jickeli & Stieper 2012, § 93 BGB, Rn. 41 en MünchKomm-BGB/Stresemann 2015, § 93 BGB, Rn. 29.

79 Zo ook in het Belgische recht. Zie V. Sagaert, 'Het "in natura"-vereiste bij eigendomsvoorbehoud: de gevolgen van bewerking, vermenging en wederverkoop', *TBH* 2003 (hierna: Sagaert 2003b), p. 780-781. Anders evenwel: Dirix 2008, p. 169. Mogelijk heeft Dirix slechts het oog op de tegenwerpelijkheid aan derden, die ook Sagaert niet aanvaardt.

80 Cass. civ. 6 november 1970, zaaknr. 69-11900, *D.*1971.395. Zie ook Cour d'appel Toulouse 24 novembre 1984, *D.*1985.185: "attendu que c'est avec raison et à bon droit que les premiers juges, après avoir admis que rien ne s'opposait à ce que les parties conviennent que les effets de la clause de réserve de propriété soient réportés, en cas de transformation ou d'incorporation, sur le produit résultant de ce travail, du moins tant que l'acheteur sera «in bonis»".

Voor een belangrijke categorie van gevallen is de materie evenwel bijzonder geregeld. In het al genoemde art. 2370 Cc en – in de *procédure de sauvegarde*⁸¹ – art. L624-16 C.Com. is bepaald dat de incorporatie van een onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaak niet in de weg staat aan het uitoefenen van de rechten van de schuldeiser wanneer deze zaken 'peuvent être séparés sans subir de dommage.'⁸² Ten aanzien van een voorloper van tenminste de laatstgenoemde bepaling heeft de *Cour de cassation* beslist dat de desbetreffende schuldeiser zijn rechten slechts binnen de grenzen van de faillissementsrechtelijke regelgeving kan uitoefenen.⁸³ Een leverancier die door een contractueel beding wilde bereiken dat hij geleverde en in een onroerende zaak geïnstalleerde zaken – meer precies: 'le chauffage, la ventilation, la plomberie et les installations sanitaires' – kon revindiceren, ving bot. De *Cour* overwoog dat 'indépendamment de la validité de la clause entre les parties, que le droit de propriété invoqué par l'entrepreneur n'était pas opposable à la procédure collective'.

Ook hier gaat het dus niet zozeer om de waarde van de eenheidszaak, maar om de oorspronkelijke zaken.⁸⁴ Automotoren kunnen op deze wijze ook nadat ze in auto's zijn ingebouwd, worden gerevindiceerd.⁸⁵

4.2.3 Een pleidooi voor meer continuïteit

Wij zien aantrekkelijke kanten aan deze benadering, ook voor het Nederlandse recht. Vooropgesteld zij dat aan het individualiseringsvereiste

- 81 Zie voor de *redressement judiciaire* op grond van art. L631-18, al. 1 C.Com. en de *liquidation judiciaire* (art. L641-14 al. 1 C.Com.).
- 82 Vgl. voor het Belgische recht Sagaert 2003b, p. 776, overigens op basis van de gemeenrechtelijke regeling in het Burgerlijk Wetboek.
- 83 Cass. com. 2 maart 1999, zaaknr. 95-18643.
- 84 Zie uitdrukkelijk Cass. com. 28 oktober 2008, zaak nr. 07-16899. De *Cour d'appel* had de revindicatie van schokbrekers afgewezen omdat die tot waardeverlies van de desbetreffende voertuigen en aanzienlijke verliezen bij de liquidatie zou leiden. De *Cour de cassation* casseerde, overwegende dat 'la cour d'appel, qui s'est déterminée par des motifs inopérants tirés de la perte de valeur des véhicules qui pourrait résulter du démontage des pneus, n'a pas donné de base légale à sa décision'.
- 85 Zie Cass. com. 21 maart 2006, zaak nr. 04-19775. Edelstenen die in juwelen waren gezet, konden niet worden teruggevorderd, waar de *Cour d'appel* had vastgesteld dat 'le dessertissage aurait causé des dommages aux pierres ainsi qu'aux bijoux dans lesquels ils étaient incorporés', volgens Cass. com. 20 oktober 2009, zaak nr. 08-20381.

Eigendom roerende zaken, m.n. origineire wijzen eigendomsverkrijging 4.2.3

moet kunnen worden voldaan. In de zojuist behandelde gevallen staat dat laatste buiten kijf; automotoren en voorwielen, maar ook een 'ORC Kompaktmodul', zijn voldoende geïndividualiseerd. Het valt moeilijk in te zien waarom het voor partijen niet mogelijk zou moeten zijn hun aanspraken te handhaven – bijvoorbeeld door middel van een eigendomsvoorbehoud – om zodoende hun eigen belang bij de te verbinden zaken voorop te stellen, ook wanneer dit kan leiden tot onttakeling en waardeverlies van de eenheidszaak. Dat geldt – natuurlijk – in hun onderlinge verhouding, maar ook op macro-economisch niveau; optredend waardeverlies is van onvoldoende gewicht voor een andere opvatting. Het valt niet in te zien waarom partijen hun eigen belang zouden moeten opofferen – of waarom het aangewezen zou zijn dat een partij haar eigendom moet worden ontnomen – om het welvaartsniveau van anderen te bevorderen. Waarom zou de leverancier zijn eigendom verloren moeten zien gaan ten faveure van de schuldeisers van de koper onder eigendomsvoorbehoud? Deze ratio van het eenheidsbeginsel zoals die in Nederland wordt bepleit, vinden wij, zoals eerder aan de orde kwam, niet overtuigend.⁸⁶

Het is overigens de vraag of dat welvaartsniveau met de huidige invulling van het eenheidsbeginsel inderdaad wordt bevorderd, omdat de kans bestaat dat thans overeenkomsten niet of althans op andere, meer belastende wijze worden gesloten. Niet uit te sluiten valt dat leveranciers vaker en gemakkelijker zaken onder eigendomsvoorbehoud zullen overdragen indien hun zekerheidsobject bestand is tegen (bepaalde vormen van) bestanddeelvorming. Voor de Belgische wetgever was dit reden om een met het Franse art. 2370 Cc vergelijkbare bepaling op te nemen in de Pandwet (art. 71).⁸⁷

De grens die in België, Duitsland en Frankrijk is getrokken, ligt bij de kapitaalvernietiging met betrekking tot de oorspronkelijke zaken. Binnen die grens kunnen goederenrechtelijke aanspraken op de verenigde zaken blijven bestaan. Wij menen dat die grens bevredigender is dan het huidige Nederlandse criterium. Zou men verdergaan, waarvoor op zich iets is te zeggen, dan komt men al snel in misbruiksituaties indien een leverancier de door hemzelf geleverde zaak of de zaak waarin deze is geïncorporeerd (aanmerkelijke) schade toebrengt, alleen om de koper (of curator of pandhouder) te dwingen te betalen. Hetzelfde geldt als de

⁸⁶ Zie par. 2.2.

⁸⁷ *Parl. St. Kamer 2012-2013*, 53-2463/001, p. 31 en p. 70-71.

schade optreedt aan (slechts) de resterende zaak, waar nog blijkt dat een curator of pandhouder moet kunnen verhinderen dat afbreuk wordt gedaan aan de voor de incorporatie al bestaande rechten op de aan de koper toebehorende zaak.

Het publiciteitsbeginsel behoeft niet aan een terughoudendere toets van bestanddeelvorming in de weg te staan.⁸⁸ Schuldeisers van de eigenaar van een zaak kunnen en mogen er niet op vertrouwen dat de bij hem aanwezige zaken vatbaar zijn voor hun verhaal. Dat geldt voor de zaak die bestanddeel wordt, voordat deze wordt geïncorporeerd, maar ook voor de eenheidszaak, die in de regel onder het zekerheidsrecht van een geselecteerde schuldeiser zal vallen. En wanneer het gaat om het belang van deze geselecteerde schuldeiser, die er mogelijk vanuit gaat dat zijn zekerheidsrecht wordt uitgebreid doordat de zaak die voorwerp is van het zekerheidsrecht in omvang toeneemt door natrekking, is het de vraag in hoeverre dit belang daadwerkelijk te respecteren is wanneer deze schuldeiser het desbetreffende bestanddeel niet heeft gefinancierd, waarvan sprake is als het zaaksdeel onder eigendomsvoorbehoud is overgedragen. Wanneer de eenheidszaak in het geheel onder het zekerheidsrecht van deze geselecteerde schuldeiser komt te vallen, wordt hem een voordeel in de schoot geworpen ten koste van de eigenaar van het zaaksdeel.⁸⁹

Een zwaarwichtiger bezwaar, dat hiervoor in het kader van het eenheidsbeginsel al aan de orde kwam, is dat het bestaan van separate rechten op (sommige) bestanddelen het beschikken over of uitwinnen van de eenheidszaak tot een moeizame aangelegenheid kan maken.⁹⁰ Elke afzonderlijke rechthebbende zou daar in beginsel mee moeten instemmen en heeft dus een machtspositie die hem in staat stelt een nuttige aanwending van de eenheidszaak te verhinderen en zo bijzondere voordelen te bedingen voor zijn medewerking. Wanneer een veelheid van rechten bestaat op onderdelen van een auto, zullen al de desbetreffende rechthebbenden toestemming moeten geven om de auto te vervreemden.

88 Zie par. 2.3.

89 Zwitter 1996, p. 89 en Verheul 2015, p. 243.

90 Zie specifiek in het kader van de natrekking Wichers 2002, p. 120-124: 'De inhoudelijke vormgeving van de regeling in de wet is vooral afgestemd op voorwaarden die een soepel verloop van het handelsverkeer zoveel mogelijk bevorderen.' Zij toont zich daar sceptisch over de Duitse regeling.

Eigendom roerende zaken, m.n. origineire wijzen eigendomsverkrijging 4.2.3

Niettemin menen wij dat de bezwaren minder groot zijn dan op het eerste gezicht lijkt. De situatie verschilt niet vreselijk veel van die waarin de desbetreffende zaken nog niet in de eenheidszaak zijn geïncorporeerd. Ook daar kan elke partij op grond van haar eigendomsrecht verhinderen dat die zaken worden geïncorporeerd of verder worden verhandeld. Echter, dat blijkt in de praktijk op weinig bezwaren te stuiten. Zij plegen goed te vinden dat de desbetreffende zaken worden geïncorporeerd of verhandeld. Het is in hun belang dat de afnemer in het kader van de normale bedrijfsuitoefening over de zaken beschikt. Er is geen reden om aan te nemen dat dat anders wordt op het moment dat zij aanspraken kunnen behouden op de zaken als zij eenmaal zijn geïncorporeerd.

Die toestemming pleegt niet te zien op de situatie dat de koper in staat van faillissement verkeert. In die situatie zal het dus moeilijker worden om tot afspraken te komen. Waar het op neer zal komen is dat de bank, zo zij (of haar executiekoper) geen beroep op derdenbescherming kan doen, niet zonder overeenstemming met (of betaling van) de leverancier tot executie van de eenheidszaak zal kunnen overgaan, en – wanneer deze overeenstemming niet wordt bereikt – moet goedvinden dat de leverancier het door hem geleverde weer separeert.

Waar de huidige regel van art. 5:14 BW leidt tot het behoud van de meerwaarde in de eenheidszaak, gepaard gaande met de herverdeling van waarde tussen de eigenaren van de oorspronkelijke zaken,⁹¹ zal het in dit nieuwe systeem neerkomen op het behoud van waarde voor de eigenaren van de oorspronkelijke zaken, met de mogelijkheid te contracteren over het behoud (en de verdeling) van de meerwaarde van de eenheidszaak. Het nadeel van deze oplossing is dat er zich gevallen kunnen voordoen dat de oorspronkelijke partijen kosten moeten maken om tot afspraken te komen en hun machtspositie kunnen gebruiken om zich een onevenredig deel van de meerwaarde toe te eigenen.⁹² Om een auto in faillissement te executeren, zullen alle rechthebbenden op onderdelen om tafel moeten gaan en tot overeenstemming moeten komen over de wijze van executie en verdeling van de opbrengst.

91 Zie par. 2.2.

92 Een voorbeeld van 'the tragedy of the anticommons', zoals op de kaart gezet door M.A. Heller, 'The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to markets', *Harvard Law Review* 1998, p. 621 e.v.

Wij zien daarmee voornamelijk de complexiteit van rechten als bezwaar tegen de erkenning van aanspraken op bestanddelen.

4.2.4 *Van eigendomsaanspraken naar zekerheidsrechten: het Draft Common Frame of Reference*

Het Draft Common Frame of Reference biedt op dit punt een interessante tussenoplossing. Wanneer een zaak bestanddeel wordt van een andere zaak – omdat het afscheiden van het zaaksdeel 'impossible or economically unreasonable' is – verliest de eigenaar zijn eigendomsrecht, maar krijgt hij daarvoor in de plaats een vordering op de eigenaar van de hoofdzaak tot vergoeding van zijn waardeverlies, althans indien het de eigenaar van de hoofdzaak is, die de beide zaken combineert.⁹³ De noviteit van deze oplossing is erin gelegen dat deze vordering van rechtswege is gecureerd door middel van een pandrecht op de eenheidszaak. Dit zekerheidsrecht heeft een zeer hoge rang. Het gaat boven eerder gevestigde pandrechten op de hoofdzaak.⁹⁴

De charme van deze oplossing is dat de waarde van de oorspronkelijke zaken wordt behouden, maar de eigendom van de zaak in één hand is, waardoor de bank noch de eigenaren van de oorspronkelijke zaken van anderen afhankelijk zijn. Indien zij hun vordering niet krijgen voldaan, heeft ieder van hen het recht te executeren, zonder dat de eenheidszaak wordt ontmanteld. De meerwaarde van die eenheidszaak wordt behouden, slechts bij de vraag naar de verdeling van de opbrengst is overleg nodig (of dient een rangregeling te worden gemaakt). Het fraaie van deze oplossing is dat daarmee de eenheid van de zaak wordt behouden, terwijl dit eenheidsbehoud niet leidt tot een ongerechtvaardigde waarde(her)verdeling. Nu de aanspraak van de oorspronkelijke eigenaar is beperkt tot de waarde van het bestanddeel, worden de overige schuldeisers en goe-

93 Art. VIII.-5:203. Ingeval een ander de zaken verbindt, wordt de hoogte van de vordering bepaald door de regels van ongerechtvaardigde verrijking. Zie het tweede lid van deze bepaling. Het zij overigens opgemerkt dat het Draft Common Frame of Reference het eigendomsvoorbehoud meer dan het Nederlandse recht als een zekerheidsrecht behandelt en dat voor de regels van natrekking ('combination'), vermenging ('commingling') en zaaksvorming ('production') de voorbehoudskoper als eigenaar wordt beschouwd. Zie art. IX.-2:308. Wij laten dat verder rusten.

94 Art. VIII.-5:204(3).

Eigendom roerende zaken, m.n. origineire wijzen eigendomsverkrijging 4.2.4

derenrechtelijk gerechtigden niet benadeeld, omdat zij vóór de bevestiging van het bestanddeel evenmin aanspraak konden maken op deze waarde. Dit is dan ook de oplossing die wij zouden voorstaan voor een herzien art. 5:14 BW.

Wat betreft beschikkingshandelingen buiten het kader van een executie is de eigenaar van de pandhouder afhankelijk van de (voormalige) eigenaren van de bestanddelen. Wij zijn ook hier geneigd te vertrouwen op de bestaande praktijk dat leveranciers kopers de bevoegdheid verlenen binnen het kader van de normale bedrijfsuitoefening over de zaak te beschikken, nu dat ook in hun belang is.

Een vraag die resteert, betreft de hoogte van de vordering van de voormalige eigenaar van het zaaksdeel op de eigenaar van de eenheidszaak, die door een pandrecht wordt gecureerd. Naar het huidige recht wordt de hoogte van deze vordering – die weliswaar niet door een pandrecht wordt gecureerd – bepaald door bepalingen over de ongerechtvaardigde verrijking (en eventueel de onrechtmatige daad).⁹⁵

Naar onze mening bestaat er goede grond de hoogte van de vordering te laten bepalen door de waarde van de oorspronkelijke zaak op het moment van natrekking. Aldus wordt in overeenstemming met het hier voorgestelde systeem gewaarborgd dat elke betrokkene zo veel mogelijk zijn aanspraken, zij het in andere vorm, behoudt.⁹⁶ Zo wordt de oorspronkelijke eigenaar gecompenseerd voor zijn daadwerkelijke verlies en worden de eigenaar van de eenheidszaak en diens overige schuldeisers niet benadeeld, omdat hun aanspraak op de waarde van de eenheidszaak, zoals deze bestond vóór de natrekking, behouden blijft en zelfs zal toenemen wanneer de natrekking een waardeverhogend effect heeft. Dit waardeverhogend effect komt aldus toe aan de eigenaar van de eenheidszaak en diens overige schuldeisers.⁹⁷

95 Zie TM en VV II, *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 112-114 en Wichers 2002, p. 310-311.

96 Vgl. Von Bar & Clive 2009, p. 5052.

97 Naar Duits recht wordt door een aantal auteurs betoogd dat de omvang van de vordering van § 951 BGB moet worden bepaald door een vergelijking te maken tussen waarde van de eenheidszaak voor en na de natrekking. Zie bijv. Soergel/Henssler, § 951 BGB, Rn. 18 en Baur & Stürner 2009, p. 713. Dat achten wij onjuist, omdat aldus de meerwaarde van de samenvoeging wordt toegekend aan de oorspronkelijke eigenaar van het zaaksdeel. Zo ook Staudinger/Gursky 2011, § 951 BGB, Rn. 34 en MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 951 BGB, Rn. 24.

Het verschil met de berekening van de vordering overeenkomstig art. 6:212 BW is met name gelegen in het feit dat het risico van onsuccesvolle natrekking wordt geplaatst bij de eigenaar van de eenheidszaak en niet bij de oorspronkelijk eigenaar(s) van het bestanddeel. Dat degene die de natrekking teweegbrengt niet alleen het voordeel van de waardeverhoging verwerft, maar ook de lasten draagt wanneer de natrekking onsuccesvol is, achten wij gerechtvaardigd nu hij degene is die de natrekking heeft bewerkstelligd.

Goede grond voor uitzondering op deze regel bestaat wanneer het niet de eigenaar van de eenheidszaak is maar een derde of de oorspronkelijke eigenaar van het zaaksdeel die de natrekking bewerkstelligt. In een dergelijk geval zal de hoogte van de vordering moeten worden bepaald overeenkomstig art. 6:212 BW, zodat voorkomen wordt dat de eigenaar van de eenheidszaak, die de natrekking niet heeft teweeg gebracht, wordt opgezadeld met het risico van een onsuccesvolle natrekking.⁹⁸

4.3 Wat is de hoofdzaak?

4.3.1 *Het huidige criterium*

Voor de vraag wat geldt als hoofdzaak geeft het huidige art. 5:14 lid 3 BW een tweeledig criterium. Als hoofdzaak geldt 'de zaak waarvan de waarde die van de andere zaak aanmerkelijk overtreft of die volgens verkeersopvatting als zodanig wordt beschouwd'. Voor partijautonomie biedt deze bepaling weinig ruimte.

4.3.2 *De rol van de partijautonomie*

Om met dat laatste te beginnen: op dit terrein is dat gebruikelijk in de rechtsstelsels die in dit onderzoek zijn betrokken. § 947 BGB geeft generlei criterium voor wat als 'Hauptsache' geldt, maar aangenomen wordt dat het aankomt op – slechts – de verkeersopvatting. In België en Frankrijk, waar, zoals gezegd, wel ruimte bestaat om van de wettelijke regeling af te wijken, geldt dat niet in de gevallen waar het erop aankomt, te weten wanneer er derden bij zijn betrokken. De aanspraken van de

⁹⁸ Zo ook Von Bar & Clive 2009, p. 5149-5150.

Eigendom roerende zaken, m.n. originele wijzen eigendomsverrijking 4.3.3

eigenaar van een geïncorporeerde zaak worden dan bepaald door de reikwijdte van het terugvorderingsrecht. Bepalend is dan – in ieder geval in insolventie – of de zaak kan worden verwijderd 'sans subir de dommage'.⁹⁹

Afspraken over wat geldt als hoofdzaak kunnen leiden tot tegenstrijdigheden, indien met verschillende partijen verschillende afspraken worden gemaakt. Wat bijvoorbeeld indien de autofabrikant met de leverancier van de motor afspreekt dat de motor geldt als hoofdzaak en met de leverancier van achteruitkijkspiegels dat het chassis als zodanig geldt? Over wat 'de zaak' is – en dus over wat 'de hoofdzaak' is – moet eenduidigheid bestaan. Het past niet bij het absolute karakter van het eigendomsrecht dat vanuit de positie van de motorleverancier de auto met de motor erin geïnstalleerd geldt als eigendom van die leverancier, terwijl in de relatie tot de achteruitkijkspiegelleverancier de autofabrikant eigenaar is; om nog maar te zwijgen van de absurdistische situatie die kan ontstaan indien de fabrikant met de laatstbedoelde leverancier afspreekt dat de achteruitkijkspiegel de hoofdzaak is.

4.3.3 *Het hier voorgestane criterium*

Ook naar wenselijk recht wordt dus een wettelijk criterium gehanteerd. Wij menen dat het huidige tweeledige criterium niet ideaal is. Het leidt tot onduidelijkheid wanneer beide criteria in verschillende richtingen wijzen. Dat zal niet vaak voorkomen, omdat de waarde van de onderscheidene zaken ook een belangrijke factor is voor de verkeeropvatting. Is de ene zaak aanmerkelijk duurder dan de andere, dan zal deze al snel als hoofdzaak worden gezien. Maar dat hoeft niet *per se* zo te zijn. Men denke aan de Porsche-motor die wordt ingebouwd in een vierdehands Kever of de kapitale edelsteen die in de eenvoudige ring wordt gezet.¹⁰⁰

Over het algemeen wordt aangenomen – naar wij menen: terecht – dat in geval beide criteria in verschillende richtingen wijzen, de verkeersopvatting prevaleert.¹⁰¹ Nagenoeg iedereen zal de in de genoemde gevallen

99 Zie par. 4.2.2.

100 Deze twee voorbeelden worden genoemd in NvW, *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 106.

101 Zie Wichers 2002, p. 126-127, Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008, nr. 69 en Sniijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 283.

een Kever en een ring met diamant zien. Dat kan ongelukkig uitpakken, voor de eigenaar van de motor of de edelsteen.

Wij zien voldoende aanleiding het huidige tweeledige criterium in te wisselen voor louter de verkeersopvatting. Het (geringe) voordeel van het waarde criterium is dat het voorkomt dat de eigenaar van de veel duurdere zaak zijn goederenrechtelijke rechten verliest en dat de eigenaar van de minder waardevolle, maar gezichtsbepalende zaak of diens schuldeisers daarvan profiteren. Maar in het hier voorgestane systeem speelt dit probleem niet omdat de eerstbedoelde eigenaar voor zijn vordering een pandrecht verkrijgt.

Wij laten in het midden wat die verkeersopvatting inhoudt.¹⁰² Wel valt op dat in Nederland verhoudingsgewijs snel wordt gesproken van een hoofdzaak. In Duitsland, waar de verkeersopvatting het enige criterium is voor het aannemen van een hoofdzaak, wordt slechts bij uitzondering een hoofdzaak aangenomen. Daarvan is (slechts) sprake 'wenn die übrigen Bestandteile fehlen könnten, ohne daß das Wesen der Sache dadurch beeinträchtigt würde'.¹⁰³ Deze restrictieve benadering wordt wel grondrechtelijk geduid, namelijk gericht op het voorkomen van eigendomsverlies.¹⁰⁴ Het hier voorgestane systeem waarin de desbetreffende eigenaar een pandrecht krijgt toegekend, vermindert, zoals gezegd, de noodzaak de positie van de eigenaar te beschermen.

4.4 Natrekking zonder hoofdzaak

Art. 5:14 lid 2 BW regelt de situatie dat geen der oorspronkelijke zaken als hoofdzaak geldt. De bepaling wijst in deze gevallen de eigenaars van de oorspronkelijke zaken aan als mede-eigenaars van de nieuwe zaak naar rato van de waarde van de oorspronkelijke zaken. Natrekking zonder hoofdzaak is in Nederland hoge uitzondering. Art. 5:14 lid 2 BW is vooral

¹⁰² Zie Wichers 2002, p. 127-130.

¹⁰³ BGH 3 maart 1956, *NJW* 1956/788.

¹⁰⁴ Zie MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 947 BGB, Rn. 6: 'Um daher einem Eigentumsverlust nach § 947 Abs. 2 vorzubeugen, gebietet es eine grundrechtsorientierte Auslegung, die Norm eng zu handhaben.' Vgl. Staudinger/Wiegand 2011, § 947 BGB, Rn. 7: 'Prinzipiell wird aber die Auffassung vertreten, § 947 Abs 2 sei restriktiv anzuwenden, um nicht durch den Normzweck zwingend gebotene Eigentumsverluste zu vermeiden.' Zie kritisch over de Duitse benadering Wichers 2002, p. 130-132.

van belang voor de vermenging, waarop dit artikellid in art. 5:15 BW van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

Wij hebben weinig aanmerkingen op deze bepaling. De daarin neergelegde regeling is bevredigend en voor de hand liggend. Wie zou anders de eigendom toegewezen moeten krijgen? Deze oplossing is dan ook de standaard in de in dit onderzoek betrokken rechtsstelsels.¹⁰⁵ Hetzelfde geldt voor het Draft Common Frame of Reference,¹⁰⁶ waar evenwel is toegevoegd:

"If, in the case of more than two component parts, one component part is of minimal importance in relation to other parts, the owner of this part is entitled, against the co-owners, only to payment proportionate to the value of the respective part at the moment of combination, secured by a proprietary security right in the combined goods."

Wij menen dat zo'n toevoeging niet nodig is. Doorgaans zullen in het bindingsproces de ondergeschikte zaken bestanddeel gaan uitmaken van een van de andere zaken (of de al verbonden zaken) die dan als hoofdzaak gelden, zodat deze verder geen rol spelen. Denk bijvoorbeeld aan twee pijpen die worden gebeitst alvorens deze met elkaar worden verenigd (of nadat ze zijn verenigd).

5 Vermenging

5.1 Vermenging: als natrekking

Aangezien de wet de gevolgen van vermenging op dezelfde wijze regelt als de gevolgen van natrekking, geldt het voorgaande in grote lijnen ook

¹⁰⁵ Zie voor Duitsland § 947 Abs. 2 BGB, waar de natrekking zonder hoofdzaak – zie de vorige subparagraaf – de hoofdregel is. In Frankrijk kent art. 573 al. 2 Cc een soortgelijke regel: 'Si les matières ne peuvent plus être séparées sans inconvénient, ils en acquièrent en commun la propriété dans la proportion de la quantité, de la qualité et de la valeur des matières appartenant à chacun d'eux.' Zie voor België art. 573 lid 2 BW. De bepalingen spelen in beide landen evenwel, gelijk de overige bepalingen die de origineire wijzen van eigendomsverkrijging regelen, zoals hiervoor aan de orde kwam, nauwelijks een rol van betekenis.

¹⁰⁶ Art. VIII.-5:203(3) DCFR.

voor vermenging. Wij plaatsen achtereenvolgens een aantal opmerkingen over de gevolgen van eventuele partijautonomie, de bepaling van de hoofdzaak en de afbakening van oneigenlijke vermenging.

5.2 Ruimte voor partijautonomie

Ook in het kader van de vermengingsregeling rijst de vraag of de gevolgen van vermenging niet kunnen worden overgelaten aan de partijafspraken. Wanneer een hoeveelheid graan van A vermengt met een hoeveelheid graan van B, zouden A en B de gevolgen voor de eigendom op zichzelf ook door middel van een partijafpraak kunnen regelen. Desalniettemin achten wij een dergelijke partijautonomie niet gewenst. Wanneer A en B zouden afspreken dat de gehele hoeveelheid toekomt aan A of B, komt dit in feite neer op een overdracht van een gedeelte van de hoeveelheid.¹⁰⁷ Naar onze mening moeten dan ook de 'gewone' bepalingen voor overdracht worden toegepast, omdat voorkomen moet worden dat een originele toewijzing van de eigendom van de vermengde hoeveelheid de ratio en toepassingsvoorwaarden van deze bepalingen zou kunnen doorkruisen. Daarom achten wij het ook op dit punt gewenst het dwingend-rechtelijke karakter van de regeling te handhaven.

5.3 Wat is de hoofdzaak?

In het kader van artikel 5:15 BW gaat het geregeld om de vermenging van gelijksoortige zaken. Om die reden zal niet snel sprake zijn van een hoofdzaak. De verkeersopvatting geeft in dergelijke gevallen namelijk geen bruikbaar criterium, waardoor alleen beslissend is of één van de zaken de andere aanmerkelijk in waarde overtreft, aldus *Zalco III*.¹⁰⁸ Aangezien de aanwijzing als hoofdzaak het verlies van een goederenrechtelijk recht tot gevolg heeft, moet met terughoudendheid worden aangenomen dat sprake is van een hoofdzaak.¹⁰⁹ Daarvan zal in de regel slechts sprake zijn indien een onbeduidende hoeveelheid wordt toegevoegd.¹¹⁰

¹⁰⁷ Vgl. Von Bar & Clive 2009, p. 5040-5041.

¹⁰⁸ HR 14 augustus 2015, *JOR* 2015/252 (*Zalco III*), r.o. 3.7.5.

¹⁰⁹ HR 14 augustus 2015, *JOR* 2015/252 (*Zalco III*), r.o. 3.7.5. Zo ook Wichers 2002, p. 166-167 en NvW, *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 108.

¹¹⁰ Wichers 2002, p. 167 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 515.

Eigendom roerende zaken, m.n. origineire wijzen eigendomsverkrijging 5.5.1

Doorgaans leidt vermenging derhalve tot mede-eigendom. Wij menen, net als bij de natrekkingsregeling, dat deze regel doelmatig is, omdat niet goed valt in te zien hoe de toewijzing anders zou moeten geschieden en de oplossing bewerkstelligt dat de oorspronkelijke aanspraken voor zover mogelijk worden gehandhaafd, althans opnieuw worden toegekend, in de vermengde hoeveelheid.

5.4 Afbakening oneigenlijke vermenging

Een laatste vraag die zich voordoet, is in welk opzicht de eigenlijke vermenging verschilt van de hierna te bespreken oneigenlijke vermenging. Uiteindelijk gaat het daarbij om de verkeersopvatting. Terwijl de verkeersopvatting vermengde hoeveelheden graankorrels niet beschouwt als een groot aantal afzonderlijke graankorrels, maar als een bulk graan, zal de verkeersopvatting twintig identieke terrasstoelen niet aanmerken als een geheel. Waar eigenlijke vermenging leidt tot de vereniging tot één zaak c.q. hoeveelheid, behouden bij oneigenlijke vermenging de verschillende zaken hun eigen zaaksidentiteit en is enkel sprake van een individualiseringsprobleem.¹¹¹

Als vuistregel kan worden gehanteerd dat van eigenlijke vermenging sprake is indien het gaat om zaken die niet per stuk, maar per maat, getal of gewicht plegen te worden verhandeld.¹¹²

5.5 Oneigenlijke vermenging

5.5.1 Plaats in het huidige systeem

In het huidige systeem is oneigenlijke vermenging geen origineire wijze van verkrijging of verlies van goederenrechtelijke rechten. Per saldo bewerkstelligt de toepassing van processuele regels evenwel dat *de facto* sprake is van verlies van een goederenrechtelijk recht. Om die reden – en omdat wij zullen voorstellen deze problematiek wél als een origineire wijze van verkrijging te regelen – behandelen wij de oneigenlijke vermenging toch.

111 NvW, *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 108. Vgl. Van der Steur 2003, p. 137.

112 Beekhuis 1980, p. 13-14, Fikkers 1999, p. 52 en Wichers 2002, p. 149 en p. 152-153.

5.5.2 *Kritiek op de stand van zaken*

Van oneigenlijke vermenging is sprake indien afzonderlijke roerende zaken op een zodanige wijze vermengd worden dat zij weliswaar hun afzonderlijke identiteit en zelfstandigheid behouden, maar niet meer kan worden vastgesteld wie op welke zaak een recht geldend kan maken.¹¹³ Het knelpunt van de oneigenlijke vermenging is daarmee gelegen in het feit dat de eigenaar – of een anderszins goederenrechtelijk gerechtigde – van een van de oneigenlijk vermengde zaken niet meer in staat is om aan te tonen van welke specifieke zaak hij rechthebbende is. Van een originele wijze van eigendomsverwerving is geen sprake. De eigenaar blijft eigenaar van de oneigenlijke vermengde zaak, maar kan niet meer aantonen op welke van de oneigenlijk vermengde zaken zijn eigendomsrecht betrekking heeft. De wetgever heeft er in 1992 bewust voor gekozen deze problematiek ongeregeld te laten, waarbij hij er overigens ten onrechte van uit lijkt te gaan dat de oneigenlijke vermenging wél tot een eigendomsverwerving leidt:

“Dit stelsel leidt ertoe dat bij [...] op het ontbreken van individualiseerbaarheid berustende vermengingsgevallen, in de regel degene in wiens hand de vermenging plaatsvindt, eigenaar wordt. In geval van diens insolventie heeft de oorspronkelijke eigenaar derhalve op hem slechts een concurrente vordering. Met Van der Grinten, AA 1968, blz. 144 e.v. meent de ondergetekende dat dit een redelijke oplossing is. Zij strookt ook met de rechtszekerheid die naar de mening van de ondergetekende bij overeenkomstige toepassing van artikel 5.2.10 [art. 5:14 BW; EFV & FMJV] in verschillende opzichten in het gedrang zou komen.”¹¹⁴

Naar onze mening is sprake van een gemiste kans en had de wetgever er goed aan gedaan de gevolgen van oneigenlijke vermenging op dezelfde wijze te regelen als de eigenlijke vermenging. Oneigenlijke vermenging leidt onder het huidige recht tot onbillijke resultaten.¹¹⁵ Wanneer bijvoor-

¹¹³ Wichers 2002, p. 150 en Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 287.

¹¹⁴ NvW, *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 108.

¹¹⁵ Fikkers 1999, p. 59.

Eigendom roerende zaken, m.n. origineire wijzen eigendomsverkrijging 5.5.2

beeld een verkoper onder eigendomsvoorbehoud en een pandhouder allebei rechten geldend maken ten aanzien van door elkaar geraakte, identieke objecten, valt niet goed in te zien waarom de omstandigheid dat de verkoper en pandhouder niet in staat zijn hun rechten onderling van elkaar af te grenzen tot gevolg zou moeten hebben dat zij allebei hun rechten niet geldend kunnen maken, terwijl tegelijkertijd vaststaat dat derden géén rechten hebben op de desbetreffende objecten, omdat vaststaat dat ofwel de verkoper, ofwel de pandhouder er aanspraak op kan maken. Maar ook wanneer degene die de zaken oneigenlijk doet vermengen zelf aanspraken pretendeert te hebben op een of meer oneigenlijk vermengde zaken, bestaat geen goede reden om de gehele hoeveelheid identieke zaken door middel van het bewijsrecht *de facto* toe te wijzen aan de 'vermenger'.

Tegen een oplossing waarbij oneigenlijke vermenging leidt tot mede-eigendom kan niet worden ingebracht dat dit op gespannen voet staat met het individualiseringsbeginsel, ongeacht of dit wordt betrokken op de bestaanbaarheid van goederenrechtelijke rechten of op de mogelijkheid van uitoefening ervan.¹¹⁶ Het eerste aspect ziet op de vraag of iemand een recht op een zaak heeft verworven. Op het moment van verkrijging moet de desbetreffende zaak voldoende geïndividualiseerd zijn of – andersom gezegd – van een verkrijging kan pas sprake zijn indien aan het individualiseringsbeginsel is voldaan. Of degene die een recht heeft verworven dat recht vervolgens (op een later moment) ook kan uitoefenen, is een andere vraag en daar draait het om bij de problematiek van de oneigenlijke vermenging: 'Een eigenaar die de objecten van zijn eigendomsrechten niet meer kan aanwijzen [...], is nog steeds eigenaar.'¹¹⁷ Bij oneigenlijke vermenging gaat het er niet om óf er een recht is verkregen, maar of een reeds verkregen recht geldend kan worden gemaakt.¹¹⁸ Wanneer eenmaal een recht is verkregen, leidt de enkele niet-identificeerbaarheid

116 Vgl. ook Zwitser 1996, p. 90. Anders: Fikkers 1999, p. 56, Fesevur 2001, p. 505 en L.P.W. van Vliet, 'Sinaasappels. Beantwoording rechtsvraag (345) Goederenrecht', AA 2015, p. 734.

117 Wichers 2002, p. 155.

118 Vgl. ook de onderscheiding van Sagaert 2003a, p. 406-414 tussen gevallen waarin het gaat om een zaak die voordien wel geïndividualiseerd was en gevallen waarin individualisatie in het geheel nooit heeft plaatsgevonden. Mogelijk anders Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 124 die dit onderscheid niet maken.

er niet toe dat het recht tenietgaat.¹¹⁹ De oneigenlijke vermenging is derhalve niet meer dan een bewijsprobleem.

Dit neemt natuurlijk niet weg dat de beide vragen in een procedure kunnen samenkomen, omdat alvorens een recht kan worden uitgeoefend eerst zal moeten worden aangetoond dat het recht überhaupt is verkregen. Zo gingen ook Mulder en Peijnenburg in het arrest *Teixeira de Mattos*, dat veelal als *Paradefall* van de oneigenlijke vermenging wordt beschouwd, voor deze twee verschillende ankers liggen. In de eerste plaats werd betoogd dat de vier certificaten die bij Teixeira aanwezig waren op het moment dat Teixeira in surseance was geraakt, de oorspronkelijke certificaten Nillmij waren, die Mulder en Peijnenburg in bewaring hadden gegeven. De Hoge Raad oordeelde in dat verband dat 'indien iemand een bepaalde onder een ander berustende roerende zaak opvoert, de gedaagde die de eigendom van de eiser betwist, kan volstaan met gemotiveerd te ontkennen dat het goed aan de eiser toebehoort; dat de eiser dan nader moet uiteenzetten waarom de zaak zijn eigendom is en het bewijs van de door hem in dit verband gestelde feiten moet leveren.'¹²⁰

Daarmee beperkt de vraag zich tot een bewijskwestie. Vanwege het feit dat Teixeira geen administratie had bijgehouden en zij een steeds wisselende effectenvoorraad ter waarde van vele miljoenen gulden onder zich had, slaagden Mulder en Peijnenburg niet in dit bewijs. Zij baseerden hun goederenrechtelijke aanspraak daarnaast nog op een ander argument, namelijk dat, zo Teixeira de in bewaring gegeven effecten had vervreemd, zij een goederenrechtelijke aanspraak geldend konden maken ten aanzien van andere effecten die daarvoor in de plaats waren gesteld, omdat Teixeira verplicht was deze voor Mulder en Peijnenburg te gaan houden. In dat verband kwam het individualiseringsbeginsel bij de verkrijging van rechten in beeld, omdat vastgesteld moest worden óf Mulder en Peijnenburg inderdaad eigenaar zijn geworden van de nieuwe certificaten, waarvoor vereist is dat de certificaten op enig moment voldoende zijn geïndividualiseerd. De enkele bepaling naar soort en hoeveelheid – vier certificaten Nillmij – was onvoldoende om aan te nemen dat Mulder en Peijnenburg deze certificaten hadden verworven.

119 Kennelijk anders A.A.J. Smelt, 'Oneigenlijke vermenging en het individualiseringsvereiste', *AA* 2003, p. 350, Von Bar & Clive 2009, p. 5107 en Spath 2010, p. 346-347.

120 HR 12 januari 1968, *NJ* 1968/274.

Eigendom roerende zaken, m.n. originele wijzen eigendomsverkrigging 5.5.2

Aangezien het bij de oneigenlijke vermenging dus slechts gaat om problemen bij het geldend maken van een *bestaande* aanspraak, kan ook ter rechtvaardiging van de wijze waarop het huidige recht deze problematiek benadert, niet worden gewezen op het beginsel van de *paritas creditorum*.¹²¹ Vast staat immers dát iemand een goederenrechtelijk recht heeft, zij het dat niet duidelijk is op welke zaak dat recht rust. Aangezien degene die een goederenrechtelijk recht geldend maakt, geen (concurrente) schuldeiser is, hoeft hij de gelijkheid van schuldeisers niet tegen zich te laten gelden.¹²² De goederenrechtelijk gerechtigde staat buiten de *concurfus creditorum*. Meer in het algemeen geldt bovendien dat niet goed valt in te zien waarom de concurrente schuldeisers zouden moeten profiteren van de bewijsproblemen van de goederenrechtelijk gerechtigde.¹²³ De problematiek van de oneigenlijke vermenging heeft dus enkel betrekking op de bewijsproblematiek en concentreert zich daarbij rond de bewijsvermoedens van art. 3:109 en art. 3:119 BW, die gecombineerd bewerkstelligen dat degene die een zaak houdt, vermoed wordt de rechthebbende te zijn. Het bestaan van deze vermoedens biedt echter geen normatieve rechtvaardiging voor de huidige oplossing van de oneigenlijke vermenging. In het algemeen geldt dat deze vermoedens aan kracht hebben ingeboet. Onder meer als gevolg van de mogelijkheid van de vestiging van een stil pandrecht en de gebruikelijkheid van eigendomsvoorbehoud en allerhande vormen van lease, is degene die een zaak onder zich heeft veelal niet de (onbezwaard) rechthebbende van die zaak. Het star vasthouden aan het uitgangspunt dat degene die een zaak onder zich heeft wel de rechthebbende zal zijn, heeft daarmee iets kunstmatigs. Voorts is de toepassing van art. 3:109 BW en art. 3:119 BW in het kader van de oneigenlijke vermenging extra bedenkelijk. Wanneer A bijvoor-

121 Zo echter R.D. Vriesendorp, 'Faillissement en (enkele complicaties door) oneigenlijke vermenging', *Tvl* 1999, p. 12 en Wichers 2002, p. 152.

122 F.M.J. Verstijlen, 'Oneigenlijke vermenging tussen art. 3:109/119 BW en 150 Rv', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 469.

123 Vgl. Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 49 InsO, Rn. 21 die terecht opmerkt dat de situatie, waarin 'der Verwalter in den getrennten Prozessen mit den Gläubigern jeweils obsiegt, weil keiner von ihnen beweisen kann, dass der fragliche Vermögensgegenstand gerade von seinem Sicherungsrecht erfasst ist, obwohl zugleich klar ist, dass der Sicherungsgegenstand irgendeinem Gläubiger zusteht', zou leiden tot niet te rechtvaardigen *windfall profits* voor de boedel. In gelijke zin Sager 2003b, p. 777.

beeld tien identieke zaken aan B overdraagt onder eigendomsvoorbehoud en B zelf ook (onbezwaard) eigenaar is van tien van dergelijke zaken, kan A zijn eigendomsvoorbehoud niet uitoefenen omdat hij niet kan aanwijzen van welke van de twintig zaken hij eigenaar is. Ten aanzien van elke afzonderlijke zaak wordt vermoed dat B eigenaar is van de zaak. Dat is curieus, omdat dit tot gevolg heeft dat ten aanzien van twintig zaken wordt vermoed dat B eigenaar is, terwijl tegelijkertijd ook vaststaat dat van de twintig zaken, maximaal tien aan B toebehoren en de andere tien van A zijn. De toepassing van de bewijsvermoedens laat zich in een dergelijk geval nauwelijks rechtvaardigen, omdat weliswaar niet duidelijk is ten aanzien van welke zaak A eigenaar is, maar tegelijkertijd wel vaststaat dat A een goederenrechtelijke aanspraak heeft. Met andere woorden: de bewijsvermoedens hebben geen enkele kracht wanneer vaststaat dat B geen eigenaar kán zijn van alle oneigenlijk vermengde zaken.

Dit is niet anders in het geval van een wisselende voorraad. Wanneer B na de oneigenlijke vermenging tien zaken verkoopt, is het weliswaar denkbaar dat de overgebleven tien zaken allemaal van B zijn of allemaal van A, maar er is geen goede reden om deze bewijsvraag geheel voor risico van A te laten komen, in het bijzonder niet omdat het juist B is geweest die de zaken oneigenlijk heeft vermengd. De toepassing van de bewijsvermoedens leidt er in een dergelijk geval toe dat juist degene wordt beloond die het geldend maken van de aanspraken van anderen frustreert door de oneigenlijk vermengde zaken niet gescheiden te bewaren.

Samenvattend betekent dit dat de vermoedens voor het huidige recht weliswaar in overeenstemming zijn met het uitgangspunt van het bewijsrecht dat degene die een aanspraak geldend wenst te maken het daartoe benodigde bewijs dient te leveren, maar dat het enkele bestaan van de bewijsvermoedens niet aan een wetswijziging die bij oneigenlijke vermenging mede-eigendom doet ontstaan, in de weg behoeft te staan.

Een bijkomend voordeel van een gelijke oplossing voor gevallen van eigenlijke en oneigenlijke vermenging is voorts dat het niet meer nodig is om de eigenlijke en oneigenlijke vermenging van elkaar af te grenzen, hetgeen namelijk niet altijd eenvoudig is: is bij vermenging van appels sprake van eigenlijke of oneigenlijke vermenging?

Tot slot moet worden opgemerkt dat de constructie van mede-eigendom ook al voor het huidige recht wordt verdedigd, terwijl door sommigen ook is betoogd dat partijen onder omstandigheden de problematiek kunnen

Eigendom roerende zaken, m.n. originele wijzen eigendomsverkrijging 5.5.3

vermijden door de krachten te bundelen of dat een proportionele benadering een oplossing kan bieden.¹²⁴ Aangezien het twijfelachtig is of deze oplossingen naar huidig recht voldoende soelaas kunnen bieden, achten wij het uit het oogpunt van de rechtszekerheid gewenst dat de wet uitdrukkelijk bepaalt dat oneigenlijke vermenging tot mede-eigendom leidt.

5.5.3 Mede-eigendom

Gelet op het voorgaande wordt naar onze mening een bevredigender oplossing bereikt door ook bij oneigenlijke vermenging mede-eigendom aan te nemen. Een dergelijke oplossing biedt het Duitse recht. Volgens § 948 BGB zijn de regels voor vermenging van toepassing op de situatie dat de roerende zaken 'untrennbar vermischt oder vermengt' worden. Dit betekent dat de oneigenlijke vermenging leidt tot mede-eigendom, waarbij de omvang van de aandelen wordt bepaald aan de hand van de verhouding van de waarde van de oneigenlijk vermengde zaken ten tijde van de oneigenlijke vermenging (§ 947 BGB). Aangezien het bij oneigenlijke vermenging gaat om het dooreen geraken van volstrekt identieke zaken, komt deze oplossing er per saldo op neer dat de omvang van de aandelen wordt bepaald aan de hand van het aantal zaken dat is ingebracht in de oneigenlijk vermengde hoeveelheid. De bepaling strekt ertoe het hiervoor genoemde belangenconflict tussen de verschillende eigenaars – namelijk dat niemand meer kan vaststellen op welke zaak zijn rechten betrekking hebben – te beslechten.¹²⁵ Bovendien wordt aldus voorkomen dat economisch onrendabele maatregelen noodzakelijk zijn om de individualiseerbaarheid van de verschillende zaken te waarborgen.¹²⁶ Naar onze mening zijn dit overtuigende argumenten die pleiten voor een mede-eigendomsconstructie. Daaraan kan worden toegevoegd dat een

124 Zie bijv. Smelt 2003, p. 352-353, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 287 en A. Steneker, *Pandrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 32, p. 83. Voorzichtig ook voor mede-eigendom A. Hammerstein, *Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervanging* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977, p. 138. Zie voor bundeling Vriesendorp 1999, p. 3-12 en een bewijsrechtelijke benadering Verstijnen 2002, p. 457-478.

125 Soergel/Henssler 2002, § 948 BGB, Rn. 1 en MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 948 BGB, Rn. 1.

126 MünchKomm-BGB/Quack 1997, § 948 BGB, Rn. 1. Vgl. in dat verband MvA II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1239-1240.

dergelijke oplossing ertoe leidt dat zo veel mogelijk oude aanspraken worden behouden en de onmogelijkheid van identificeerbaarheid aldus evenredig wordt afgewenteld op alle betrokkenen. Daarmee wordt een ongerechtvaardigde bevoordeling van degene die een gunstige bewijsspositie heeft, voorkomen. Voorts wordt een einde gemaakt aan de weinig praktische schemertoestand waarin aanspraken wel bestaan, maar niet geldend kunnen worden gemaakt. Ook het Draft Common Frame of Reference kiest in art. VIII.–5:202 voor deze oplossing.

Zonder wetswijziging heeft ook het Belgische recht zich in deze richting ontwikkeld.¹²⁷ Oorspronkelijk werd aangenomen dat de oneigenlijke vermenging leidde tot eigendomsverkrijging door degene in wiens handen de zaken oneigenlijk waren vermengd. Aangezien een dergelijke benadering ongewenst gedrag beloont, werd zij als onbillijk en in strijd met het rechtsgevoel beschouwd. Thans wordt aangenomen dat de vermenging van identieke zaken leidt tot mede-eigendom.¹²⁸ Aldus wordt een ongerechtvaardigde vermogensverschuiving voorkomen.¹²⁹

In de nieuwe Belgische Pandwet is deze oplossing wettelijk verankerd. In art. 20 Pandwet wordt vastgelegd dat de vermenging van vervangbare goederen die volledig of gedeeltelijk met een pandrecht zijn bezwaard, het pandrecht onverlet laat. In het geval dat er verscheidene pandhouders zijn, kunnen zij hun pandrecht op de vermengde goederen uitoefenen in verhouding tot hun onderlinge rechten. Op grond van art. 70 Pandwet is de bepaling overeenkomstig van toepassing op het eigendomsvoorbehoud. Van belang is op te merken dat hierbij geen sprake is van 'gewone' mede-eigendom, maar van 'numerieke' mede-eigendom of kwantiteitseigendom. De koper onder eigendomsvoorbehoud of pandgever komt namelijk zelf pas aan bod zodra de verkoper(s) en pandhouder(s) geen aanspraken geldend meer maken. Eventueel verkochte zaken komen daarmee voor rekening van de koper en hebben pas effect op de revindicatieaanspraak van de verkoper, zodra er nog minder zaken bij de koper aanwezig zijn dan waarop de verkoper aanspraak maakt. We komen

¹²⁷ Zie voor een overzicht met vele verdere verwijzingen Sagaert 2003a, p. 393 e.v.

¹²⁸ Zie o.m. E. Dirix, 'Eigendomsvoorbehoud', *RW* 1997-1998, p. 491-492, M.E. Storme, *Handboek vermogensrecht: Goederen- en insolventierecht. Deel II. Verrijking en verlies van goederen*, Gent-Mariakerke: [s.n.] 2010, p. 253 en Sagaert 2014, p. 78 e.v. met verdere verwijzingen.

¹²⁹ Sagaert 2003a, p. 409.

Eigendom roerende zaken, m.n. origineire wijzen eigendomsverkrijging 5.5.3

hier later nog op terug. Deze oplossing wordt ook al verdedigd onder het huidige Belgische recht.¹³⁰

Vergelijkbaar met de Belgische oplossing is de Franse aanpak. Ook de Franse wetgever heeft duidelijk gemaakt dat hij de wijze waarop de oneigenlijke vermenging naar Nederlands recht wordt opgelost niet gerechtvaardigd acht. Voorheen bestonden in het Franse recht bij verschillende leveranties in het kader van een doorlopend eigendomsvoorbehoud identificatieproblemen, omdat de Franse faillissementswet vereiste dat de verkochte zaken zich nog 'in natura' bij de koper bevonden. Wanneer A aan B tien identieke zaken levert, B deze vervolgens betaalt en A daarna wederom tien dezelfde zaken levert aan B kan nadien, wanneer B failliet is verklaard en nog vijftien van die identieke zaken bij B aanwezig zijn, niet worden vastgesteld welke van de vijftien zaken voorwerp waren van de tweede levering en derhalve nog onbetaald waren gebleven. De *Cour de cassation* oordeelde dat een contractueel beding met de strekking dat de nog aanwezige zaken vermoed werden de onbetaalde zaken te zijn, in strijd kwam met het 'in natura'-vereiste.¹³¹

De Franse wetgever achtte een dergelijke consequentie niet gerechtvaardigd, omdat zij het eigendomsvoorbehoud bij soortzaken uitholde. De Franse wetgever heeft de individualiseringsproblemen opgelost door in art. L624-16 (voorheen: L621-122) van de Code de commerce op te nemen dat de revindicatie ook kan worden uitgeoefend 'sur des biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité'. Iets vergelijkbaars is thans voor het eigendomsvoorbehoud expliciet opgenomen in art. 2369 Cc.¹³² De Franse regeling neemt daarbij dus ook geen 'gewone' mede-eigendom aan tussen verkoper en koper, maar verleent de verkoper eenvoudigweg de bevoegdheid soortgelijke zaken te revindiceren.¹³³

130 Zie o.m. M.E. Storme, 'Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud: een poging tot systematisatie', in: H. Casman e.a., *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit*, Antwerpen: Kluwer 1992, p. 506 en met verdere verwijzingen Sagaert 2003a, p. 408-422 en Sagaert 2014, p. 80-81.

131 Cass. com. 9 januari 1990, zaak nr. 88-13511.

132 Waarover Ph. Simler & Ph. Delebecque, *Les sûretés. La publicité foncière*, Paris: Dalloz 2012, p. 663 en Aynès & Crocq 2013, p. 391-392.

133 Het gaat daarbij, aldus Cass. com. 5 maart 2002, zaak nr. 98-17585, niet om een bewijsvermoeden, maar een materiële regel die de eigendom van de fungibele zaken toewijst aan de verkoper.

Problematisch aan de Franse oplossing is dat zij niet duidelijk maakt wat de consequenties zijn in het geval dat verscheidene verkopers van dezelfde identieke zaken zijn betrokken. Letterlijke toepassing van de bepaling lijkt te leiden tot een *survival of the fittest*. In de Franse literatuur wordt wel verdedigd dat in een dergelijk geval mede-eigendom moet worden aangenomen tussen de verschillende gerechtigden, althans dat de zaken tussen hen op voet van gelijkheid moeten worden verdeeld.¹³⁴

5.5.4 *Uitwerking van de mede-eigendomsconstructie*

De wenselijkheid van de mede-eigendomsconstructie is in de literatuur al meermaals benadrukt.¹³⁵ Door een aantal auteurs en de wetgever is daarentegen opgemerkt dat de overeenkomstige toepassing van art. 5:15 BW tot allerlei problemen zou leiden. In het bijzonder zou onduidelijk zijn 'in hoeverre men een bepaalde hoeveelheid van de vermengde zaken al of niet als hoofdzaak ten opzichte van andere vermengde zaken zou kunnen aanmerken'.¹³⁶ Wanneer tien schapen met veertig andere schapen oneigenlijk vermengd raken, kan inderdaad moeilijk worden gezegd dat de veertig schapen de hoofdzaak vormen. Naar onze mening is deze problematiek echter niet fundamenteel anders dan bij de eigenlijke vermenging.¹³⁷ Wanneer tien liter melk met veertig liter melk wordt vermengd, is evenmin een hoofdzaak aan te wijzen. In het algemeen moet dan ook, zowel voor eigenlijke als oneigenlijke vermenging, terughoudendheid worden betracht bij het aannemen van een hoofdzaak. Bij soortgelijke zaken zal de verkeersopvatting in de regel geen hoofdzaak aanwijzen.¹³⁸ Dat zal slechts anders zijn als een onbeduidende hoeveelheid wordt vermengd of wanneer een koper onder eigendomsvoorbe-

134 Zie F. Perochon, *La réserve de propriété*, Paris: Litec 1988, p. 202-203, Torck 1996, p. 536 en met verdere verwijzingen M. Cabrillac e.a., *Droit des sûretés*, Paris: Lexis Nexis Litec 2010, nr. 837.

135 Zie voetnoot 124.

136 NvW, *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 108. In die zin ook Wichers 2002, p. 153.

137 Vgl. Fikkers 1999, p. 60. Zie hiervoor in par. 5.3.

138 HR 14 augustus 2015, *JOR* 2015/252 (*Zalco III*), r.o. 3.7.5. Zo ook Wichers 2002, p. 166-167 en NvW, *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 108.

Eigendom roerende zaken, m.n. originaire wijzen eigendomsverkrijging 5.5.4

houd bijvoorbeeld één eigen zaak toevoegt aan honderd soortgelijke zaken van de verkoper.¹³⁹

Door Wichers is als bezwaar tegen de mede-eigendomsconstructie aangevoerd dat zij slecht past in een systeem dat vanwege de eisen van het handelsverkeer de eigendom als hoofdregel in één hand legt.¹⁴⁰ Naar onze mening gaan de bezwaren die in het algemeen – terecht – tegen mede-eigendomsconstructies worden aangevoerd, in dit geval niet op. In het geding is immers geen eenheid die moet worden beschermd.¹⁴¹ Complexe eigendomsverhoudingen die leiden tot transactiekosten zijn hier, anders dan bijvoorbeeld bij mede-eigendom van één samengestelde zaak, niet aan de orde, omdat de gemeenschap in geval van oneigenlijke vermenging op een eenvoudige wijze kan worden afgewikkeld.¹⁴²

Een volgend bezwaar tegen de mede-eigendomsconstructie zou kunnen zijn dat hiermee de bewijsproblematiek alleen maar wordt verplaatst. Ter bepaling van de hoogte van de aandelen zal immers alsnog moeten worden vastgesteld hoeveel zaken oneigenlijk zijn vermengd en aan wie deze zaken oorspronkelijk toebehoorden. Met de mede-eigendomsconstructie wordt echter in ieder geval een oplossing gegeven voor het geval dat op zichzelf wel duidelijk is uit wiens en welke zaken de oneigenlijk vermengde hoeveelheid is samengesteld, maar ten aanzien van elke afzonderlijke zaak daarover geen duidelijkheid bestaat. Indien dit niet duidelijk is, komt men met de mede-eigendomsconstructie ook tot een bevredigender oplossing dan nu het geval is. Aan de hand van de gewone bewijsregels zullen de betrokkenen moeten aantonen wat de omvang van hun aandeel is. Aldus dragen alle betrokkenen op evenredige wijze de consequenties van een *non liquet*. Daarmee wordt voorkomen dat een van de partijen, namelijk degene die de zaken onder zich heeft, zou worden bevoordeeld door en belang zou hebben bij het feit dat er onduidelijkheid bestaat over de respectieve aanspraken. De bewijsvermoedens van art.

139 Zie bijv. Wichers 2002, p. 167 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 515. Zo ook voor het Duitse recht Soergel/Henssler 2002, § 948 BGB, Rn. 4 en Staudinger/Wiegand 2011, § 948 BGB, Rn. 8. Anders: MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 948 BGB, Rn. 6. Ook kritisch: Sagaert 2003a, p. 396-397 omdat hij een dergelijke 'betekenisvolle drempel' moeilijk verenigbaar acht met de rechtszekerheid die gewenst is in het goederenrecht.

140 Wichers 2002, p. 153.

141 Soergel/Henssler 2002, § 948 BGB, Rn. 1 en MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 948 BGB, Rn. 1.

142 Vgl. Von Bar & Clive 2009, p. 5107 en p. 5115.

3:109 BW en art. 3:119 BW zijn daarmee in ieder geval buitenspel gezet, omdat immers vaststaat dat degene die de zaken onder zich heeft geen eigenaar kan zijn van alle zaken.¹⁴³ Overigens zal in het gros der gevallen, zoals bij leveranties in het kader van een eigendomsvoorbehoud, in ieder geval wel duidelijk zijn hoeveel zaken oorspronkelijk zijn geleverd en vervolgens zijn vermengd.

Naar Duits recht wordt de omvang van de verschillende aandelen bepaald aan de hand van de algemene regels van het bewijsrecht. In het kader van die bewijsvoering hoeft dan niet met absolute zekerheid te worden aangetoond hoe de verhoudingen liggen, maar zal duidelijk moeten worden wat het meest aannemelijk is. In de literatuur wordt opgemerkt dat de regels van bewijsrecht voldoende flexibel zijn om tot een oplossing te komen en dat van onduidelijkheid over de omvang van de aandelen niet gauw sprake zal zijn. In uitzonderingssituaties kan, aldus de heersende leer, worden teruggегреpen op § 742 BGB dat bepaalt dat bij twijfel moet worden aangenomen dat de deelgenoten gelijke aandelen hebben.¹⁴⁴ Een dergelijke oplossing kan ook naar Nederlands recht worden gehanteerd.¹⁴⁵

143 Vgl. MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 948 BGB, Rn. 5, die opmerkt dat de bewijsvermoedens niet in beeld kunnen komen 'da der Eigentümerwerb der §§ 946 ff. unabhängig von der Besitzlage eintritt und zudem gerade feststeht, dass der Besitzer nicht Alleineigentümer ist.' In die zin ook Soergel/Henssler 2002, § 948 BGB, Rn. 5 en Staudinger/Wiegand 2011, § 948 BGB, Rn. 7. Mogelijk anders: W.M.T. Keukens & R.M. Wibier, 'Een waarschuwing voor banken: over stille pandrechten, informatierechten en (nogmaals) bepaalbaarheid', *WPNR* 2007/6729, p. 903-904, die bij een pandrecht niet voldoende achten dat de pandhouder kan bewijzen dat hij een pandrecht heeft, maar nog niet kan vaststellen op welk object het pandrecht precies rust om aanspraak te kunnen maken op informatie van de curator. Hier lopen de verschillende aspecten van het individualiseringsbeginsel door elkaar heen: dat de pandhouder niet weet op welk object zijn pandrecht rust, betekent niet dat het pandrecht niet bestaat.

144 Zie met verdere verwijzingen Staudinger/Wiegand 2011, § 948 BGB, Rn. 7 en MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 948 BGB, Rn. 5. Het *Bundesgerichtshof* (BGH 23 september 2010, *NJW* 2010/3578) lijkt daarentegen aan te nemen dat wanneer het bewijs niet kan worden geleverd, alle aanspraken van de mede-eigenaars moeten worden afgewezen. Terecht kritisch merkt Füller op: 'Die Begründung vermengt die prozessuale mit der materiellrechtlichen Ebene: Das Mitigentum entsteht kraft Gesetzes und hängt nicht von beweisbaren Anteilsverhältnissen ab. Wenn zudem alle Teilhaber in gleicher Weise nicht dazu in der Lage sind, ihren Anteil darzutun, so führt die Ansicht des BGH zu einem Rechtsvakuum, da jede einzelne Teilungsklage abzuweisen wäre und damit eine dauerhaft unklare Eigentumslage bestünde.'

145 Vgl. Art. 3:166 lid 2 BW en zie Smelt 2003, p. 353.

Eigendom roerende zaken, m.n. origineire wijzen eigendomsverkrijging 5.5.4

Tot slot is denkbaar dat sprake is van een wisselende voorraad: zaken uit de oneigenlijk vermengde hoeveelheid worden vervreemd en nieuwe zaken worden toegevoegd. Het aannemen van mede-eigendom leidt ertoe dat eventuele vervreemdingen evenredig voor ieders risico komen, in die zin dat de vermindering van een deel van de hoeveelheid elke deelgenoot gelijkelijk treft doordat zijn aandeel betrekking heeft op een verminderde hoeveelheid. In het algemeen is een dergelijke verdeling billijk. Wanneer daarentegen degene die de zaken vervreemdt, zelf ook een aanspraak heeft in de oneigenlijk vermengde hoeveelheid, is dat minder het geval. Stel, A draagt tien zaken over in eigendomsvoorbehoud aan B en B is zelf ook eigenaar van tien van degelijke zaken. Wanneer B vervolgens zes zaken vervreemdt, zou dat er bij de 'gewone' mede-eigendomsconstructie toe leiden dat deze vervreemdingen gelijkelijk ten laste van de aandelen van A en B komen, terwijl het juist B is geweest die deze zaken heeft vervreemd. Wanneer B fatsoenlijk handelt, zal hij de vervreemdingen ten laste van zijn eigen aandeel willen brengen. Zoals in de Oostenrijkse literatuur wordt opgemerkt, zal dit in het algemeen dan ook moeten worden aangenomen, omdat de onfatsoenlijke vervreemder niet in een betere positie zou moeten kunnen verkeren dan een fatsoenlijk handelende vervreemder.¹⁴⁶ Ook in de Belgische literatuur wordt aangenomen dat in een dergelijk geval moet worden aangenomen dat de vervreemder vermoed moet worden rechtmatig te hebben gehandeld en deze oplossing wordt ook in de Pandwet gekozen.¹⁴⁷ Ook het Franse recht kiest, zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, voor deze benadering. Het Nederlandse recht omarmt deze gedachte reeds in art. 28 Wet giraal effectenverkeer, vanwege het feit dat de deelgenoten in het verzameldepot geheel afhankelijk zijn van de administratie van de beherende instelling.¹⁴⁸

Samengevat komt deze benadering van de mede-eigendomsconstructie erop neer dat een tekort in de oneigenlijk vermengde hoeveelheid in de verhouding tussen de verschillende gerechtigden in beginsel gelijk wordt

146 Vgl. Chr. Holzner, 'Vermengung und Eigentum', *JBl.* 1988, p. 636-637 en Klang/Leupold 2011, § 371 ABGB, Rn. 24.

147 Storme 1992, p. 506 en Sagaert 2014, p. 80-81.

148 MvT, *Kamerstukken II* 1975/76, 13780, 3, p. 22. Zie ook het vergelijkbare art. 25 lid 4 Wna.

verdeeld,¹⁴⁹ maar jegens een (onbezwaard) rechthebbende die de beschikingsmacht heeft over de zaken in beginsel uitsluitend voor diens risico komen.¹⁵⁰

6 Zaaksvorming

6.1 Art. 5:16 BW

Artikel 5:16 BW regelt de gevolgen van zaaksvorming door te bepalen aan wie de (mede-)eigendom toekomt van een nieuwe zaak die is gevormd. Alvorens in te gaan op de vraag of er meer ruimte zou moeten bestaan om bij zaaksvorming rekening te houden met continuïteit, maken wij enkele opmerkingen over de redactie van het huidige art. 5:16 BW en de afbakening van de verschillende artikelleden.

6.2 Afbakening lid 1 en 2

Indien sprake is van zaaksvorming, bepaalt art. 5:16 BW aan wie de nieuwe zaak wordt toegewezen. Op grond van lid 1 wordt de nieuwe zaak toegewezen aan de oorspronkelijke eigenaar(s). Lid 2 bepaalt in afwijking van het eerste lid dat de eigendom wordt toegekend aan degene die een zaak vormt uit of mede uit een of meer hem niet toebehorende zaken. Terwijl lid 1 derhalve aanknoopt bij de oorspronkelijke verhoudingen, spelen deze bij de eigendomstoewijzing van lid 2 geen rol. De eigendomstoewijzing van lid 2 wordt gerechtvaardigd door de vormende arbeid. In het oorspronkelijke ontwerp vormde de regel van lid 2 de hoofdregel, terwijl zij nu slechts van toepassing lijkt als lid 1 niet van toepassing is. Dat is slechts schijn. Naar onze mening geeft lid 2 de hoofdregel,

¹⁴⁹ Behalve natuurlijk wanneer een van de gerechtigden een deel van de oneigenlijk vermengde zaken reeds heeft terugontvangen. De terugname van deze zaken komt uiteraard enkel ten laste van zijn eigen aandeel. Indien hij meer terug heeft ontvangen dan waarop hij op grond van zijn aandeel aanspraak kon maken, dient echter voor het overschot restitutie plaats te vinden. Vgl. Von Bar & Clive 2009, p. 5115.

¹⁵⁰ Het Draft Common Frame of Reference kiest voor de 'gewone' mede-eigendomsconstructie. Zie Von Bar & Clive 2009, p. 5114, echter zonder de kwestie te problematiseren.

aangezien de niet-toepasselijkheid van lid 2 leidt tot de toepasselijkheid van lid 1.

De verhouding tussen de verschillende leden is niet erg overzichtelijk doordat zowel van belang is of iemand een zaak al dan niet 'voor zichzelf' vormt, terwijl bovendien een rol speelt aan wie de oorspronkelijke zaken toebehoren. Lid 2 is van toepassing indien iemand een zaak voor zichzelf vormt of doet vormen uit of mede uit een of meer hem niet toebehorende zaken, tenzij de kosten van vorming dit wegens hun geringe omvang niet rechtvaardigen. Lid 1 vindt dus in de eerste plaats toepassing indien sprake is van deze kostenuitzondering.

Daarnaast laat de letter van de wet de mogelijkheid open dat lid 1 toepassing vindt in het geval dat iemand een zaak vormt voor een ander, terwijl deze ander deze zaak niet tevens voor zichzelf doet vormen.¹⁵¹ Een dergelijke situatie is echter niet gemakkelijk voorstelbaar.¹⁵² Tot slot lijkt ook het geval dat de eigenaar van de oorspronkelijke zaken een nieuwe zaak voor zichzelf vormt onder lid 1 te vallen, omdat niet voldaan is aan het vereiste van lid 2 dat sprake is van 'een of meer hem niet toebehorende zaken'. Niettemin lijkt een redelijke wetsinterpretatie met zich te brengen dat in dat geval desondanks lid 2 (overeenkomstig) wordt toegepast, omdat de eigendomstoewijzing wordt gerechtvaardigd door de vormende arbeid van de eigenaar.¹⁵³ De vraag op basis van welk artikellid de eigendom wordt toegewezen aan de zaaksvormer die tegelijkertijd eigenaar is van de oorspronkelijke zaken is van belang voor de vraag of beperkte rechten die rustten op de oorspronkelijke zaken opnieuw worden toegekend op de nieuw gevormde zaak. Indien de eigendomstoewijzing geschiedt op basis van lid 1, is dat het geval, terwijl dat bij lid 2 anders ligt.¹⁵⁴

151 Wichers 2002, p. 281.

152 L. Groefsema, in: *GS Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer (online bijgewerkt tot 1 september 2010), art. 5:16 BW, aant. 2 noemt het geval dat iemand een zaak voor een ander vormt op grond van een rechtsverhouding die achteraf niet blijkt te bestaan. In die richting ook Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 525. Het is evenwel de vraag of dan überhaupt nog wel gezegd kan worden dat diegene de zaak voor de ander heeft gevormd. Vgl. S.E. Bartels, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen* (diss. Utrecht), Den Haag: BJu 2004, p. 108-110.

153 Wichers 2002, p. 228-229.

154 Zie Wichers 2002, p. 272 e.v., Spath 2010, p. 166-173 en E.F. Verheul, 'HR 14 augustus 2015 (Zalco): geen kwestie van zaaksvervanging', *WPNR* 2015/7078, p. 835-836.

Al met al is de afbakening tussen lid 1 en 2 daarmee niet bepaald overzichtelijk te noemen.¹⁵⁵ Dit is een gevolg van het feit dat de regeling verschillende aanknopingspunten hanteert die, wanneer deze aanknopingspunten worden gecombineerd, kunnen leiden tot een caleidoscopisch beeld van mogelijk denkbare casusposities. Enerzijds knoopt de wet aan bij de vraag of iemand een zaak al dan niet voor zichzelf vormt, terwijl anderzijds van belang is of de zaken worden gevormd uit al dan niet (gedeeltelijk) aan een ander toebehorende zaken. Naar onze mening zou een veel overzichtelijker regeling kunnen worden geschapen door in het geheel geen belang te hechten aan de vraag aan wie de oorspronkelijke zaken toebehoren en slechts aan te knopen bij de vraag wie de zaak vormt of doet vormen en daar enkel een uitzondering op te maken voor het geval de waarde van de zaken in aanmerkelijke mate die van de vormgeving overtreft. Een dergelijke bepaling stond Meijers en het Driemanschap voor ogen, daarbij geïnspireerd door § 950 BGB.¹⁵⁶ Dit zou een einde maken aan de moeilijke afbakeningsproblematiek tussen lid 1 en lid 2, zonder dat dit een materiële wijziging tot gevolg zou hebben.

In het navolgende zullen wij vooral aandacht besteden aan deze situatie, waarin iemand een zaak (voor zichzelf) vormt of doet vormen, omdat het daar in het gros der gevallen om zal gaan. Wij concentreren ons daarbij op de vraag of het wenselijk en mogelijk is om, al dan niet door middel van partijafspraken, meer ruimte te geven aan de continuïteit van goederenrechtelijke rechten.

6.3 Dwingendrechtelijke karakter

De toepasselijkheid van art. 5:16 BW en de rechtsgevolgen zijn van dwingend recht. Hiervoor kwam reeds aan de orde dat dit dwingendrechtelijk karakter van de bepalingen veelal wordt verklaard door te wijzen op de betrokkenheid van derden. De art. 5:14, 5:15 en 5:16 BW regelen de toewijzing van het eigendomsrecht. Aangezien het eigendomsrecht een absoluut recht is, kan het aan derden worden tegengeworpen. Omdat derden aldus geconfronteerd kunnen worden met de toewijzing van het

155 Fikkers 1999, p. 63, Wichers 2002, p. 173-174 en S.E. Bartels, 'Eigendomsvoorbehoud en zaaksvorming', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Fiduciaire verhoudingen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 8, voetnoot 28.

156 TM, *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 109.

eigendomsrecht, is het noodzakelijk dat deze eigendomstoe wijzing plaatsvindt op basis van heldere, eenvoudige criteria, die naar buiten kenbaar zijn, zodat derden kunnen weten waar zij aan toe zijn, zo is de redenering.¹⁵⁷

Dit betekent dat partijen niet kunnen bepalen dat een zaak geen nieuwe zaak is, dat van vorming geen sprake is of aan wie de eigendom van de desbetreffende zaak moet worden toegewezen. Daarbij moet echter bedacht worden dat de wet niet veel meer regelt dan dat de eigendom wordt toegewezen aan degene die de zaak voor zichzelf vormt. Deze begrippen moeten nader worden ingevuld aan de hand van hetgeen uit de rechtsverhouding tussen partijen voortvloeit in het licht van de daarop betrekking hebbende verkeersopvattingen, aldus de Hoge Raad in het arrest *Breda/Antonius*. Voor industriële fabricage heeft hij daarbij een nadere invulling aan de verkeersopvatting gegeven:

'Bij een industriële fabricage [...] zal het daarbij aankomen op de vraag wie beslissende invloed had op de wijze van produktie en de definitieve vorm van het produkt en wie in het kader van die rechtsverhouding het risico droeg ter zake van verliezen wegens tegenvallende bruikbaarheid, verhandelbaarheid of winstgevendheid van het produkt.'¹⁵⁸

6.4 Afwijking door middel van zaaksvormingsclausules

In de literatuur is, vooral in verband met de positie van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud, de vraag aan de orde gekomen in hoeverre partijen de mogelijkheid hebben om via hun contract invloed uit te oefenen op de verkeersopvatting.¹⁵⁹ De rechtspraak van de Hoge Raad laat daartoe ruimte, omdat de rechtsverhouding tussen partijen 'via' de verkeers-

157 Zie o.m. O.K. Brahn, 'Objectsverandering, zaaksvorming en partijafpraak', in: H.U. Jessurun d'Oliveira e.a. (red.), *'t Exempel dwinght: Opstellen aangeboden door vrienden en vereerders van prof. mr. I. Kisch ter gelegenheid van zijn 70ste verjaardag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975, p. 45, R.D. Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1985, p. 107, A.S. Hartkamp in zijn conclusie voor HR 5 oktober 1990, *NJ* 1992/226 en Wichers 2002, p. 175-176 en p. 184.

158 HR 5 oktober 1990, *NJ* 1992/226, r.o. 3.3.

159 Zie voor een overzicht F.M.J. Verstijlen, in: *GS Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (online bijgewerkt tot 1 augustus 2015), art. 3:92 BW, aant. 19.1 en 19.3.

opvatting van belang is. Voor industriële fabricage geldt dat partijen de eigendomstoewijzing kunnen beïnvloeden door afwijkende afspraken te maken, bijvoorbeeld dat de ander het risico draagt en beslissende invloed op de wijze van productie heeft. Van 'echt' afwijken van de wettelijke regels is dan geen sprake, omdat de wettelijke regels dan simpelweg de ander zullen aanwijzen als degene die de zaak voor zichzelf vormt. Voor een daadwerkelijke contractuele afwijking – dat wil zeggen: bepalen dat een ander dan degene die het economisch risico draagt en de beslissende invloed uitoefent, eigenaar wordt – bestaat geen ruimte. Ook hiervoor geldt echter dat de door de Hoge Raad in 1990 gegeven criteria voor industriële fabricage slechts een invulling geven aan de verkeersopvatting.

De verkeersopvatting is echter een dynamisch begrip en kan zich in de loop der tijd ontwikkelen.¹⁶⁰ Is het nu denkbaar dat zich een verkeersopvatting ontwikkelt voor industriële fabricage die inhoudt dat degene eigenaar wordt die op grond van de tussen partijen gesloten overeenkomst wordt aangewezen als degene die de zaak voor zichzelf vormt? Een dergelijke invulling is door het *Bundesgerichtshof* gegeven aan het Duitse equivalent van art. 5:16 BW voor het geval van een verlengd eigendomsvoorbehoud. § 950 BGB is weliswaar van dwingend recht, maar het is mogelijk dat de verkoper onder eigendomsvoorbehoud wordt aangemerkt als zaaksvormer (*Hersteller*) van de zaken die door de koper onder eigendomsvoorbehoud worden verwerkt. Ook naar Duits recht geldt dat de verkeersopvatting (*Verkehrsanschauung*) maatgevend is voor de beantwoording van de vraag wie als zaaksvormer heeft te gelden. Bij de invulling van de verkeersopvatting wordt gewicht toegekend aan het feit dat tussen verkoper en koper is overeengekomen dat de verkoper heeft te gelden als zaaksvormer:

“Werden Rohstoffe unter Eigentumsvorbehalt geliefert und ist dabei vereinbart, daß die Verarbeitung für die Lieferfirma zu erfolgen hat, dann ist vom Standpunkt eines objektiven Beurteilers in der Regel diese Firma Hersteller i.S. des § 950 BGB.”¹⁶¹

160 P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: BJu 2009, p. 144-148.

161 BGH 3 maart 1956, *NJW* 1956/788. Zie over de precieze techniek Wichers 2002, p. 252-254 en E.F. Verheul, 'Leverancierszekerheid na zaaksvorming', *WPNR* 2014/7022, p. 522-523.

Deze rechtspraak staat in Duitsland echter sterk onder druk.¹⁶² In de literatuur wordt het problematisch geacht dat partijen *de facto* in staat zijn contractueel af te wijken van de zaaksvormingsregeling omdat de enkele contractuele afspraak de verkeersopvatting doet wijzigen. Volgens de critici zou de toewijzing van de eigendom gelet op het dwingendrechtelijk karakter van de bepaling op grond van meer objectieve criteria moeten plaatsvinden, namelijk aan de hand van de vraag wie de zaaksvorming teweeg heeft gebracht en wie het risico van de zaaksvorming draagt.¹⁶³ Het zijn in wezen dezelfde bezwaren die naar Nederlands recht worden genoemd tegen een verlengd eigendomsvoorbehoud. Art. 5:16 BW zou in het teken staan van de rechtszekerheid voor derden en het belang van een soepel verloop van het handelsverkeer. Voor derden is het van belang dat 'de uiterlijke toestand [...] in beginsel ook de rechtstoestand [is]' en dat 'complexiteit in de rechtsmacht over een zaak' wordt voorkomen. In dat verband wordt gewezen op het feit dat het bij art. 5:16 BW moet gaan om 'relatief eenvoudige en geobjectiveerde, intersubjectieve maatstaven voor de eenduidige vaststelling van de rechtsmacht over een zaak'.¹⁶⁴ Zo wordt de kenbaarheid voor derden volgens Wichers gewaarborgd door art. 5:16 lid 2, omdat de eigendomstoeiwijzing aanknoopt bij 'de uiterlijke schijn die van het vormingsproces uitgaat'.¹⁶⁵ Naar onze mening zijn deze bezwaren niet allemaal even steekhoudend. Waar het aankomt op de rechtszekerheid voor derden die wordt gewaarborgd door een eenvoudige vaststelling van de eigendomsverhoudingen,

162 Zie met verdere verwijzingen H.P. Westermann, K.H. Gursky & D. Eickmann, *Sachenrecht*, Heidelberg: C.F. Müller 2011, p. 484-487 en MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 950 BGB, Rn. 17 e.v.

163 Staudinger/Wiegand 2011, § 950 BGB, Rn. 33 en MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 950 BGB, Rn. 20. Overigens wordt de kwestie van het verlengd eigendomsvoorbehoud ook op grond van deze criteria nog verschillend beoordeeld. Volgens sommigen moet de koper worden aangemerkt als zaaksvormer, omdat deze de zaaksvorming teweegbrengt en het risico draagt. Anderen wijzen erop dat de verkoper de zaaksvorming ook mede teweeg heeft gebracht, omdat hij de daarvoor noodzakelijke zaken heeft geleverd en dat ook de verkoper een risico draagt, omdat bij het mislukken van zaaksvorming zijn zijn onderpand verloren gaat c.q. in waarde afneemt.

164 Wichers 2002, p. 176. Zo ook Staudinger/Wiegand 2011, Vorbem zu §§ 946 BGB, Rn. 9, die daaraan toevoegt dat de wettelijke voorschriften echter geenszins leiden tot eenvoudig inzichtelijke eigendomsverhoudingen.

165 Wichers 2002, p. 184. In die zin ook R. Rothkegel, *Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung* (diss. Saarbrücken), Köln: Heymanns 1974, p. 16 en p. 31 en Soergel/Henssler 2002, § 950 BGB, Rn. 4.

bestaat tegen zaaksvormingsclausules geen enkel bezwaar. Een expliciete bepaling in een overeenkomst laat weinig aan duidelijkheid te wensen over en waarborgt bij uitstek een heldere eigendomstoewijzing. Een dergelijke clausule is weliswaar voor derden niet kenbaar, maar dat geldt evenmin voor de door de Hoge Raad gegeven criteria voor industriële fabricage. Derden zullen in de regel niet weten wie het economisch risico draagt en wie de beslissende invloed op de productie heeft uitgeoefend.¹⁶⁶

Bovendien moet het belang van de kenbaarheid voor derden sterk worden genuanceerd. Vanwege de gebruikelijkheid van eigendomsvoorbehoud en stil pandrecht kunnen derden niet zomaar op de uiterlijke schijn vertrouwen.¹⁶⁷ Waarom is het niet bezwaarlijk dat derden niet weten aan wie de onderdelen toebehoren waaruit een nieuwe zaak wordt samengesteld, maar moeten zij wel kunnen weten aan wie de nieuwe zaak toebehoort? Wanneer men bovendien bedenkt dat het mogelijk is dat een product zodra het uit de machine rolt uit hoofde van een levering bij voorbaat terstond is overgedragen aan een afnemer,¹⁶⁸ valt niet goed in te zien waarom partijen een dergelijk resultaat niet ook zouden mogen bereiken door middel van een clausule die de eigendom eenvoudigweg originair toekent aan deze afnemer.¹⁶⁹ Ook dat is in het belang van een vlot verlopend handelsverkeer.¹⁷⁰ Iets vergelijkbaars geldt voor zaaksvorming in het kader van het eigendomsvoorbehoud. Dat de verkoper de eigendom kan

166 Terecht merkt MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 950 BGB, Rn. 20 op dat men er niet aan ontkomt om aan te knopen bij omstandigheden die voor derden niet kenbaar zijn. Zie ook Staudinger/Wiegand 2011, Vorbem zu §§ 946 ff, Rn. 7: 'Die gesetzlichen Vorschriften führen keinesweges zu leicht durchschaubaren Eigentumsverhältnissen.'

167 Zie par. 2.3.

168 Vgl. Staudinger/Wiegand 2011, Vorbem zu §§ 946 ff, Rn. 7 die als argument voor partijaautonomie opwerpt dat 'im Bereich der beweglichen Sachen durch die verdeckten Sicherungsrechten die Transparenz der sachenrechtlichen Zuordnung soweit gelockert ist, dass auch im Bereich der §§ 946 ff Zuordnungen durch Parteiabrede möglich sein sollten.' Hij wijst er vervolgens evenwel op dat dit geen argument kan zijn, omdat kenbaarheid niet de ratio van § 950 BGB is. Zo ook MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 950 BGB, Rn. 1.

169 Als bezwaar zou kunnen worden genoemd dat hiermee art. 35 lid 2 Fw. zou kunnen worden omzeild, waarover aanstonds in de hoofdtekst.

170 Zie voor een nuancering van het verkeersargument in het algemeen A.C. van Schaick, 'Verkeersopvattingen in het goederenrecht', in: S.E. Bartels & J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht*, Den Haag: BJu 2000, p. 80-90.

verkrijgen van de nieuw gevormde zaken is ook een van de belangen van het handelsverkeer.¹⁷¹

Hierbij komt dat het aantal betrokken derden bij zodanige zaaksvorming(sclausules) betrekkelijk gering is. Afnemers van de koper onder eigendomsvoorbehoud zijn niet zozeer geïnteresseerd in de vraag wie eigenaar is van de zaak die zij aanschaffen, maar enkel in de vraag of zij onbezwaard eigendom van die zaak zullen verwerven. Omdat de koper in de regel de bevoegdheid wordt verleend de zaken te vervreemden in de normale bedrijfsuitoefening – hetgeen ook in het belang is van de verkoper – zullen afnemers geen last hebben van zaaksvormingsclausules.¹⁷² Het gaat daarmee per saldo om een conflict voor het geval dat de zaken nog aanwezig zijn bij de koper. Aangezien de kredietverschaffende bank bij voorbaat een pandrecht pleegt te vestigen op toekomstige roerende zaken, gaat het daarbij niet om een conflict tussen de verkoper en alle overige schuldeisers van de koper, maar slechts om een vraag naar voorrang tussen de kredietverschaffende bank en de kredietverschaffende leverancier.¹⁷³ In een dergelijk geval valt er wel iets te zeggen voor de voorrang van de verkoper, omdat de zaken überhaupt niet gevormd hadden kunnen worden zonder dat de verkoper de zaken reeds voor betaling aan de koper heeft geleverd.¹⁷⁴

Andere argumenten achten wij echter wel van doorslaggevend belang tegen de acceptatie van dergelijke clausules. Wanneer de eigendom van de nieuw gevormde zaak originair wordt toegewezen aan een ander, kan in feite op origineire wijze een overdracht van die zaak worden gerealiseerd. Naar onze mening moeten dan ook de 'gewone' bepalingen voor overdracht worden toegepast, omdat voorkomen moet worden dat een origineire toewijzing van de eigendom van de vermengde hoeveelheid de ratio en toepassingsvoorwaarden van deze bepalingen zou kunnen doorkruisen. Zo wordt een levering bij voorbaat aan een afnemer van de nieuw gevormde zaak in faillissement geblokkeerd door art. 35 lid 2 Fw. Een overdracht van de nieuw gevormde zaak aan de verkoper onder eigendomsvoorbehoud stuit op art. 3:84 lid 3 BW. Het zou vreemd zijn als een origineire verkrijging deze bepalingen en de achterliggende ratio zou kun-

171 Zie in een wat andere, maar vergelijkbare context Ploeger 1997, p. 33-34.

172 Verheul 2014, p. 525.

173 Zwitser 1996, p. 87-88 en p. 91 en Bartels 2007, p. 18.

174 Vgl. Verstijlen 2006, p. 1191.

nen ondergraven.¹⁷⁵ Ook in het buitenland treft men dergelijke overwegingen aan. Zo staat het partijen naar Oostenrijks recht vrij om af te wijken van de wettelijke bepalingen over zaaksvorming (§ 414 en 415 ABGB) door af te spreken aan wie de nieuwe zaak toekomt, maar dit kan enkel binnen de grenzen van het wettelijk systeem.¹⁷⁶ Zo kan een partijafpraak die tot gevolg heeft dat de eigendom van de zaak volledig wordt toegevoerd aan de verkoper onder eigendomsvoorbehoud geen effect sorteren, omdat deze verlenging van het eigendomsvoorbehoud in strijd zou komen met het verbod van publiciteitsloze zekerheidseigendom.¹⁷⁷

Iets vergelijkbaars lijkt te worden aangenomen in België. Veelal wordt vooropgesteld dat de bepalingen over zaaksvorming niet van dwingend recht zijn en dat partijen het derhalve vrijstaat een contractuele afspraak over de goederenrechtelijke gevolgen te maken.¹⁷⁸ Vervolgens wordt veelal een uitzondering gemaakt voor het geval dat de verkoper onder eigendomsvoorbehoud bedingt dat de nieuw gevormde zaak aan hem toekomt, omdat dit tot gevolg zou hebben dat een zakelijk zekerheidsrecht door een overeenkomst met derdenwerking zou worden uitgebreid buiten de grenzen van de wet, in welk verband veelal wordt verwezen naar het verbod van zekerheidseigendom naar Belgisch recht en naar het vereiste dat een eigendomsvoorbehoud slechts kan worden uitgeoefend voor zover de zaak nog 'in natura' aanwezig is bij de koper (art. 101 Belgische Faill.W.).¹⁷⁹ Deze bezwaren gelden niet voor de Duitse praktijk, omdat het Duitse recht in het geheel geen moeite heeft met zekerheidseigendom en ook de originair verkregen eigendom van de verkoper aanmerkt als zekerheidseigendom.¹⁸⁰

175 Bartels 2007, p. 9-10 en Verheul 2014, p. 525.

176 Klang/Klang 1950, § 414 ABGB, p. 284.

177 Rummel/Spielbüchler 2000, § 415 ABGB, Rn. 7.

178 Sagaert 2003b, p. 480, Sagaert, Tilleman & Verbeke 2007, p. 244 en Storme 2010, p. 252.

179 Dirix 1997-1998, p. 490, Sagaert 2003b, p. 480-481 en J. del Corral & K.W.C. Geurts, 'Het eigendomsvoorbehoud in de Belgische Pandwet en het Nederlandse BW', *NTBR* 2014, p. 255. Zie voor Frankrijk: Perochon 1988, p. 221-226, Cabril-lac e.a. 2010, nr. 837 en F. Macorig-Venier, 'Entreprises en difficulté (Les créanciers – 1^o Situation des créanciers)', in: *Rep. com. Dalloz* 2013, nr. 426 die gewag maakt van een 'grande souplesse' in de rechtspraak wat betreft 'admettant la revendication en présence d'une altération légère.'

180 Soergel/Henssler 2002, § 950 BGB, Rn. 26, Staudinger/Wiegand 2011, § 950 BGB, Rn. 53 en MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 950 BGB, Rn. 31.

Een ander terecht bezwaar tegen zaaksvormingsclausules – dat zich echter vooral richt tegen clausules in het kader van een eigendomsvoorbehoud – is dat hierdoor complexe rechtsverhoudingen kunnen worden geschapen, terwijl (voornamelijk lid 2 van) art. 5:16 BW dergelijke complexe verhoudingen voorkomt door de eigendom toe te wijzen aan één persoon.¹⁸¹ Als een zaak wordt gevormd uit honderden onderdelen die toebehoren aan verschillende leveranciers en deze allemaal hebben bedongen dat de nieuwe zaak (uitsluitend) ten behoeve van hen wordt gevormd, ontstaat een probleem bij de eigendomstoewijzing. Denkbaar is – deze methode volgt het Duitse recht – dat een dergelijke samenloop van zaaksvormingsclausules leidt tot mede-eigendom van de verschillende leveranciers. Dit leidt in de eerste plaats tot moeilijkheden omdat zal moeten worden vastgesteld aan wie überhaupt een aandeel in mede-eigendom toekomt, waarvoor zal moeten worden teruggeregpen ‘op iets dat er niet meer is’.¹⁸² Vervolgens zal moeten worden vastgesteld wat de omvang is van de onderscheidene aandelen. Dit blijkt naar Duits recht nog altijd een heikel punt te zijn.¹⁸³

Wanneer dit alles eenmaal is vastgesteld, bestaat er nog een complexiteit bij de uitoefening van de toegekende aanspraken. Hiervoor uitten wij ons hierover reeds kritisch in het kader van de natrekkingsregeling. Partijen zullen tot afspraken moeten komen op welke wijze de executie plaatsvindt. Het eenheidsbeginsel en de ratio daarvan komen bij de acceptatie van dergelijke constructies op de helling te staan. De toekenning van de eigendom aan één persoon leidt weliswaar tot rechtsverlies, maar voorkomt tegelijkertijd dergelijke transactiekosten en leidt tot een hanteerbare regeling. Ook bij zaaksvormingsclausules ten behoeve van afnemers kunnen zich dergelijke problemen voordoen. Wat als een producent ten aanzien van dezelfde zaak tweemaal is overeengekomen dat hij de zaak ten behoeve van een bepaalde afnemer produceert? Het prioriteitsbeginsel geeft in een dergelijk geval geen bevredigende oplossing,¹⁸⁴ terwijl ook het aannemen van mede-eigendom niet doelmatig lijkt. Het alsnog toekennen van de eigendom aan de producent is in een dergelijk geval even-

181 Wichers 2002, p. 184.

182 Wichers 2002, p. 183.

183 Zie over de verschillende wijzen van berekenen Soergel/Henssler 2002, § 950 BGB, Rn. 22 en MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 950 BGB, Rn. 29.

184 In die richting niettemin H.A.G. Fikkers, ‘Gescheurde orchideeën en zaaksvorming’, *WPNR* 1987/5844, p. 535.

min wenselijk, omdat hij daarmee beloond zou worden voor zijn eigen onbehoorlijkheid.

Het voorgaande leert dat het op een abstract niveau weliswaar een aantrekkelijk gedachte lijkt om partijen de vrijheid te laten om te bepalen aan wie de eigendom van de nieuw gevormde zaak wordt toegekend, maar dat de concrete uitwerking gauw tot complicaties lijkt te leiden. Het is om die reden nuttig een blik te werpen op de regeling zoals die is neergelegd in het Draft Common Frame of Reference, omdat daarin de partijautonomie vooropstaat en daaraan ook een concrete uitwerking is gegeven.

6.5 De ruimte voor partijautonomie in het Draft Common Frame of Reference

Art. VIII.-5:101 DCFR stelt voorop dat de gevolgen van zaaksvorming, natrekking en vermenging kunnen worden geregeld door een afspraak tussen partijen. Bij gebreke van een dergelijke afspraak – bijvoorbeeld in het geval dat zaaksvorming plaatsvindt zonder toestemming van de eigenaar – vinden de door het Draft Common Frame of Reference gegeven regels toepassing. De gevolgen van zaaksvorming zijn geregeld in art. VIII.-5:201 DCFR. Wanneer iemand door arbeid een nieuwe zaak vormt uit zaken die toebehoren aan een ander, wordt hij – de zaaksvormer – eigenaar van de nieuwe zaak, tenzij de vormende arbeid van geringe betekenis is. De zaaksvormer wordt evenmin eigenaar wanneer hij te kwader trouw is en de eigenaar geen toestemming heeft gegeven voor de zaaksvorming, tenzij de vormende arbeid van veel grotere waarde is dan de waarde van het gebruikte materiaal, in welk geval de eigendom toch wordt toegewezen aan de zaaksvormer te kwader trouw. Het rechtsverlies van de eigenaar wordt gecompenseerd door hem een vordering toe te kennen ter hoogte van de waarde van het materiaal ten tijde van de zaaksvorming, welke vordering is gecureerd door middel van een eesterangs zekerheidsrecht dat van rechtswege komt te rusten op de nieuw gevormde zaak. Een dergelijk zekerheidsrecht heeft daarmee een hogere rang dan een eventueel reeds bij voorbaat gevestigd pandrecht op de nieuwe zaak.

De opstellers van het Draft Common Frame of Reference hebben door middel van deze regeling een redelijke afweging willen maken tussen de

belangen van de oorspronkelijke eigenaar en de zaaksvormer.¹⁸⁵ De oplossing waarbij de volledige eigendom wordt toegekend aan de zaaksvormer en de oorspronkelijke eigenaar slechts een zekerheidsrecht verkrijgt op de nieuw gevormde zaak heeft de voorkeur gekregen boven een oplossing waarbij mede-eigendom ontstaat. Het voordeel van de gekozen oplossing is, aldus de opstellers, dat dit het best tegemoetkomt aan de verschillende belangen. De oorspronkelijke eigenaar heeft slechts belang dat zijn waardeverlies wordt gecompenseerd, terwijl de zaaksvormer ook belang heeft bij de nieuw gevormde zaak zelf. Daarnaast voorkomt deze constructie complexe verhoudingen die het gevolg zouden zijn van de mede-eigendomsconstructie. Een derde die de zaken wil verwerven, hoeft slechts afspraken te maken met de zaaksvormer.

De gekozen regeling blijft ook van belang, wanneer partijen ervan willen afwijken. Aan de hand van de gevolgen die zaaksvorming volgens art. VIII.-5:201 DCFR zou hebben, moet namelijk worden bepaald *welke* partijen een afwijkende regeling kunnen treffen. Dit zijn degenen wier eigendomsrechten zijn tenietgegaan door de zaaksvorming – dat wil zeggen: de eigenaars van de oorspronkelijke zaken – en degene aan wie op grond van het artikel de eigendom van de nieuw gevormde zaken wordt toegewezen.¹⁸⁶ Deze partijen zijn betrokken bij de zaaksvorming omdat de wettelijke regeling hun een goederenrechtelijk aanspraak toekent indien niet van de regeling wordt afgeweken: eerstgenoemden in de vorm van een zekerheidsrecht en laatstgenoemde in de vorm van het eigendomsrecht. Een afwijking vereist derhalve de instemming van deze betrokkenen, omdat hun positie daarbij in het geding is. De zaaksvormer kan dus niet met een derde afspraken maken over de zaaksvorming, omdat hij daarmee in feite het ontstaan van de goederenrechtelijke aanspraken van de oorspronkelijke eigenaars zou kunnen dwarsbomen.

Een afwijking van de reguliere bepalingen door middel van een contract kan dus slechts worden bewerkstelligd door 'those who would otherwise be affected in their proprietary positions'.¹⁸⁷ Een dergelijke oplossing leidt ertoe dat er geen botsende afspraken kunnen bestaan en komt bovendien tegemoet aan het hiervoor genoemde bezwaar dat partijafspraken

185 Zie Von Bar & Clive 2009, p. 5067-5072 voor de verschillende overwogen alternatieven.

186 Von Bar & Clive 2009, p. 5040.

187 Von Bar & Clive 2009, p. 5040.

kunnen leiden tot een onwenselijke complexiteit aan eigendomsverhoudingen. Omdat partijen zelf een regeling treffen, is het probleem van onoverzichtelijke eigendomsverhoudingen niet aan de orde en bestaat ook niet het bezwaar dat transactiekosten worden veroorzaakt omdat de rechthebbenden tot afspraken moeten komen over de uitoefening van rechten. Wanneer partijen een afwijkende regeling treffen, worden deze afspraken bij voorbaat gemaakt. Partijen zullen dan zelf complexe eigendomsverhoudingen voorkomen of, wanneer zij bijvoorbeeld toch voor een mede-eigendomsconstructie opteren, ervaren de door hen gemaakte keuze kennelijk niet als problematisch, bijvoorbeeld door ook reeds afspraken te maken over de omvang van de verschillende aandelen en de wijze van afwikkeling.

Ook deze oplossing is in de praktische uitwerking evenwel niet zaligmakend. De afwijking van de gewone bepalingen veronderstelt de medewerking van *alle* betrokkenen. Hoe deze regel verder uitwerkt, komt in de toelichting bij het Draft Common Frame of Reference niet aan de orde. Het probleem is dat, in ieder geval voor de eigenaars van de zaken die worden verwerkt, lang niet altijd duidelijk zal zijn uit welke zaken een nieuwe zaak wordt gevormd. Als een zaak wordt gevormd uit een grote hoeveelheid zaken, die alle toebehoren aan verschillende eigenaars, dient een afspraak te worden gemaakt tussen de zaaksvormer en alle eigenaars. Deze regeling lijkt tot gevolg te hebben dat wanneer de medewerking van één van de betrokken oorspronkelijke eigenaars ontbreekt, bijvoorbeeld omdat niet duidelijk was dat diens zaken ook zouden worden gebruikt, de contractuele afspraak alsnog geen effect sorteert, omdat het de overige betrokken partijen niet vrijstaat een regeling te treffen buiten de medewerking van de desbetreffende eigenaar. Het ontbreken van medewerking van één van de betrokkenen frustreert derhalve alsnog de werking van een dergelijke partijafpraak.

Aangezien het niet ondenkbaar is dat dit het geval is, omdat niet altijd duidelijk is wiens zaken allemaal bij de zaaksvorming worden gebruikt, bestaat ook hier het gevaar van rechtsonzekerheid: partijen menen een contractuele regeling getroffen te hebben, maar uiteindelijk is daarvan geen sprake. Zo hadden Breda en Antonius ook onder de gelding van het Draft Common Frame of Reference geen afwijkende afspraak kunnen maken over de gevolgen van zaaksvorming omdat de door Breda aan Antonius ter beschikking gestelde materialen tevoren door Breda fiduciair

waren overgedragen aan de bank.¹⁸⁸ Een afwijkende partijafpraak had dan dus slechts kunnen worden getroffen tussen de bank aan wie de materialen toebehoorden en degene die moest worden aangemerkt als zaaksvormer. Ook op grond van het Draft Common Frame of Reference zou dat diegene zijn die beslissende invloed heeft over het productieproces en het risico draagt.¹⁸⁹

Een contractuele afspraak die de gevolgen van zaaksvorming beheerst, kan derhalve slechts een functie vervullen in het geval van meer eenvoudige productieprocessen, waarbij zaken worden verwerkt tot een nieuwe zaak die aan slechts een beperkt aantal personen toebehoren. Dat veronderstelt echter wel dat er duidelijkheid bestaat over de vraag aan wie de zaken toebehoren en wie als zaaksvormer heeft te gelden op grond van de wettelijke regeling. Het gaat dan met name om loonfabricagevallen waarin uit door de eigenaar ter beschikking gestelde materialen nieuwe zaken worden gevormd, terwijl degene die deze zaken vormt als zaaksvormer is aan te merken op grond van de wettelijke regeling. Men denke aan het klassieke geval waarin iemand uit een aan hem toebehorende lap stof door een kleermaker een maatpak laat maken.

Indien een partijafpraak geen effect sorteert, omdat niet alle belanghebbenden bij de afspraak betrokken waren, worden de gevolgen van zaaksvorming beheerst door art. VIII.-5:201 DCFR. Het mislukken van een partijafpraak heeft naar het Draft Common Frame of Reference daarmee minder fatale consequenties, omdat op grond van de 'default rule' ook alle betrokkenen een goederenrechtelijke aanspraak krijgen met betrekking tot de nieuwe zaak. De eigenaars van de gebruikte zaken worden gecompenseerd door middel van een zekerheidsrecht, dat hun vordering tot vergoeding van de waarde verzekert en de zaaksvormer verwerft de eigendom van de nieuw gevormde zaak. Het eigenlijke bezwaar tegen de Nederlandse regeling is dan ook vooral gelegen in het feit dat de werking

188 We gaan er daarbij aan voorbij dat een dergelijke fiduciaire overdracht volgens art. IX.-1:102(3) DCFR zou worden aangemerkt als de vestiging van een zekerheidsrecht, waardoor Breda wél als eigenaar zou hebben te gelden. Wanneer Breda namelijk vervolgens ook zou zijn aan te merken als zaaksvormer, omdat zij het risico droeg en beslissende invloed had over de wijze van produceren, is er evenmin ruimte voor een partijafpraak. Breda is dan namelijk de enige betrokkene. Een afspraak tussen Breda en Antonius die de strekking heeft dat de eigendom van de zaken zou toekomen aan Antonius zou in een dergelijk geval neerkomen op 'an ordinary transfer'. Zie Von Bar & Clive 2009, p. 5040-5041.

189 Von Bar & Clive 2009, p. 5062-5063.

van art. 5:16 BW te rigide is. Weliswaar zou de ruimte voor partijafspraken de bezwaren tegen deze rigiditeit kunnen wegnemen, maar het is de vraag of het, gelet op de hiervoor genoemde bezwaren tegen partijafspraken, niet veeleer gewenst is dat de wettelijke regel zelf wordt aangepast.

6.6 De belangen van de eigenaar en de zaaksvormer afgewogen

Art. 5:16 BW beslecht in de eerste plaats het belangenconflict tussen de eigenaar van het materiaal waaruit een nieuwe zaak wordt gevormd en de degene die de vormende arbeid heeft geleverd.¹⁹⁰ De wetgever heeft dit conflict, zonder daaraan principiële overwegingen te wijden, grotendeels doen uitvallen ten gunste van degene die de vormende arbeid heeft geleverd. Slechts in uitzonderingssituaties wordt de eigendom van de nieuwe zaak toegekend aan de eigenaar van de oorspronkelijke materialen. Het is juist deze digitale benadering van het belangenconflict die niet altijd tot billijke uitkomsten leidt, omdat zij tot gevolg heeft dat de belangen van de eigenaar van de oorspronkelijke materialen veelal volledig worden opgeofferd aan de belangen van de zaaksvormer.

Denkbaar is een andere oplossing, waarbij de nieuwe zaak in mede-eigendom toebehoort aan de eigenaar van de oorspronkelijke zaken en de zaaksvormer, waarbij de omvang van het aandeel wordt bepaald door hun beider bijdrage aan de nieuwe zaak.¹⁹¹ Ons voornaamste bezwaar tegen deze oplossing is dat zij leidt tot complexe rechtsverhoudingen. Art. 5:16 BW beoogt immers niet enkel het belangenconflict tussen de eigenaar en de zaaksvormer te beslechten, maar heeft als tweede doelstelling het voorkomen van complexe eigendomsverhoudingen.¹⁹² Een mede-eigendomsconstructie is in dat verband niet eenvoudig hanteerbaar, omdat zij, vooral wanneer een veelheid aan partijen betrokken is, leidt tot transactiekosten. De toekenning van mede-eigendom is immers nooit een eindstation omdat partijen er uiteindelijk baat bij hebben dat de gehele eigendom bij een partij komt te rusten, zodat de zaak verhandel-

190 Wichers 2002, p. 177-188. Zie voor het Duitse recht Soergel/Henssler 2002, § 950 BGB, Rn. 1 en MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 950 BGB, Rn. 2.

191 Zoals bijv. het Oostenrijkse recht in § 415 ABGB, waarover met verdere verwijzingen Schwimman & Kodek/Klicka & Reidinger 2012, § 415 ABGB, Rn. 3-5.

192 Wichers 2002, p. 176. Vgl. ook Staudinger/Wiegand 2011, § 950 BGB, Rn. 6 en MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 950 BGB, Rn. 1.

baar wordt. Daarvoor is noodzakelijk dat het gemeenschappelijk goed door verdeling aan een van de mede-eigenaars wordt toebedeeld.¹⁹³ Daarbij komt dat een mede-eigendomsconstructie veelal ook in ander opzicht niet opportuun is. Het is veelal de zaaksvormer die een daadwerkelijk belang heeft bij de zaak zelf, terwijl de oorspronkelijke eigenaars veelal enkel geïnteresseerd zijn in compensatie voor het verlies van hun eigendomsrecht.¹⁹⁴ Zo zal de koper onder eigendomsvoorbehoud de nieuw gevormde zaak willen en kunnen vervreemden aan afnemers, terwijl de verkoper er slechts belang bij heeft dat hij vervangende zekerheid verkrijgt. Zijn bedrijfsactiviteiten zullen bovendien in de regel niet zijn toegesneden op de vervreemding van de nieuw gevormde zaken.¹⁹⁵

Naar onze mening komt het Draft Common Frame of Reference tot een meer evenwichtige regeling, waarin enerzijds aan de hiervoor genoemde bezwaren tegemoet wordt gekomen en anderzijds de belangen van de oorspronkelijke eigenaars niet volledig uit het oog worden verloren. Zoals reeds aan de orde kwam, komt deze regeling erop neer dat de eigendom wordt toegewezen aan de zaaksvormer, terwijl de belangen van de oorspronkelijke eigenaars worden gewaarborgd door aan hen een zekerheidsrecht toe te kennen, dat een vordering tot vergoeding van de waarde verzekert. Aan deze regeling ligt ten grondslag dat zij leidt tot heldere verhoudingen, omdat de eigendom wordt toegekend aan een van de betrokkenen. Aangezien de zaaksvormer gewoonlijk ook belang heeft bij de zaak zelf, wordt de eigendom aan hem toegewezen, terwijl de betrokken belangen van de oorspronkelijke eigenaars worden gewaarborgd door hen te compenseren voor het eigendomsverlies.¹⁹⁶

Daaraan kan worden toegevoegd dat door deze oplossing niemand wordt benadeeld. De oorspronkelijke eigenaars behouden de economische waarde van de oorspronkelijke zaken in de vorm van een gecureerde aanspraak tot vergoeding van de waarde van de oorspronkelijke zaken, terwijl de zaaksvormer het surplus verwerft, dat de vormende arbeid representeert. Aldus wordt voorkomen dat de door de oorspronkelijke eigenaars verschaft waarde toekomt aan de zaaksvormer en diens schuldeisers, hetgeen niet gerechtvaardigd is, omdat de zaaksvorming enkel

193 Vgl. Von Bar & Clive 2009, p. 5069.

194 Von Bar & Clive 2009, p. 5069 en p. 5071.

195 Verheul 2014, p. 525-526.

196 Zie Von Bar & Clive 2009, p. 5067-5072.

kon plaatsvinden door de inbreng van de eigenaars van de oorspronkelijke zaken. Een toekenning van de waarde van die zaken aan de zaaksvormer en diens schuldeisers, waaronder in het bijzonder de kredietverschaffende bank, zou neerkomen op een *unjustified windfall*.¹⁹⁷ Het is om die reden ook gerechtvaardigd dat deze zekerheidsrechten de hoogste rang hebben en voorgaan boven eerdere bij voorbaat gevestigde zekerheidsrechten op de zaak. Wij zouden deze oplossing derhalve willen voorstellen als nieuw art. 5:16 BW.

Een laatste kwestie betreft de vraag naar de hoogte van de vordering van de oorspronkelijke eigenaar op de zaaksvormer, die door een pandrecht wordt gecureerd. Nu in het door ons voorgestelde systeem de continuïteit vooropstaat, in die zin dat de eigenaar, zij het in andere vorm, gerechtigd blijft tot de waarde van de oorspronkelijke zaken, wordt de hoogte van de vordering bepaald door de waarde van de oorspronkelijke zaak ten tijde van de zaaksvorming.¹⁹⁸ Dit heeft bovendien tot gevolg dat de meerwaarde die de vormende arbeid in de regel zal opleveren, toekomt aan de zaaksvormer en diens schuldeisers. Dit achten wij gerechtvaardigd vanwege het feit dat de zaaksvormer de inspanning heeft geleverd en het economisch risico draagt.¹⁹⁹

Naar het huidige Nederlandse recht wordt de vergoedingsvordering van de oorspronkelijke eigenaar bepaald door de regels van ongerechtvaardigde verrijking (en eventueel de onrechtmatige daad).²⁰⁰ Wij menen dat de berekening van de hoogte van de vordering volgens dat leerstuk minder is aangewezen, omdat de omvang van de vordering is beperkt tot het bedrag van de verrijking van de zaaksvormer (art. 6:212 lid 2 BW). Wanneer de verrijking derhalve minder groot is dan de verarming, komt dat in het huidige systeem voor risico van de oorspronkelijke eigenaar. Wij menen dat dit risico van een onsuccesvolle productie – wanneer de waarde van de nieuwe zaak de waarde van de oorspronkelijke zaken niet

197 Vgl. Von Bar & Clive 2009, p. 5159.

198 Zie ook voor het Draft Common Frame of Reference Von Bar & Clive 2009, p. 5052 die opmerken dat dit aansluit bij de gedachte 'that economically each party should in general keep what that party contributed'. Zie voor het Duitse recht Staudinger/Gursky 2011, § 951 BGB, Rn. 31-34 en MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 951 BGB, Rn. 24-25.

199 Vgl. Von Bar & Clive 2009, p. 5073-5074.

200 Zie o.m. TM en VV II, *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 112-114 en Wichers 2002, p. 310-311.

overstijgt – voor risico moet komen van de zaaksvormer en diens schuldeisers.²⁰¹

7 Het lot van beperkte rechten

7.1 De regel uit *Zalco III*

In het huidige recht ontbreekt een uitdrukkelijke regeling over het lot van beperkte rechten op zaken die bij natrekking, vermenging of zaaksvorming worden betrokken. Dit manco is door de Hoge Raad in belangrijke mate goedge maakt in *Zalco III*.²⁰² Het betrof daar een vermengingscasus. Aluminium dat vóór de faillietverklaring door Zalco was geproduceerd én verpand aan Glencore raakte na (0.00 uur van de dag van) faillietverklaring vermengd met nieuw geproduceerd, onverpand aluminium. Het oude én het nieuwe aluminium behoorde toe aan Zalco, degene die beide hoeveelheden aluminium voor zichzelf vormde. Art. 5:15 (jo. art. 5:14) BW was dus strikt genomen niet van toepassing, waar dit ziet op zaken die aan *verschillende* eigenaars toebehoren. Toch dient dat ook te worden toegepast indien de zaken aan dezelfde eigenaars toebehoren: de Hoge Raad overweegt in r.o. 3.7.2 dat dat in het cassatiemiddel *terecht* niet wordt bestreden.

Het artikel rept evenmin van beperkte rechten die op de desbetreffende zaken rusten, maar toch wijst het ook hier de weg. Terecht, want waar de eigendom van de oorspronkelijke zaken rechtvaardigt dat (een aandeel in) de eenheidszaak aan die desbetreffende eigenaar wordt toegewezen, rechtvaardigt een pandrecht – in ons systeem een uit die eigendom afgeleid recht – dat een pandrecht op dat aandeel aan de pandhouder wordt toegewezen.²⁰³ Rust het pandrecht op de hoofdzaak, dan zal het zich uitstrekken over de gehele eenheidszaak, zoals het eigendomsrecht van de eigenaar van de hoofdzaak dat ook doet. Rust het pandrecht op een naar

201 Von Bar & Clive 2009, p. 5073-5074.

202 HR 14 augustus 2015, *JOR* 2015/252 (*Zalco III*).

203 Zie E.F. Verheul, 'HR 14 augustus 2015 (*Zalco*): geen kwestie van zaaksverving', *WPNR* 2015/7078, p. 835-836. Vgl. MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 949 BGB, Rn. 1: 'Da Belastungen eine Abspaltung aus dem Eigentum sind, teilen die Lasten das Schicksal des Eigentums.'

de hoofdzaak nagetrokken zaak, dan verdwijnt het, met het eigendomsrecht. Is er sprake van natrekking zonder hoofdzaak, dan komt een nieuw pandrecht te rusten op een aandeel in de eenheidszaak, naar we mogen aannemen overeenkomend met de waarde van de oorspronkelijk verpande zaak en de rang van het oorspronkelijke pandrecht.

Deze beslissing komt, zoals hierna aan de orde komt, overeen met de regel in de in dit onderzoek betrokken landen, die wel een expliciete regeling van deze materie in de wet hebben neergelegd. Wij achten deze regel bevredigend en juist, althans voor het geval dat daar aan de orde was. Het ligt voor de hand deze neer te leggen en uit te werken in een nieuw Boek 5, met inachtneming van de wijzigingen ten opzichte van het huidige stelsel die wij hiervoor bepleitten.

7.2 Het BGB en het Draft Common Frame of Reference

In Duitsland geeft § 949 BGB een regel in dezelfde lijn als *Zalco III*:

“Erlischt nach den §§ 946 bis 948 das Eigentum an einer Sache, so erlöschen auch die sonstigen an der Sache bestehenden Rechte. Erwirbt der Eigentümer der belasteten Sache Miteigentum, so bestehen die Rechte an dem Anteil fort, der an die Stelle der Sache tritt. Wird der Eigentümer der belasteten Sache Alleineigentümer, so erstrecken sich die Rechte auf die hinzutretende Sache.”

Deze bepaling knoopt – net als *Zalco III* – aan bij het al dan niet verwerven van de (mede)eigendom van de eenheidszaak door de oorspronkelijke eigenaren.²⁰⁴ In zoverre zij (mede-)eigendom verkrijgen, is (hun aandeel in) die eigendom belast met dezelfde, zij het opnieuw toegekende beperkte rechten als op de oorspronkelijke zaken bestonden.

Dat is ook de benadering in het Draft Common Frame of Reference, althans wat vermenging betreft. Art. IX.–2:309(1) bepaalt voor die situatie:

²⁰⁴ Zie de vorige noot.

Eigendom roerende zaken, m.n. origineire wijzen eigendomsverkrijging 7.3

"Where encumbered goods are commingled in such a way that it is impossible or economically unreasonable to separate the resulting mass or mixture into its original constituents, but it is possible and economically reasonable to separate the mass or mixture into proportionate quantities, the security rights that had encumbered the goods continue as encumbrances of the rights which the former owners of the goods have in the resulting mass or mixture by virtue of VIII.-5:202 (Commingling) paragraph (1)); this encumbrance is limited to a share proportionate to the value of the respective goods at the moment of commingling."

De rechtvaardiging is vergelijkbaar. De (mede-)eigendom van de eenheidszaak wordt gelijkgesteld met de eigendom van de oorspronkelijke zaken:²⁰⁵

"This result is justified by the fact that despite the changed form (from asset to share), in essence there is full identity of the encumbered objects before and after commingling. This identity of the objects justifies the identity of the legal status before and after commingling."

In deze benadering betekent het einde van het oorspronkelijke eigendomsrecht zonder dat daarvoor een nieuwe (aandeel in de) eigendom voor in de plaats komt het einde van de op de oorspronkelijke zaken rustende beperkte rechten. Aldus vloeit voort uit *Zalco III* en aldus bepaalt § 950 Abs. 2 BGB:

"Mit dem Erwerb des Eigentums an der neuen Sache erlöschen die an dem Stoffe bestehenden Rechte."

7.3 Het doortrekken van de hiervoor voorgestelde regel

Hiervoor in par. 4-6 bepleitten wij dat ook bij natrekking, vermenging of zaaksvorming de eigenaar wiens eigendom verloren gaat een pandrecht krijgt op de eenheidszaak. Dat roept de vraag op naar de gevolgen voor

²⁰⁵ Von Bar & Clive 2009, p. 5471.

de situatie dat de oorspronkelijke zaak was belast met een beperkt recht. Wij menen dat in dat geval het pandrecht eerst tot zekerheid dient te strekken voor degene met het beperkte recht, naar gelang de tegenwerpbaarheid van dat beperkte recht aan de overige betrokkenen. Immers, de eigenaar (en eventuele andere, lager gerangschikte beperkt gerechtigden) zouden het oorspronkelijke beperkte recht ook tegen zich moeten laten gelden en het ligt voor de hand dat zij dan ook de (hoger gerangschikte) beperkt gerechtigde moeten laten voorgaan bij het pandrecht op de eenheidszaak dat in de plaats komt van de zaak die naar die eenheidszaak is nagetrokken. Het alternatief zou zijn dat de eigenaar of diens schuldeisers een *windfall* – van het ongerechtvaardigde soort – zouden ontvangen omdat die eigenaar in plaats van zijn 'uitgehohde' eigendom op de zaak een goederenrechtelijke aanspraak voor de volledige waarde op de eenheidszaak zou krijgen.

Het is denkbaar dat de beperkt gerechtigde die zijn recht verliest een eigen vordering verkrijgt op de eigenaar van de eenheidszaak gesecureerd door een pandrecht op de eenheidszaak. Dat zou recht doen aan de zelfstandige positie die hij heeft, een positie die hij aan eenieder – inclusief de eigenaar van de geïncorporeerde zaak – kan tegenwerpen. Een dergelijk systeem zou evenwel gecompliceerde vragen oproepen naar de verhouding tussen de vordering met het daaraan verbonden pandrecht van de beperkt gerechtigde en die van de eigenaar, alsmede – ingeval het een pandrecht op de geïncorporeerde zaak betreft – de verhouding tot de vordering op de eigenaar van de geïncorporeerde zaak.

We bepleiten daarom een overzichtelijker systeem, dat bovendien geen nadere wijziging in Boek 5 vereist omdat het al besloten ligt in het huidige Boek 3. De pandhouder krijgt immers volgens art. 3:229 BW een vervangingspandrecht op hetgeen voor de oorspronkelijke zaak in de plaats komt. De vordering die de eigenaar van de geïncorporeerde zaak in het hier voorgestane systeem krijgt toegekend, is zo'n goed dat voor de oorspronkelijke zaak in de plaats treedt. De pandhouder zal het aan de vordering van de eigenaar verbonden pandrecht kunnen uitoefenen, althans indien hij mededeling van zijn pandrecht doet.²⁰⁶

206 Zie HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3619 (*ABN AMRO Bank/Aanemersbedrijf Marell*). Vgl. voor derdenbeslag op een door een pandrecht gesecureerde vordering HR 11 maart 2005, *NJ 2006/ 362* (*Coöperatieve Centrale Raiffeisen Boerenleenbank/Stormpolder Vastgoed*).

lets soortgelijks geldt voor een op de oorspronkelijke zaak rustend vruchtgebruik. Op grond van art. 3:213 BW strekt dit zich uit tot de vordering die de eigenaar verkrijgt. Hij zal in de regel volgens art. 3:210 BW bij uitsluiting bevoegd zijn de desbetreffende vordering te innen en in dat verband ook het pandrecht dat deze vordering secureert kunnen uitoefenen.

Dat de beperkte gerechtigden niet een rechtstreekse goederenrechtelijke aanspraak op de eenheidszaak verkrijgen, maar een 'via' de (vordering van de) (voormalig) eigenaar van de geïncorporeerde zaak uit te oefenen pandrecht kunnen uitoefenen, maakt hun positie zwakker. Die eigenaar, tevens schuldeiser en pandhouder van de eigenaar van de eenheidszaak, is weliswaar (na mededeling) niet inningsbevoegd maar kan nog wel afstand van diens vordering doen, een betalingsregeling treffen enzovoort.²⁰⁷ Maar dat betreft een algemeen probleem bij een pandrecht op vordering, dat voortvloeit uit het feit dat het een beperkt recht is dat is afgeleid uit een meeromvattend recht. Wanneer men dat wenst op te lossen, dient dat in titel 3.9 BW te gebeuren.²⁰⁸

Voor de onderlinge rangorde ingeval er verscheidene beperkte rechten op de geïncorporeerde zaken rusten, ligt het voor de hand aan te knopen bij de rangorde tussen die oorspronkelijke beperkte rechten.

De benadering van het Draft Common Frame of Reference is een andere. Die kent in gevallen van 'production' of 'combination' niet van rechtswege een aanspraak toe aan een degene met een beperkt (zekerheids) recht. Dat werd 'inequitable' geacht tegenover de zekerheidsgever en diens schuldeisers.²⁰⁹ Immers:

"these products cannot be regarded merely as replacements of the assets that were originally encumbered without any value being added. Instead, the products are the result not only of the original encumbered material used in the process of the production, but also of work by the producer and possibly of other assets that have been used for the production as well."

207 HR 21 februari 2014, NJ 2015/82 (*Immun'âge Europe/Neo-River*).

208 Wij laten daar dat ook onder het huidige systeem met een wat minder restrictieve toepassing van de actio Pauliana als in het in de vorige voetnoot genoemde zaak een bevredigender resultaat te bereiken is.

209 Zie Von Bar & Clive 2009, p. 5462 ('production') en p. 5463 ('combination').

Dat geldt ook voor 'combination':²¹⁰

"Also in this situation, value has been added to the original collateral so that it would be inequitable to extend the original security in the assets that were used for the combination into the new combined goods or into the secured right to payment for the value of the lost material if there is no party agreement to this effect."

Geen van rechtswege toekennen van aanspraken derhalve. In plaats daarvan wordt het in art. IX.-2:307 aan de partijautonomie overgelaten.

Wij menen dat het Draft Common Frame of Reference hier inconsequent is. De eigenaar van de desbetreffende zaken krijgt immers een pandrecht op de eenheidszaak toegekend; ook al is die niet slechts een 'replacement' van diens zaak, maar mede het resultaat van de arbeid van de vormer en andere zaken. Het valt niet goed in te zien waarom andere partijen met een goederenrechtelijk recht in de desbetreffende zaken met lege handen zouden moeten staan. Zoals de eigendom van de oorspronkelijke zaken rechtvaardigt dat een goederenrechtelijke aanspraak op de eenheidszaak wordt verkregen, moeten ook de rechthebbenden van deze andere uit de eigendom afgeleide rechten een goederenrechtelijke aanspraak kunnen doen gelden. Dat geschiedt in het hier voorgestane systeem 'via' de geseceerde vordering van de eigenaar.

Misschien vreesden de 'drafters' dat partijen met een ondergeschikt (zekerheids)belang een te vergaande aanspraak in de eenheidszaak zouden verkrijgen. Daarvan is echter in het door ons verdedigde systeem geen sprake, omdat de beperkt gerechtigden niet meer rechten kunnen uitoefenen dan de eigenaar. Alle goederenrechtelijke rechthebbenden op de geïncorporeerde zaak, hebben tezamen niet meer dan een aanspraak op de waarde van de oorspronkelijke zaak, waardoor van een verdergaande aanspraak, die de eigenaar van de zaak waarop het pandrecht rust en diens overige schuldeisers zou kunnen benadelen, geen sprake kan zijn.

210 Zie Von Bar & Clive 2009, p. 5463. Strikt genomen, zou hieruit en uit de tekst van het hierna te citeren art. IX.-2:307(2) voortvloeien dat ook het zekerheidsrecht op de hoofdzaak niet leidt tot een zekerheidsrecht op de eenheidszaak, maar dat zal wel niet bedoeld zijn.

8 Tot slot

Het huidige recht inzake origineire verkrijging en verlies van goederenrechtelijke streeft vooral naar eenvoudige rechtsverhoudingen en waardebehoud. De prijs die daarvoor wordt betaald, is dat bestaande goederenrechtelijke rechten gemakkelijk tenietgaan, een prijs die vooral wordt betaald door leveranciers met een eigendomsvoorbehoud. Een heroverweging van de huidige regeling in het licht van de ontwikkelingen sinds het in werking treden van Boek 5 leidt ons tot de conclusie dat er reden is de continuïteit van goederenrechtelijke rechten op te waarderen. De rechtsvergelijking met België, Duitsland en Frankrijk, alsmede het Draft Common Frame of Reference laat zien dat een andere uitkomst van de afweging mogelijk en gebruikelijk is.

Geen van de goederenrechtelijke beginselen die in het geding zijn, staan daaraan in de weg. De betrokkenheid van een veelheid van derden, is over het algemeen louter theoretisch. Realiter gaat het in de bulk van de gevallen om het belang van pandhouders tegenover dat van leveranciers. Wij stellen niet voor de mogelijkheid van rechten op zaken ongewijzigd te laten voortbestaan, nadat deze zijn geïncorporeerd of geïntegreerd in een eenheidszaak – hoewel de andere onderzochte rechtstelsels laten zien dat dat geenszins een onbegaanbare weg is – maar om de eigenaar van de oorspronkelijke zaken een pandrecht te geven op de eenheidszaak. Op deze wijze worden – net als onder het huidige recht – ingewikkelde eigendomsverhoudingen voorkomen en is er doorgaans één eigenaar die, mede door de in het handelsverkeer gebruikelijke bevoegdheidsclausules, over de eenheidszaak kan beschikken, maar ingeval het tot een faillissement komt, profiteert de eigenaar van de bijzondere zaken toch van een goederenrechtelijke positie.

Op deze wijze wordt een evenwichtiger resultaat bereikt tussen de eigenaars van de oorspronkelijke zaken – met name leveranciers – en pandnemers, een evenwicht dat wetgever én Hoge Raad zochten, maar dat in de ontwikkelingen van de afgelopen decennia achter de horizon is verdwenen.

Artikel 14

“1. De eigendom van een roerende zaak die Ingeval een roerende zaak een bestanddeel wordt van een andere roerende zaak die als hoofdzaak is aan te merken, gaat over aan de eigenaar van deze hoofdzaak strekt de eigendom van deze hoofdzaak zich uit tot dat bestanddeel.

2. Indien geen der zaken als hoofdzaak is aan te merken en zij toebehooren aan verschillende eigenaars, worden deze mede-eigenaars van de nieuwe zaak, ieder voor een aandeel evenredig aan de waarde van de zaak. *Beperkte rechten die op de oorspronkelijke zaken rustten, rusten op het daarmee corresponderende aandeel in de nieuwe zaak.*

3. Als hoofdzaak is aan te merken de zaak ~~waarvan de waarde die van de andere zaak aanmerkelijk overtreft~~ of die volgens verkeersopvatting als zodanig wordt beschouwd."

Artikel 15

"Worden roerende zaken die aan verschillende eigenaars toebehooren door vermenging tot één zaak verenigd, dan is het vorige artikel van overeenkomstige toepassing. *Hetzelfde geldt voor het door elkaar geraken van niet of niet tegen redelijk kosten te onderscheiden zaken.*"

Artikel 16

~~"1. Indien iemand uit een of meer roerende zaken een nieuwe zaak vormt, wordt deze eigendom van de eigenaar van de oorspronkelijke zaken. Behoorden deze toe aan verschillende eigenaars, dan zijn de vorige twee artikelen van overeenkomstige toepassing.~~

~~2. Indien iemand voor zichzelf een zaak vormt of doet vormen uit of mede uit een of meer hem niet toebehorende roerende zaken, wordt hij eigenaar van de nieuwe zaak, tenzij de kosten van de vorming dit wegens hun geringe omvang niet rechtvaardigen.~~

~~3. Bij het verwerken van stoffen tot een nieuwe stof of het kweken van planten zijn de vorige leden van overeenkomstige toepassing.~~

Indien iemand voor zichzelf een zaak vormt of doet vormen, wordt hij eigenaar van de nieuw gevormde zaak, tenzij de waarde van de vorming in verhouding tot de waarde van de gebruikte zaken dit wegens de geringe omvang niet rechtvaardigt."

Artikel 16a

"1. *Wie op grond van de artikelen 14 tot en met 16 zijn eigendom verliest, kan van degene, die krachtens die bepalingen eigenaar is geworden, vergoeding van de waarde van de oorspronkelijke zaak verlangen.*

2. *Deze vordering is van rechtswege verzekerd door een pandrecht op de nieuwe of nieuw gevormde zaak. Dit pandrecht gaat boven ieder ander pandrecht op de zaak.*

Eigendom roerende zaken, m.n. origineire wijzen eigendomsverkrijging

3. Indien het in het lid 1 bedoelde eigendomsverlies in geval van artikel 14 niet door de eigenaar van de hoofdzaak is teweeg gebracht, wordt de omvang van de vordering bepaald overeenkomstig artikel 212 van Boek 6.”

In de voetnoten verkort aangehaalde literatuur

Aynès & Crocq 2013

L. Aynès & P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, Paris: LGDJ 2013.

Von Bar & Clive 2009

C. von Bar & E. Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, München: Sellier 2009.

Bartels 2007.

S.E. Bartels, 'Eigendomsvoorbehoud en zaaksvorming', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Fiduciaire verhoudingen*, Deventer: Kluwer 2007.

Beekhuis 1972.

J.H. Beekhuis, 'Zaaksbestanddelen naar bestaand en wordend recht', in: C.H. Beekhuis e.a., *Van Opstall-bundel*, Deventer: Kluwer 1972.

Cabrillac e.a. 2010

M. Cabrillac e.a., *Droit des sûretés*, Paris: Lexis Nexis Litec 2010.

Dirix 2008

E. Dirix, 'Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten', in: H. Bocken e.a., *Bijzondere overeenkomsten*, Mechelen: Kluwer 2008.

Fesevur 2001

J.E. Fesevur, 'Teixeira revisited', *NTBR* 2001.

Fikkers 1999

H.A.G. Fikkers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

Florijn 1994

E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Maastricht: Universitaire Pers 1994.

Lieder 2015

J. Lieder, *Die rechtsgeschäftliche Sukzession*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015.

Perochon 1988

F. Perochon, *La réserve de propriété*, Paris: Litec 1988.

Ploeger 1997

H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012

W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Sagaert 2003a

V. Sagaert, *Zakelijke subrogatie* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2003.

Sagaert 2003b

V. Sagaert, 'Het "in natura"-vereiste bij eigendomsvoorbehoud: de gevolgen van bewerking, vermenging en wederverkoop', *TBH* 2003.

Sagaert, Tilleman & Verbeke 2007

V. Sagaert, B. Tilleman & A. Verbeke, *Vermogensrecht in kort bestek. Goederen- en bijzondere overeenkomstenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2007.

Sagaert 2014

V. Sagaert, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht. V. Goederenrecht*, Mechelen: Kluwer 2014.

Eigendom roerende zaken, m.n. originele wijzen eigendomsverzekering

Smelt 2003

A.A.J. Smelt, 'Oneigenlijke vermenging en het individualiseringsvereiste', AA 2003.

Snijders & Rank-Berenschot 2012

H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Spath 2010

J.B. Spath, *Zaakvervanging* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

Van der Steur 2003

J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

Storme 1992

M.E. Storme, 'Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud: een poging tot systematisatie', in: H. Casman e.a., *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit*, Antwerpen: Kluwer 1992.

Storme 2010

M.E. Storme, *Handboek vermogensrecht: Goederen- en insolventierecht. Deel II. Verzekering en verlies van goederen*, Gent-Mariakerke: [s.n.] 2010.

Struycken 2007

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

Suijling 1940

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 5^e stuk. Zakenrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940.

Torck 1996

S. Torck, 'La revendication des choses fongibles', *RRJ* 1996.

Verheul 2014

E.F. Verheul, 'Leverancierszekerheid na zaaksvorming', *WPNR* 2014/7022.

Verheul 2015

E.F. Verheul, 'Eigendomsvoorbehoud, bestanddeelvorming en natrekking', *WPNR* 2015/7053.

Verstijlen 2002

F.M.J. Verstijlen, 'Oneigenlijke vermenging tussen art. 3:109/119 BW en 150 Rv', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002.

Verstijlen 2006

F.M.J. Verstijlen, 'Paritas creditorum, voorrang en preferentie', *TvP* 2006.

Vriesendorp 1999

R.D. Vriesendorp, 'Faillissement en (enkele complicaties door) oneigenlijke vermenging', *TvI* 1999.

Wichers 2002

J.E. Wichers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2002.

Zwitser 1996

R. Zwitser, 'Accessie hier en in het buitenland (I) en (II)', *WPNR* 1996/6210 en 6211.

IV Eigendom van onroerende zaken, met name natrekking (titels 1 en 3)

Flexibele eigendomsverhoudingen in het vastgoedrecht

Mr. A.J. Mes, prof. mr. H.D. Ploeger en mr. B.A.M. Janssen

1 Inleiding

1.1 Opbouw van het preadvies, rolverdeling en suggesties vanuit de notariële praktijk

In par. 1 bespreken wij eerst de uitgangspunten van de huidige regeling van eigendom van onroerende zaken. Vervolgens wordt de blik vooruitgeworpen op de eisen die in onze visie aan titel 5.3 in 2050 worden gesteld. De analyse van de in dat perspectief bestaande knelpunten en de schets van de noodzakelijke aanpassingen vindt vervolgens plaats aan de hand van vier thema's, waarvan de keuze in par. 2 is verantwoord. Deze thema's zijn: circulaire economie (par. 3), meervoudig ruimtegebruik (par. 4), drijvende opstallen (par. 5), en gebruik van de ondergrond voor netwerken en/of WKO-installaties (par. 6). Arie Mes en Hendrik Ploeger zijn eindverantwoordelijk voor de drie eerstgenoemde thema's. Barbara Janssen nam het thema netwerken en WKO-installaties voor haar rekening.¹ Wij besluiten met een nabescherouwing (par. 7), waarin – als aanzet voor een debat dat verder gaat dan dit preadvies – de vraag gesteld wordt of de noodzaak bestaat voor een fundamentele herbezinning op het concept 'eigendom', zoals dat ten grondslag ligt aan het huidige Burgerlijk Wetboek.

Vanuit het notariaat zijn diverse suggesties ontvangen voor wetsvoorstellen die betrekking hebben op dit preadvies. De meeste voorstellen vanuit de notariële praktijk zien op het in par. 6 te behandelen thema van gebruik van de ondergrond voor netwerken en/of WKO-installaties en worden

¹ Wij danken mevr. mr. Hafida Bounjough, jurist te Rotterdam en gastonderzoeker aan de Faculteit Bouwkunde van de TU Delft voor haar ondersteuning.

aldaar genoemd (par. 6.1). Daarnaast is een bijdrage ontvangen over bestanddeelvorming en natrekking in het licht van nieuwe vormen van energievoorziening (G. Mulder en G. van Driel). Dit onderwerp hangt nauw samen met de thema's circulaire economie (par. 3) en meervoudig ruimtegebruik (par. 4).

1.2 Uitgangspunten met oude wortels

Bij het onderzoek naar de mogelijke verbeteringen in titel 5.3 moet het startpunt gevormd worden door de twee uitgangspunten waarop de huidige regeling berust: 1) de verticale natrekking en 2) de numerus clausus.

1.2.1 Verticale natrekking

De omvang van de eigendom van onroerende zaken berust in de kern op de regel van verticale natrekking, ook wel bekend als *superficies solo cedit*: de grondeigenaar is in beginsel ook eigenaar van de met die grond duurzaam verenigde constructies (of zoals de wet het zelf noemt: 'gebouwen en werken', samen te vatten onder het begrip 'opstal' als gebruikt in art. 6:174 BW). In de praktijk is er echter behoefte aan uitzonderingen op de natrekkingsregel, hetzij door de natrekking tussen grond en opstal te doorbreken, hetzij door de onderdelen binnen een opstal af te splitsen. Echter, de partijautonomie is op dit punt behoorlijk aan banden gelegd. Zoals expliciet uit de bewoording van zowel art. 5:3 BW (het eenheidsbeginsel) als art. 5:20 BW (de verticale natrekkingsregel) blijkt, kan in het systeem van het huidige BW alleen een formele wet uitzonderingen op de natrekkingsregels mogelijk maken.

Het bestaan van een dergelijke beperking van de partijautonomie was onder het BW van 1838 nog betwist. Zo werd onder meer door Diephuis verdedigd dat de verticale natrekkingsregel, neergelegd in de toenmalige art. 626, 655 en 656 BW (oud), ondanks de letterlijke tekst van de wet niet meer was dan een vermoeden ten gunste van de eigenaar. De superficies-regel zou dus in het Nederlandse recht net zoals in het Franse recht geïnterpreteerd moeten worden. In art. 552 Code Civil (*'la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous'*), wordt immers in het verlengde van art. 553 Code Civil niet meer dan een vermoeden van eigendom gelezen. Ook de Hoge Raad heeft dit tot 1903 zo aangeno-

men. Op grond van deze leer, ook wel als de stichtingsleer aangeduid, werd – conform de Franse rechtspraak op dit punt – verondersteld dat het vermoeden van art. 626 BW (oud) weerlegd kon worden als iemand die met toestemming van de grondeigenaar bouwde. Het Arena-arrest van 1903 was echter het keerpunt in dit denken over de natrekkingsregel.² Een huurder van een stuk grond die met toestemming van de verhuurder had gebouwd werd, aldus de Hoge Raad, geen eigenaar van de onroerende constructie (in casu een permanent circusgebouw), nu hem geen ‘zakelijk recht *als dat van opstal* (onze cursivering)’ was verleend. Desondanks leek ook na dit arrest de mogelijkheid van niet expliciet in de wet geregelde uitzonderingen niet geheel uitgesloten, althans er werd in het Bloembollen-arrest van 1937³ wel gelezen dat men onroerende zaken (in casu bloembollen in de grond) zou kunnen leveren aan een derde bij een in de openbare registers ingeschreven akte.⁴ Hoewel reeds betwijfeld kan worden of hiervan in de rechtspraak gebruik van werd gemaakt, werd het rechtswetenschappelijk debat⁵ in elk geval beslecht door de invoering van het nieuwe vermogensrecht en de omschrijving van de verticale natrekkingsregel art. 5:20 lid 1 BW met zijn strikte formulering.⁶ De Hoge Raad bevestigde deze strikte leer nog eens in zijn arrest van 25 oktober 2002.⁷ Aldus werd afwijking van de verticale natrekking via obligatoire afspraken onmogelijk geacht, zelfs als die afspraak (in casu de regeling van de eigendom van grafmonumenten in het reglement van een begraafplaats) de in de praktijk geldende opvattingen weergeeft. Opval-

2 HR 4 december 1903, W.8004.

3 HR 10 december 1937, NJ 1938/335, waarover H.D. Ploeger, *Horizontale splitting van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, nr. 106.

4 Deze o.a. door H. Drion, J. Hijma, M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1991, nr. 22 en 172a verdedigde uitleg van het arrest is echter betwist. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008, nr. 91a leidt uit het arrest juist af dat (fiduciaire) eigendomsoverdracht alleen mogelijk is door het vestigen van een opstalrecht.

5 Zie Ploeger 1997, nr. 97, en de daar genoemde verwijzingen naar de literatuur sinds 1904 en de parlementaire geschiedenis van art. 5:20 BW. Op te merken is dat deze uitdrukkelijke beperking tot wettelijke uitzondering een neerslag lijkt van de reeds door Meijers in zijn noten in het *Weekblad van het Recht* onder de arresten HR 22 augustus 1911 (*Augustinus/Houthandel*) W.9290 en 11 april 1913 (*Kelder*), W.9499, NJ 1913/683 neergelegde opvattingen.

6 Dezelfde strikte formulering kent ook het in art. 5:3 BW neergelegde eenheidsbeginsel.

7 HR 25 oktober 2002, NJ 2003/241 (*St. Barbara/Aartsbisdom Utrecht*).

lend is dat het Nederlandse recht wat de toelaatbaarheid van uitzonderingen op de natrekking bij onroerende zaken betreft, een striktere lijn volgt dan het Duitse recht. Hoewel daar als uitgangspunt geldt dat de verticale natrekking een absolute regel is, gaat § 95 BGB er juist weer van uit dat zaken die slechts voor een tijdelijk doel zijn verbonden met een gebouw niet worden natrokken. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als de huurder iets aanbrengt.⁸ Hetzelfde geldt voor gebouwen of andere werken die met de onroerende zaak zijn verbonden door de gerechtigde van een beperkt zakelijk genotsrecht of op basis van een publiekrechtelijke bevoegdheid (*Sondernutzungsrecht*).⁹ Is sprake van één van de in § 95 BGB genoemde gevallen dan worden deze zaken gekwalificeerd als *Scheinbestandteil*.¹⁰ Hoewel men voor het Nederlandse systeem dus kan spreken van een gesloten stelsel van uitzonderingen op de natrekkingsregels, is opvallend dat sinds de invoering van het nieuwe vermogensrecht in 1992 een behoefte bleek aan het creëren van nieuwe gevallen van horizontale splitsing van eigendom. Meer bepaald gaat het om de afzonderlijke eigendom van netwerken (art. 5:20 lid 2 BW) en grafmonumenten (art. 32a Wet op de lijkbezorging).

1.2.2 Numerus clausus

Natrekking en bestanddeelvorming is dus aan de vrije wil van partijen onttrokken, dat wil zeggen doorbreking van de natrekking is niet uitgesloten, maar partijen kunnen dit slechts binnen de grenzen van de instrumenten die de wet hen aanreikt. Dit laatste kan gezien worden als een toepassing van het tweede uitgangspunt. Bij de vestiging van goederenrechtelijke rechten die rechthebbenden een deel van de eigenaarsbevoegdheden verlenen is de numerus clausus leidend: het aan ons goederenrecht ten grondslag liggende uitgangspunt dat partijen gebonden zijn aan de in de wet geregelde goederenrechtelijke rechtsfiguren en dus niet nieuwe

8 *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Buch 1: Allgemeiner Teil (Staudinger/Jickeli/Stieper)*, München/Berlin: Sellier-de Gruyter 2012, § 95 Rn. 5.

9 *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Buch 1: Allgemeiner Teil (Staudinger/Jickeli/Stieper)*, München / Berlin: Sellier-de Gruyter 2012, § 95 Rn. 18.

10 Waarover verder uitvoerig Richard Giesen, 'Scheinbestandteil; Beginn und Ende', *Archiv für die civilistische Praxis* 202. Bd., H. 4/5 (2002), pp. 689-721.

typen in het leven kunnen roepen of aan bestaande goederenrechtelijke rechten een nieuwe inhoud kunnen geven.¹¹

De actuele discussie of men door middel van erfpacht diverse gebruikers op een stuk grond exclusieve gebruiksrechten kan verlenen op verschillende delen van een gebouw, de zogenaamde 'horizontaal verdeelde erfpacht', moet men in dit licht zien. Deze constructie betreft niet een hoofden ondererfpacht of een stapeling van rechten van erfpacht, maar ziet op het vestigen van verschillende rechten van erfpacht op dezelfde onroerende zaak, waarbij vervolgens in de erfpachtvoorwaarden het genot op een driedimensionale wijze is afgebakend. In die zin biedt de erfpacht meer mogelijkheden dan het opstalrecht, aangezien laatstgenoemd rechtsfiguur enkel kan zien op een gebouw, werk of beplanting en dus niet op een gedeelte van een gebouw. Hoewel de wet op dit punt geen verbod oplegt noch dit expliciet toestaat, verdedigen met name Struycken en Mouthaan dat het vestigen van meerdere erfpachtrechten op dezelfde onroerende zaak onmogelijk is, zelfs als het genot van elke erfpachter ruimtelijk beperkt is. Wij behandelen dit vraagstuk verder in par. 4, en volstaan hier met de vaststelling dat de constructie van horizontaal verdeelde erfpacht het spanningsveld illustreert tussen enerzijds de flexibele aard van het erfpachtrecht en anderzijds het gesloten en meer 'starre' systeem van het goederenrecht.

Een vergelijkbare discussie is mogelijk over het toepassingsbereik van het opstalrecht. Wat kan men nu precies afsplitsen? De begrippen 'gebouw' en 'werk' in art. 5:101 BW laten partijen veel vrijheid. Alle constructies met een zekere zelfstandigheid vallen daaronder. Niet alleen een huis of een magazijn, maar ook een leiding of zelfs een weg. Echter, verbeteringen aan bestaande opstallen, of bestanddelen die hun individuali-

11 Waarover uitvoerig T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007 en vanuit het perspectief van het Europees vermogensrecht B. Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law* (diss. Maastricht), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2008. Traditioneel wordt het erkennen van het gesloten stelsel verbonden met de uitspraak HR 3 maart 1905, W.8191 (*Blaauwboer/Berlips*). In feite ligt dit reeds besloten in het genoemde Arena-arrest uit 1903, waarin de Hoge Raad terugkwam op de voorheen aangehangen 'Stichtingsleer'. Struycken 2007 noemt dit laatste arrest niet, maar wijst (p. 42-45) wel op andere rechtspraak voorafgaande aan het arrest Blaauwboer/Berlips.

teit geheel hebben verloren (de bakstenen, deuren, ramen), lijken hier niet onder te vallen.¹²

1.2.3 Uitdagingen voor de juritect van de 21e eeuw

De discussies over horizontaal verdeelde erfpacht en het bereik van het opstalrecht zijn goede voorbeelden van dat de rechtspraak binnen het instrumentarium van Boek 5 BW zoekende is naar passende oplossingen om het door partijen gewenste meervoudig ruimtegebruik juridisch vorm te geven. Het is duidelijk dat in deze zoektocht van de 'juritect',¹³ de voor de juridische architectuur van bouwprojecten verantwoordelijke jurist,¹⁴ de grenzen van het dogmatisch toelaatbare worden opgezocht en dat de uitkomsten van deze zoektocht soms verschillen van de oorspronkelijke toepassingsmogelijkheden en bedoelingen die de wetgever ten tijde van het ontwerpen en invoeren van de wet op het oog had.

1.3 Is de huidige titel 3 Boek 5 BW toekomstbestendig?

We moeten concluderen dat hoewel over de praktische invulling van de regels gedebatteerd kan worden en ook gedebatteerd wordt, het systeem van de eigendom van onroerende zaken op hoofdlijnen zeer stabiel

- 12 H.D. Ploeger, De juridische architectuur van het gestapeld bouwen, *Vastgoed Fiscaal* 2001, afl. 2, p. 3, Helemaal helder is de inhoud van het begrip 'werk' niet. Men zie bijv. C.C. van Dam in Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/249 die de toepassing van het opstalrecht in zijn algemeenheid mogelijk acht om de eigendom voor te behouden bij zaken die door vereniging anders bestanddeel van een onroerende zaak worden.
- 13 Zie nader over dit concept en het belang van de juridische architectuur in samenhang met het bouwkundig ontwerp: H.D. Ploeger, 'De juritectuur van de derde dimensie; over meervoudig ruimtegebruik, rechten op lucht en een ruimtelijk kadaster', in: J. Struiksma e.a. (red.), *Vast en goed (Van Veltenbundel)*, Deventer: Kluwer 2003, p. 179, D.A. Groetelaers & H.D. Ploeger, 'Juritecture of the built environment: a different view on legal design for multiple use of land', *Structural Survey*, Vol. 25 (2007), p. 293-305, V. Sagaert, 'Volume-eigendom', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2009, afl. 1, p. 26-27, R. Timmermans, *Zakenrechtelijke modellen voor uitgifte van bouwprojecten. Gedwongen mede-eigendom, appartements-eigendom*, Mechelen: Kluwer 2011, p. 1171, en P.J. van der Plank, 'De introductie van drijvende percelen', *WPNR* 2015/7071, p. 663.
- 14 Zie P. Walet en P. Chambelland, *La construction en volumes*, Paris: Masson 1997, p. 11 e.v., en met name p. 13 waar zij wijzen op de noodzaak om te komen tot een 'construction juridique, solide, commode et pourquoi pas belle'.

is. De grondslagen van titel 3 Boek 5 BW zijn in elk geval oud. De regel *superficies solo cedit* dateert uit het klassieke Romeinse recht. Ook daar kende men de natrekkingsregel als het gaat om de samenstellende bestanddelen van een gebouw.¹⁵ Wij stellen echter de vraag of ons systeem dat staat op tweeduizend jaar oude fundamenteen nog past bij een 21-eeuwse maatschappij met onder meer nieuwe economische modellen en een rechtspraktijk die daarop moet inspelen. Het in het huidige systeem passen van nieuwe ontwikkelingen en behoeften die we om ons heen zien, blijkt een flinke uitdaging te zijn en brengt de nodige praktische en dogmatische vraagstukken met zich mee.¹⁶ Wat zijn de eisen die in toekomst gesteld worden aan het recht op het gebied van de eigendom van onroerende zaken? Het is tijd om de blik vooruit te werpen.

1.4 Titel 3 Boek 5 BW anno 2050

Revisie van het aan ons als preadviseurs toevertrouwde gedeelte van Boek 5 BW, te weten Boek 5 BW, titel 3 (eigendom van onroerende zaken, natrekking), is naar onze mening weinig zinvol indien men blijft hangen in de waan van de dag en vergeet vooruit te denken. Regeren is immers vooruitzien. Diverse ontwikkelingen, zowel binnen als buiten het recht, dwingen ons om het perspectief van het preadvies te verleggen naar een titel 3 Boek 5 BW anno 2050. Het streven moet zijn een goederrechtelijk systeem dat de eerstkomende decennia de tand des tijds kan doorstaan. Een regeling op het gebied van eigendom en onroerende zaken dat bestendig is tegen, of – positief gezegd – een vermogensrechtelijke grondslag biedt aan ontwikkelingen die reeds gaande zijn en die in de nabije toekomst meer en meer zichtbaar zullen worden. De uitdaging

- 15 Hoewel opgemerkt kan worden dat destijds deze regel, de praktische in steek van de klassieke Romeinse jurist eigen, minder absoluut geïnterpreteerd werd dan in het huidige Nederlandse recht. Uit Institututen 2.1.20 blijkt dat natrekking niet de eigendom deed verliezen, maar slechts de revindicatie van de eigenaar van het bestanddeel opschoortte. Zou het gebouwde worden afgebroken, waardoor het bestanddeel – bijvoorbeeld een balk – weer zijn zelfstandigheid herkreëg, dan kon de revindicatie weer worden ingesteld. Voor alle volledigheid zij opgemerkt dat wie met zijn eigen materiaal op andermans grond bouwde wel definitief de eigendom verloor, ook al werd later het gebouwde weer afgebroken.
- 16 Vgl. H.D. Ploeger, 'Modern vastgoed: De vastgoedjurist in de eenentwintigste eeuw', *WPNR* 2009/6781.

is om Boek 5 BW geschikt te maken – of zo u wilt, geschikt te houden – voor het inpassen van al deze ontwikkelingen.

1.5 Pragmatisme versus dogmatisme

Bij het schrijven van dit preadvies hebben wij het accent met name gelegd op de pragmatische kanten van het goederenrecht. Hoewel het fundament voor voorstellen voor wetswijzigingen gezocht en gevonden moet worden in het analyseren en het herijken van de dogmatiek, vinden wij het anno 2016 van belang om vooral de praktijk in het oog te houden. Hierbij erkennen wij dat bepaalde voorstellen als onhaalbaar beschouwd zullen worden aangezien zij zich te ver lijken te bewegen van het traditionele zakenrecht. Aan de andere kant is een dergelijke gedachteoefening juist nu nodig aangezien bestaande economische modellen niet meer blijken te functioneren. Zonder zover te willen gaan om het beeld van een post-kapitalistische economie zoals bijvoorbeeld geschetst door Paul Mason¹⁷ te omarmen, is het niet alleen de huidige economische crisis die aangeeft dat veranderingen nodig zijn, maar putten wij ook inspiratie uit veranderingen die zich inmiddels reeds aan het voltrekken zijn. Het gaat dan met name om de noodzaak om ons te ontwikkelen naar een duurzame economie, en dan in het bijzonder uitgewerkt in de circulaire economie. Hierin wordt het hergebruik van producten en de daarin verwerkte grondstoffen gemaximaliseerd en dus waardevernietiging geminimaliseerd. Derhalve een fundamentele omwenteling ten opzichte van de traditionele lineaire economie, waarin grondstoffen worden verwerkt tot producten die aan het einde van hun levensduur worden vernietigd. Wat voor juristen hierin zo uitdagend is, is dat in deze circulaire economie het niet meer draait om eigendom, maar om gebruiksrechten. Bij dit laatste spreekt men zelfs over 'diensten': in plaats dat iemand een televisietoestel koopt en in eigendom verkrijgt, neemt men een abonnement op de dienst 'televisie'. In dit kader valt dan ook de uitdrukking 'bezitloze maatschappij'. Waar dergelijke modellen al functioneren bij roerende zaken of (open

17 P. Mason, *Post Capitalism: A Guide to Our Future*, London: Allen Lane 2015.

data,¹⁸ is men ook druk bezig met het ontwikkelen van dergelijke concepten voor onroerende zaken.

1.6 Aard van dit preadvies

Gelet op het feit dat de onderzochte aspecten fundamentele begrippen raken maar ook structurele veranderingen in economische modellen veronderstellen, met een daarbij behorend tijdshorizon (Nederland in 2050) zal de lezer in de oplossingsrichtingen en aangedragen voorstellen voor aanpassing van het BW een mix zien tussen min of meer concrete voorstellen en meer conceptuele gedachten. Hierbij merken wij op dat alle voorstellen, hoe concreet zij ook mogen lijken, louter tentatief zijn. Zij zijn uitdrukkelijk bedoeld als aanzet voor een verdergaand debat.

2 Selectie van de probleemvelden

2.1 Algemeen

Gezien de hoeveelheid van vragen die samenhangen met dit onderwerp hebben wij een keuze moeten maken in de vraagstukken die in dit preadvies besproken zullen worden. Wij beperken ons tot de volgende vier thema's:

1. circulaire economie in het licht van titel 3 Boek 5 BW (par. 3);
2. meervoudig ruimtegebruik (par. 4);
3. drijvende opstallen (par. 5); en
4. gebruik van de ondergrond voor kabels, leidingen en/of warmtekoudesystemen (hierna: WKO-systemen) (par. 6).

18 Bij open data gaat het om datasets die publiek domein zijn. Open data wordt licentievrij (onder Creative Commons Zero) en dus zonder dat intellectuele eigendomsrechten worden voorbehouden, beschikbaar gesteld voor een onbepaald aantal gebruikers en daarmee voor onbepaalde doeleinden. Vgl. de definitie voor overheidsdata die als open data ter beschikking worden gesteld voor (her)gebruik: Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Kamerbrief hergebruik overheidsinformatie en open data, 30 mei 2010, p. 9. Open data kan onbeperkt worden gereproduceerd en hergebruikt in nieuwe datasets of applicaties. Hierbij zij opgemerkt dat met name het onbeperkt kunnen reproduceren van (open) data tot een herijking van bestaande economische modellen zou kunnen nopen. Vgl. Mason 2015, hoofdstuk 6 getiteld 'Towards the Free Machine'.

Overkoepelend probleem met betrekking tot de door onze gekozen onderdelen die verbeterd kunnen worden, is de hiervoor gesignaleerde (en prangende) vraag of het huidige goederenrechtelijke systeem in Nederland nog aansluiting heeft met de huidige (rechts-) praktijk en/of bestand is tegen toekomstige ontwikkelingen. Deze ontwikkelingen kunnen spelen binnen het recht, maar veelal ook buiten het recht. Het risico bestaat dat diverse vooruitstrevende ontwikkelingen en ideeën dreigen te stranden op het meer starre goederenrecht. Daarmee faciliteert het huidige goederenrecht niet de innovatieve oplossingen die buiten het recht om worden gevonden voor bijvoorbeeld meervoudig ruimtegebruik en de cascokoop van een woning.

2.2 Circulaire economie in het licht van Boek 5 BW

Een circulaire economie is een systeem waarin waardeontwikkeling plaatsvindt op basis van gebruik in plaats van verbruik. Centraal staat de herbruikbaarheid van producten en grondstoffen waardoor waardevernietiging voorkomen wordt. Essentiële elementen hierbij zijn het gebruik van zuivere en niet toxische materialen, ontwerp voor demontage en het volledig gebruiken van duurzame energie.¹⁹ De transitie van de huidige, lineaire economie naar een circulaire economie wordt steeds meer realiteit en lijkt een proces dat onomkeerbaar is.

In het preadvies wordt in het bijzonder aandacht besteed aan het vraagstuk hoe de natrekking en het eenheidsbeginsel zich verhouden met de ontwikkelingen op het gebied van de circulaire economie en de nauw aan deze ontwikkelingen verwant zijnde ontwikkeling van het modulair bouwen. Dit laatste wordt ook wel aangeduid als 'Innovatief Systeem van Bouwen' (ISB). Dergelijke gebouwen zijn duurzaam in gebruik en productie en zijn bovendien flexibel. Op eenvoudige wijze kunnen gebouwen worden uitgebreid, verkleind, verplaatst en/of (opnieuw) worden ingedeeld.²⁰ Modulair bouwen wordt niet alleen gebruikt voor tijdelijke huis-

19 Ellen MacArthur Foundation, *Towards a circular economy: economy and business rationale for an accelerated transition*, 2013, p. 22, ellenmacarthurfoundation.org/assets/downloads/publications/Ellen-MacArthur-Foundation-Towards-the-Circular-Economy-vol.1.pdf.

20 Zie voor voorbeelden G. Oussoren, 'Bouwen als Barbapapa', *Eigen Huis Magazine*, november 2014, p. 35-41.

vesting (vgl. het Portacabin-arrest), maar kan ook toegepast worden bij gebouwen en bouwwerken met een (semi)permanente functie. Tot slotte kan nog opgemerkt worden dat het bij dit concept niet zozeer gaat om de gebruikte bouwtechnieken, maar dat het uiteindelijke doel is om te komen tot een andere organisatie van het bouwproces. Hierbij is niet meer sprake van het klassieke parallelle proces met grote afhankelijkheden tussen de partners (toeleveranciers en betrokken onderaannemers) tot het moment van de oplevering, maar wordt door de mogelijkheid het gebouw op te delen in grotere brokken de mogelijkheid geboden die delen als totaal uit te besteden aan enkele toeleveranciers, die ook de montage voor hun rekening nemen. Daarmee wordt de onderlinge afhankelijkheid tot een minimum beperkt.²¹ Het moge duidelijk zijn dat dit meer bouwrechtelijke aspect buiten het bestek van dit preadvies valt. Maar niet minder belangrijk is dat het modulair bouwen nieuw licht werpt op de verticale natrekking ('het duurzaam met de grond verenigd zijn') en het eenheidsbeginsel. Praktisch is reeds de vraag in hoeverre namelijk de bedoeling van de bouwer nog kenbaar is voor derden. Fundamenteel is de vraag hoe goederenrechtelijk met de beoogde flexibiliteit van gebouwen omgegaan moet worden.

2.3 Meervoudig ruimtegebruik

In een complexere maatschappij, waarin de schaarse ruimte zo efficiënt mogelijk gebruikt moet worden, blijkt het aloude model van één grondeigenaar die vanzelfsprekend gerechtigd is tot alles wat op en in die grond gebouwd is, niet meer te voldoen. Heel recent is deze ontwikkeling echter niet. Het in 1952 in Nederland ingevoerde appartementsrecht voorziet reeds in een kader voor gestapelde rechten. Dat wil echter niet zeggen dat het appartementsrecht een exclusief toepassingsbereik heeft bij gesta-

21 J.J.N. Lichtenberg, *Slimbouwen; een herbezinning op bouwen, een strategie voor productontwikkeling* (Oratie Technische Universiteit Eindhoven), Eindhoven: Technische Universiteit Eindhoven 2004.

pelde constructies.²² Het is juist de zoektocht naar alternatieven (waarvoor wij hier het begrip 'volumaire verdeling' hanteren) die steeds meer in de belangstelling van wetenschap en praktijk is komen te staan. De vraag hierbij is hoe de eigendom van grond (of beter gezegd het exclusieve gebruiksrecht van de grondeigenaar op de ruimte boven en onder zijn erf) opgedeeld kan worden in volumes.²³ Kan dit alleen in de vorm van beperkte rechten, opstal en eventueel erfpacht, of kan ook het eigendomsrecht zelf als zodanig zien op een zowel horizontaal als verticaal afgebakende ruimte? Met dit laatste wordt in feite afstand gedaan van het Romeinsrechtelijke principe dat de grond (het tweedimensionale afgebakende gedeelte van de aardoppervlakte) alles natrekt. Het gaat over een conceptuele gedachte waarbij de mogelijkheden verkend worden om eigendomsrechten te compartimenteren, zonder gebruik te maken van het traditionele instrumentarium van Boek 5 BW (met name opstal, erfpacht en appartementsrechten).

2.4 Drijvende opstallen

Het onderdeel 'drijvende opstallen' heeft betrekking op bouwwerken die niet (primair) gefundeerd zijn op de grond, maar drijven op water boven de bodem. Het gaat dan niet alleen om drijvende woningen (zoals woon-schepen, drijvende villa's en drijvende appartementencomplexen), maar ook om drijvende bedrijfsruimten of andere constructies (zoals windturbines). Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad is een dergelijke drijvende constructie, de mogelijkheid van specifieke uitzonderingen vanwege een hechte verbinding met de oever daargelaten, een schip in de

22 Zie A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariatus 120), Deventer: Kluwer 2015, par. 10.2, Asser/ Mijnsen, Van Velten & Bartels 5* 2008/362, F.J. Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 101 Boek 5 BW, aant. 1.8, C. Venemans, 'De gemeenschap als rechtspersoon?', in: *Naar een vernieuwd appartementsrecht* (Preadvies KNB 1997), Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 54-56 en De Jong/Ploeger, *Erfpacht en opstal*, Mon. BW B28 (J. de Jong), Deventer: Kluwer 2008, nr. 52. Een afwijkende mening wordt slechts verdedigd door Struycken 2007, p. 630, hoewel hij vaststelt dat 'zowel in de praktijk als in de literatuur nog steeds een alternatief [wordt] gezocht in de opstalconstructie'. Op te merken valt dat Struycken zelf op p. 450 en 455 een minder stellig standpunt inneemt.

23 Zie voor een recent, rechtsvergelijkend, onderzoek vanuit Belgisch perspectief: S. Bouly, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen* (diss. Leuven), Property Law Series-III, Antwerpen & Cambridge: Intersentia 2015.

zin van art. 8:1 BW en daarmee een roerende zaak.²⁴ Deze rechtspraak levert voor de jurist de nodige vervolgvragen op. Op deze vragen wordt in par. 5 nader ingegaan. De conclusie lijkt in elk geval gerechtvaardigd dat de kwalificatie van de drijvende constructie als een schip in de zin van Boek 8 BW niet wenselijk is.²⁵

Het onderwerp van drijvend wonen zou een onderdeel uit kunnen maken van het hiervoor in par. 2.3 besproken onderwerp van ruimtelijke verdeling van eigendomsrechten, aangezien deze ruimtelijke verdeling niet alleen hoeft te zien op bouwwerken die primair gefundeerd zijn op de grond, maar ook kan zien op bouwwerken die een drijvend bestaan hebben op water boven deze grond. Omdat het onderwerp drijvende opstallen een eigen problematiek kent, hebben we omwille van de duidelijkheid gekozen om dit onderwerp in een afzonderlijk onderdeel (par. 5) te behandelen.

2.5 Gebruik van de ondergrond voor kabels, leidingen en/of WKO-installaties

In de (notariële) rechtspraktijk blijken nog de nodige vragen die zien op het gebruik van de ondergrond voor kabels, leiding en/of WKO-installaties. In par. 6 van het preadvies komen onder meer aan de orde de vragen omtrent de eigendom (en registratie) van de ondergrondse infrastructuur alsmede de bevoegdheden van de eigenaar van de grond enerzijds en die van de eigenaar (en/of gebruiker) van de kabel, leiding en/of WKO-installatie anderzijds.

2.6 Overkoepelende problematiek

Overkoepelend thema met betrekking tot voormelde onderwerpen is de prangende vraag of het huidige goederenrechtelijke systeem in Nederland nog aansluit bij de huidige (rechts)praktijk en/of bestand is tegen verdere toekomstige ontwikkelingen, zowel binnen als buiten het recht. Faciliteert de huidige titel 3 Boek 5 BW nog de innovatieve oplossingen

24 HR 15 januari 2010, *NJB* 2010/189, *BNB* 2010/80 (*Woonark-arrest*) en HR 9 maart 2012, *NJB* 2012/732, *BNB* 2012/155 (*Marina-arrest*).

25 Zie ook P.J. van der Plank, 'De introductie van drijvende percelen', *WPNR* 2015/7071, p. 662 e.v.

die buiten het recht om worden gevonden voor een duurzame ontwikkeling door met name de circulaire economie en meervoudig ruimtegebruik? Zoals reeds in par. 1 aangegeven is het huidige systeem gefundeerd op Romeinsrechtelijke beginselen, die hoezeer zij de in het goederenrecht zo belangrijke stabiliteit verlenen en daarmee de rechtszekerheid dienen, ook een belangrijke mate van rigiditeit met zich meebrengen. Men vergelijk in het bijzonder de *numerus clausus*, die partijen bij het vinden van juridische oplossingen bindt aan een gesloten stelsel van zakelijke rechten, en ook de inhoud van die zakelijke rechten (en daarmee hun toepassingsbereik) in belangrijke mate invult.²⁶ Biedt meer flexibiliteit in het goederenrecht een oplossing voor de huidige en toekomstige vraagstukken? In het preadvies worden de relevante beginselen herijkt. Bij dit vraagstuk wordt, waar ons dat nuttig leek, ter inspiratie ook een vergelijking gemaakt met buitenlands recht.

3 Circulaire economie in het licht van Boek 5 BW

3.1 Probleemschets van circulaire economie in het licht van Boek 5 BW

Grondstoffenefficiëntie en -schaarste zijn grote, nationale en internationale uitdagingen in deze 21e eeuw. Achter deze uitdaging liggen niet alleen overwegingen op het gebied van duurzaamheid en milieu verschoenen, maar ook politiek-strategische en economische overwegingen. Een van de ontwikkelingen om deze uitdagingen het hoofd te kunnen bieden is de transitie van een lineaire economie naar een circulaire economie. Kenmerkend voor een circulaire economie is dat het voor een gebruiker van een product ten diepste gaat om de bevoegdheid om het product (al dan niet exclusief) te gebruiken en minder om eigendomsaanspraken ten aanzien van het product zoals in het huidige systeem. De eigendomsaanspraken van deze goederen liggen in een circulaire economie bij een niet-gebruiker van het product, bijvoorbeeld de producent. Men spreekt dan ook over de *lease society*: producten in eigendom bij de gebruiker wor-

²⁶ Zie voor de argumenten die spreken voor de beperking van de partijautonomie in het goederenrecht, uitputtend Struycken 2007, p. 287 e.v.

den vervangen door diensten en eigendom door beschikbaarheid.²⁷ Achterliggende gedachte is dat degene die de eigendomsaanspraken van het product heeft, zal trachten om alle grondstoffen van het betreffende product langer en hoogwaardiger in de keten te houden, in plaats van dat het product na (eenmalig) gebruik als afval afgevoerd wordt zoals in het huidige lineaire systeem. Gestreefd wordt naar oneindig hergebruik. Deze nieuwe cyclus heeft daarom economisch waardebehoud en zelfs waardecreatie tot gevolg. De transitie van de traditionele lineaire naar de nieuwe circulaire economie is reeds in gang gezet en lijkt onomkeerbaar.

3.2 Analyse van het probleem

De eigenaar van de hoofdzaak is eveneens eigenaar van de bestanddelen, aldus art. 5:3 BW. De verhouding tussen art. 5:3 en 5:20 BW is voorwerp van discussie, net zoals de vraag of een gebouw of werk bestanddeel is van de grond als bedoeld in art. 3:4 BW.²⁸ Maar zelfs in een helder en strak model waarin aangenomen moet worden dat de afsplitsing via het opstalrecht slechts kan zien op min of meer zelfstandige eenheden: 'gebouwen en werken', en er dus geen sprake kan zijn van de afsplitsing van samenstellende bestanddelen, ontbreekt een scherp criterium wat dan een voldoende zelfstandigheid heeft. Nog daargelaten de onzekerheid van het toepassingsbereik van het recht van opstal, blijken in de praktijk deze uitgangspunten nieuwe ontwikkelingen tegen te gaan. Een van deze ontwikkelingen die genoemd kan worden, is de hiervoor genoemde circulaire economie. Kenmerkend voor de circulaire economie is dat de gebruiker van een zaak, bijvoorbeeld de eigenaar van de woning en al zijn bestanddelen, gebaat is bij het gebruik van deze zaak en minder bij de eigendomsaanspraken ten opzichte van deze zaak. Laatstgenoemde aanspraken liggen immers bij een derde, die periodiek

27 Zie bijvoorbeeld J. Merkies, *The lease society: the end of ownership*, Brussel 2012 (judithmerkies.nl), die in dit verband het beeld schetst van de 'bezitloze maatschappij'.

28 H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden) 1997, Deventer: Kluwer 1997, nr. 113 e.v. en met name het model gepresenteerd in nr. 123, gevolgd door G.E. van Maanen, 'Is een gebouw bestanddeel van de grond?', *NTBR* 2006/32. Zie voorts de discussie door H.W. Heyman & S.E. Bartels, 'Is een huis bestanddeel van de grond? Een rechtsgeleerde dialoog', *NTBR* 2006/40 en P.J. van der Plank & M.E. Witting, 'Bestanddeelvorming op grond van art. 3:3 BW of onroerend in de zin van art. 3:4 BW?', *NTBR* 2014/17.

een (lease)vergoeding ontvangt van de gebruiker voor het ter beschikking hebben van het betreffende element (wij vermijden in dit verband de juridische begrippen 'zaak' en 'bestanddeel'). Omgekeerd zal deze derde verantwoordelijk zijn voor dit element en dit ook na het einde van de levensduur moeten terugnemen om dit te (laten) recyclen.

De circulaire economie is een bron van innovatie. Talloze toepassingen en nieuwe economische (circulaire) processen zijn denkbaar. Dit zal ook de nodige weerslag op het gebied van het goederenrecht en daarmee in het bijzonder op titel 3 Boek 5 BW hebben. Een innovatieve toepassing in de circulaire economie zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat de eigenaar van een woning in het kader van energieneutraal maken van zijn woning een nieuwe voorgevel laat plaatsen, waarbij de eigendom van de gevel blijft bij een derde. De nieuwe gevel dient in goederenrechtelijke zin geen bestanddeel te vormen van de woning, omdat de producent van de gevel de eigendom van de gevel behoudt en zorg draagt voor de financiering, het plaatsen, het onderhoud en het vervangen van de gevel. De woning-eigenaar behaalt een voordeel vanwege de energiebesparende maatregel en betaalt de producent vanwege de verleende en nog te verlenen diensten een periodieke leasevergoeding. Jegens de producent is de woning-eigenaar verplicht om het productieafval en het afval van de afgedankte gevel af te staan aan de producent ingeval van de productie en demontage van de gevel. Ingeval van een tussentijdse overdracht van de gevel – hetzij op vrijwillige basis, hetzij gedwongen op grond van een executoriale titel – wordt niet alleen de eigendom van de gevel overgedragen, maar nog veel belangrijker alle aanspraken die de eigenaar van de gevel jegens de eigenaar van de woning kan uitoefenen. Ingeval van circulair denken heeft de eigenaar van de gevel belang bij de onderdelen die vrijkomen bij de demontage van de gevel.

Het moge duidelijk zijn dat geen diepgaande analyse nodig is om de conclusie te trekken dat in het huidig goederenrechtelijke systeem de gevel een bestanddeel wordt van de woning en mitsdien de eigenaar van het hoofdbestanddeel (de woning) ook de eigenaar wordt van de gevel. De gewenste leaseconstructie is in het huidige systeem niet mogelijk. Bovendien is het zeer twijfelachtig of de eigendom van de gevel door middel van een opstalrecht kan achterblijven bij de producent. De vraag of de gevel voldoende geïndividualiseerd is om aangemerkt te kunnen worden

als een werk in de zin van art. 5:101 BW moet naar onze mening ontken-
nend beantwoord worden.²⁹

Een andere, fundamentele, toepassing van het circulair economisch
model in het vastgoed betreft de zogeheten cascokoop van een (nieuw-
bouw)woning. De cascokoop berust daarop dat particulieren slechts het
casco ('de buitenkant') van hun woning kopen en de binnenkant van de
woning huren, inclusief lease- en onderhoudscontracten voor alle huis-
houdelijke apparaten, elektronica, vloer- en muurbedekking en badkamer-
en keukeninrichting. Aldus wordt niet alleen de aankoopprijs van de
woning lager, maar ontstaat ook een markt voor duurzame huisinrichting
gebaseerd op het cradle-to-cradle beginsel.³⁰

Overigens wordt het notariaat ook in de huidige lineaire economie gecon-
fronteerd met soortgelijke vraagstukken, bijvoorbeeld bij de juridische
aspecten die zien op het financieren en het goederenrechtelijk vormgeven
van zonnepanelen op het dak van een opstal. Zo is het zonneklaar dat
dakpannen op het dak van een woning een bestanddeel van de woning
vormen. Maar hoe zit het met een zonnepaneel op het dak? Naar huidige
recht kan deze vraag alleen beantwoord worden met inachtneming van
alle (feitelijke) omstandigheden van het geval, waarbij de *Dépex*-criteria
slechts in beperkte mate houvast bieden.³¹ Indien een zonnepaneel door
middel van een relatief eenvoudige constructie 'los' op het dak geïnstal-
leerd wordt en de woning niet incompleet is zonder het zonnepaneel, dan
is in de regel het zonnepaneel een afzonderlijke zaak en mitsdien ook vat-
baar voor de vestiging van een opstalrecht om de natrekking te doorbre-
ken. Hiervoor is wel nodig dat dergelijke zonnepanelen als onroerende
zaken in de zin van art. 3:3 BW aangemerkt kunnen worden omdat zij
indirect duurzaam met de grond verenigd zijn. Mochten de zonnepanelen
daarentegen als roerende zaken beschouwd moeten worden, dan is ves-
tiging van het opstalrecht zinloos.

29 In par. 3.3 van dit preadvies is beschreven dat de mogelijkheid van een eigen-
domsvoorbehoud van bestanddelen van onroerende zaken in het derde lid van
art. 3:4 BW uit het Ontwerp Meijers is geschrapt. Dit lijkt ons een zwaarwegend
argument om aan te nemen dat in de visie van de ontwerpers van het nieuw BW
het object van het opstalrecht niet zodanig ruim uitgelegd kan worden dat aldus
een gevel van een woning afgesplitst kan worden.

30 H.D. Ploeger, M. van der Veen & M. Hulshof, 'Cascokoop: wenkend perspectief
binnen een circulaire economie', *WPNR* 2014/7032, p. 857-858.

31 HR 15 november 1991, *NJ* 1993/316 (*Dépex/Curatoren van Bergel*).

Het voorgaande is anders (en in zekere zin ook duidelijker) indien de zonnepanelen geïntegreerd worden in het dak van de woning. In dat geval wordt de eigenaar van de woning zeer waarschijnlijk – vanwege de bestanddeelvorming – ook eigenaar van het fysiek geïntegreerd zonnepaneel. Deze bestanddeelvorming kunnen partijen contractueel niet voorkomen, hoe graag zij dit ook – bijvoorbeeld in het kader van een levering onder eigendomsvoorbehoud – wenselijk achten. Een verhuurder kan in de situatie dat de zonnepanelen een bestanddeel vormen van een zelfstandige sociale huurwoning, de investering voor het aanbrengen en het onderhouden van de zonnepanelen niet ongemaximeerd verdisconteren in de huurprijs vanwege het plafond aan huurprijzen. Dit zou anders zijn indien de zonnepanelen een zelfstandig object van eigendom vormen en afzonderlijk van de woning verhuurd kunnen worden. Ook lijkt, net zoals bij de eerder besproken geveldelen, vestiging van een opstalrecht voor een zonnepaneel als bestanddeel niet mogelijk.

De hier geschetste problematiek speelt niet alleen met zonnepanelen maar eveneens bij andere vormen van energievoorziening zoals WKO-systemen en werkt belemmerend bij het financieren en aanbrengen van deze nieuwe vormen van energievoorziening in Nederland.³²

3.3 Oplossing voor het probleem

Zoals reeds hiervoor in 3.2 opgemerkt is de gedachte dat bestanddeelvorming voorkomen kan worden op zich niet vreemd aan het systeem van het BW. Art. 5:3 BW opent immers in abstracto die mogelijkheid, mits dit voorzien is bij wet. In het Ontwerp Meijers was ook voorzien in een uitzondering in de vorm van het later geschrapte derde lid van OM art. 3.1.1.3 (het huidige art. 3:4 BW):

“De verkoper van een roerende zaak, die zich bij akte ondanks de levering de eigendom heeft voorbehouden totdat de koopprijs volledig is voldaan, kan, door de akte in de openbare registers te doen inschrijven, voorkomen dat de verkochte zaak vóór de betaling tot een bestanddeel van een bepaalde onroerende zaak wordt gemaakt.”

32 Vgl. *Rapport energieakkoord voor duurzame groei* (september 2013), Den Haag: SER 2013.

In het Ontwerp Meijers is deze doorbreking van de natrekking dus slechts beperkt tot de verkoper onder eigendomsvoorbehoud. Letterlijk genomen betekent dit dat een eigenaar die de zaak op basis van huur ter beschikking stelt aan de eigenaar van de onroerende zaak zijn eigendom dus niet kan veiligstellen.

Het derde lid is uiteindelijk in de loop van het wetgevingsproces, meer bepaald in het Gewijzigd Ontwerp, gesneuveld. De directe aanleiding lag echter niet aan het feit dat uitzonderingen op de natrekking principieel niet gewenst worden gevonden, maar dat de ontwerpers geen goede oplossing konden vinden voor de wens van de Kamer om het derde lid juist een ruimer toepassingsbereik te geven. Dit leidde tot steeds meer verfijningen waar echter vergelijkbare casusposities verschillend werden behandeld zonder dat hiervoor een rechtvaardiging viel te bedenken.³³ Uiteindelijk werd de mogelijkheid om via een inschrijving in de openbare registers de natrekking te doorbreken geheel geschrapt, primair met een beroep op de belangen van de schuldeisers van de eigenaar van de onroerende zaak, die groter zouden zijn dan de leverancier onder eigendomsvoorbehoud. Opvallend is dat hierbij aan twee gezichtspunten wordt gerefereerd. Enerzijds het uit het voorgestelde derde lid voortvloeiende nadeel voor de schuldeiser (met name de hypotheekhouder) die geen zekerheid zou hebben dat het bestanddeel als onderpand zou gelden, en ten tweede aan het waardeverlies bij afscheiding van de (voorbehouden) bestanddelen:

“Het teruggenomene, aangepast als het is aan het onroerend goed waarvoor het oorspronkelijk bestemd is – men denke bij voorbeeld aan een centrale verwarmingsinstallatie –, zal dikwijls na de afscheiding slechts een naar verhouding geringere waarde vertegenwoordigen. Daarentegen zal de waardevermindering van het gebouw en daarmee het nadeel voor de eigenaar, diens overige schuldeisers en, in een groter verband gezien, voor de gemeenschap, meestal onevenredig groter zijn.”³⁴

33 E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 1995, p. 380. Voorts Ploeger 1997, nr. 42. Zie ook E.F. Verheul, ‘Eigendomsvoorbehoud, bestanddeelvorming en natrekking’, *WPNR* 2015/7053, p. 243 met verdere literatuurverwijzingen.

34 *MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 76.

Dit werd geschreven in de jaren zestig van de vorige eeuw. Wij menen dat inmiddels beide argumenten aan kracht hebben verloren. Allereerst lijkt het argument dat de schuldeiser er op moet kunnen vertrouwen dat hij zich moet kunnen verhalen op de zaak met al zijn bestanddelen tamelijk eenzijdig. In feite wordt dat ook al in de parlementaire geschiedenis onderkend. Het tweede, en zoals wij het zien destijds het doorslaggevend argument om vast te houden aan het eenheidsbeginsel, is het waardeverlies dat bij afscheiding zou optreden.

In het licht van de circulaire economie is dit waardemotief (het geheel is meer waard dan de – afgescheiden – delen), zoals dat ook door de Duitse rechter als grondslag voor de natrekking wordt aangenomen, achterhaald.³⁵ De mogelijkheid om later de bestanddelen terug te kunnen halen, is juist gewenst vanuit het perspectief van het behoud van economische waarden. Iets sterker gezegd: het argument dat afscheiding leidt tot waardeverlies, vloeit voort uit een opvatting die past in de oude lineaire economie, maar staat juist haaks op de nieuwe circulaire economie.

Wat overblijft als argument tegen meer ruimte voor partijautonomie bij toepassing van de natrekkingsregels, is de kenbaarheid van de doorbreking van de natrekking. Daar was reeds in het Ontwerp Meijers voorzien in publicatie van het eigendomsvoorbehoud door middel van inschrijving in de openbare registers. De sinds het begin van de 21e eeuw zich steeds verder ontwikkelende digitale technologie zou hier juist de mogelijkheden bieden om snel, actuele en correcte informatie te verschaffen. Een interessant perspectief bieden hierbij de nu in de bouw gebruikte bouwwerkinformatiemodellen (BIM).³⁶ Een bouwwerkinformatiemodel is een digitaal 3D-model van een bestaande en/of geplande constructie, die opgebouwd is uit objecten waaraan informatie is gekoppeld. Deze 'objectgeoriënteerde' informatie betreft niet alleen de geometrie en positie van een element (zoals een wand), maar hier kan ook informatie aan worden toegevoegd zoals het bouw materiaal, kosten, de afmetingen van een spa-

35 Vgl. de vaste rechtspraak van het *Bundesgerichtshof*, laatstelijk bevestigd in de uitspraak van BGH 19 oktober 2012, *Az. V ZR 263/11*. Voor het Nederlandse recht is over het belang van dit motief van 'waardebehoud' minder consensus, zie bijv. recentelijk Verheul 2015.

36 Zie ook C. Eastman e.a., *BIM Handbook: A guide to Building Information Modeling for owners, managers, designers, engineers and contractors*, New Jersey: John Wiley & Sons 2011 en A.M. Adriaanse, *Bruggen bouwen met ICT* (oratie Universiteit Twente), Enschede: University of Twente 2014.

ring ten behoeve van een raamkozijn en het verloop van leidingwerk. Hoewel dit op dit moment nog toekomstmuziek is, lijkt ons een ontwikkeling waardoor in een dergelijk model ook juridische informatie wordt opgenomen (eigendom van het element) en een koppeling plaatsvindt met de grondboekhouding, niet onwaarschijnlijk. Het moge duidelijk zijn dat in elk geval de digitalisering ruimere mogelijkheden biedt voor accurate en actuele informatie dan de in het Ontwerp Meijers voorziene inschrijving van het eigendomsvoorbehoud, gebaseerd op het destijds – in de jaren zestig van de vorige eeuw – nog klassiek ingerichte, volledig analoge stelsel van openbare registers. Ook hier kan dus het civiele recht de voordelen trekken van technische vooruitgang.

Bij dit alles wijzen wij ten slotte nog op het Radio Holland-arrest.³⁷ Dit arrest handelt over de vraag of voor de scheepvaart noodzakelijke navigatieapparatuur bestanddeel is geworden van een schip. Enerzijds bevestigt de Hoge Raad in dit arrest dat de rechtsgevolgen van de natrekking aan de wil van partijen zijn onttrokken. Anderzijds aanvaardt de Hoge Raad dat door het in zwang geraken van overeenkomsten waarbij zaken goederenrechtelijk zelfstandig worden beschouwd naar verkeersopvattingen die zaken geen bestanddeel worden, ook al is in het desbetreffende geval zo'n (huur)overeenkomst niet gesloten.³⁸ In casu werd de apparatuur slechts aan de eigenaar van het schip in huur gegeven terwijl de verhuurder de zorg voor het onderhoud ervan behield. Dit wettigt de conclusie dat bestendige bedingen beslissend kunnen zijn voor het ontstaan of wijzigen van een verkeersopvatting met betrekking tot de natrekking, waarbij enige sturing vanuit een brancheorganisatie niet uitgesloten is.³⁹ Wij stellen vast dat belangen van derden in deze visie een minder prominente rol spelen. Nu echter het (achteraf) moeten afleiden van een dergelijke verkeersopvatting noodzakelijkerwijze rechtsonzekerheid met zich brengt, pleit dat des te meer voor een uitdrukkelijke regeling in de wet.⁴⁰

37 HR 16 maart 1979, *NJ* 1980/600.

38 Waarover B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen*, Mon. BW A20 (B.G.P. Rogmans), Deventer: Kluwer 2007, p. 18 die in dit verband nog wijst op de parlementaire geschiedenis, W.H.M. Reehuis, *Eigendomsvoorbehoud*, Mon. BW B6c (W.H.M. Reehuis), Deventer: Kluwer 2013, p. 39, en Verheul 2015.

39 B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen*, Mon. BW A20 (B.G.P. Rogmans), Deventer: Kluwer 2007.

40 Men zie in dit verband ook art. 8:1 lid 5 BW waarin een afzonderlijke regeling is gegeven voor de eigendom van het scheepstoebehooren.

Voorts pleit voor een uitdrukkelijke regeling het feit dat de vraag gesteld kan worden in hoeverre de door de Hoge Raad in Radio Holland neergelegde leer verenigbaar is met de latere in par. 1.2.1 genoemde uitspraak St. Barbara/Aartsbisdom Utrecht⁴¹ waar bij onroerende zaken juist weer werd aangenomen dat een reglement van begraafplaats de verticale natrekking niet kon doorbreken, hoewel het reglement de op dit punt bestaande verkeersopvattingen omtrent de eigendom van graftekens weergaf.

Met inachtneming van het vorengaande komen we tot de volgende aanbeveling. Om de ontwikkelingen op het gebied van de circulaire economie ook in goederenrechtelijke zin te laten gedijen, zou meer ruimte in titel 3 Boek 5 BW geboden moeten worden voor partijautonomie. Daar moet evenwel aan toegevoegd worden dat de kenbaarheid van de doorbreking van de natrekking gewaarborgd dient te worden door middel van inschrijving in de openbare registers. Alle technologische ontwikkelingen buiten en binnen het recht in ogenschouw nemende, menen wij dat het slechts een kwestie van tijd is om een dergelijke kenbaarheid ook daadwerkelijk te kunnen faciliteren. De meest recente ontwikkelingen binnen en buiten het recht alsook het argument dat titel 3 Boek 5 BW bestand moet zijn tegen toekomstige ontwikkelingen nopen ons tot de conclusie om een regeling te treffen die aansluit bij het derde lid van art. 3.1.1.3 Ontwerp Meijers. Gezien de ontwikkelingen op het gebied van de circulaire economie en de daarin neergelegde 'lease-gedachte', zou deze regeling ruimer getrokken moeten worden dan enkel de levering onder eigendomsvoorbehoud. Wij adviseren derhalve verder te gaan dan Verheul die regelingen, die leiden tot uitzonderingen op het eenheidsbeginsel bij onroerende zaken uitsluitend ter bescherming van de belangen van nog onbetaalde leveranciers, bepleit.⁴²

41 HR 25 oktober 2002, NJ 2003/241 (St. Barbara/Aartsbisdom Utrecht).

42 Verheul 2015, p. 244 noemt als mogelijkheden de introductie van een *ius tollendi*, een opschorting van de natrekking voor een bepaalde tijd, danwel inschrijving in de openbare registers conform het geschrapte derde lid 3.1.1.3 OM.

4 Meervoudig ruimtegebruik

4.1 Probleemschets meervoudig ruimtegebruik

Met meervoudig ruimtegebruik wordt bedoeld de situatie dat de eigendom van de grond bezwaard is met één of meer beperkte rechten, niet zijnde het recht van hypotheek. Tot het meervoudig ruimtegebruik behoort ook het splitsen van de grond in appartementsrechten en het per 1 februari 2007 door de wetgever geïntroduceerde nieuw object van eigendom, te weten de horizontale gerechtigdheid tot een net.

Het thema meervoudig ruimtegebruik is niet nieuw. Zo is ruim 75 jaar geleden door Beekhuis een preadvies uitgebracht aan de Broederschap der Notarissen in Nederland over het onderwerp 'horizontale eigendom'.⁴³ Gelukkig heeft het goederenrecht nadien de nodige ontwikkelingen doorgemaakt, maar desondanks is het thema meervoudig ruimtegebruik nog altijd actueel. Die actualiteit blijkt onder meer uit de aanhoudende behoefte van ontwikkelaars en architecten om meerdere bestemmingen binnen één complex te vermengen.

Ook kan gedacht worden aan de steeds toenemende vraag naar het benutten van ruimte in de ondergrond. Waar tot voor kort de ondergrond voornamelijk gebruikt werd voor de riolering, telecommunicatie en de winning en/of het transport van energie en water, wordt de ondergrond ook steeds meer gebruikt voor ondergrondse infrastructuur, garages en fietsenstallingen alsook voor het tijdelijk opslaan van aardgas of – goederenrechtelijk nog minder tastbaar – warmte-en-koude- (WKO-systemen), of juist het onttrekken van warmte aan diepere aardlagen (geothermie). Hieraan kunnen we nog toevoegen de ontwikkelingen op het gebied van de opslag van (industriële) gassen zoals CO₂, stikstof, waterstof en ook het ondergronds opslaan van (radioactief) afval. Het is duidelijk: de vraag naar het benutten van de ondergrond zal in de toekomst steeds meer toenemen en daarmee ook steeds complexer worden. De specifieke vraagstukken die spelen met betrekking tot het ruimtegebruik voor netten en/of WKO-systemen onder de grond komen daarom in een afzonderlijk par. (6) aan de orde.

43 J.H. Beekhuis, *Horizontale eigendom, Preadvies voor de Broederschap der Notarissen in Nederland*, Amsterdam: Van Mantgem 1940.

Tot slot zou ook het thema drijvende opstallen geschaard kunnen worden onder meervoudig ruimtegebruik. De ruimte boven de grond wordt immers niet alleen gebruikt voor bouwen, maar ook voor waterberging, waarbij de verantwoordelijkheden (eigendom van drijvende constructie en bodem) daarom ook vaak gescheiden zullen zijn. Echter vanwege de zeer specifieke problematiek – drijven impliceert dat er niet op de grond wordt gebouwd, maar wordt ‘gefundeerd’ op het water – zullen we dat ook in een afzonderlijk par. behandelen (5).

Met het huidige instrumentarium uit Boek 5 BW is de rechtspraak – al dan niet met enig dogmatisch dan wel pragmatisch kunst-en-vliegwerk – tot een hoop in staat gebleken op het gebied van meervoudig ruimtegebruik. Als voorbeelden noemen wij de constructies die toegepast zijn bij de ontwikkeling van de Zuidas in Amsterdam, zoals de projecten Mahler en Symfonie.⁴⁴ Desondanks is het instrumentarium van de juritect die verantwoordelijk is voor de juridische basis van vastgoedprojecten soms te beperkt om een passende oplossing te bieden voor bepaalde gewenste vormen van meervoudig ruimtegebruik, bijvoorbeeld vanwege de verticale natrekkingsregel en/of de *numerus clausus*. De vraag is of Boek 5 BW gebaat is bij meer flexibiliteit om nieuwe rechtsfiguren te modelleren. Bijvoorbeeld door middel van een – thans nog conceptuele – rechtsfiguur als driedimensionaal eigendom, op grond waarvan men de eigendom kan hebben van een bepaalde afgebakende volume die niet per se gerelateerd is aan de grond.⁴⁵ Het ontbreken van een dergelijk rechtsfiguur kan de ontwikkeling van gebouwen en werken ten aanzien waarvan meerdere personen eigendomsaanspraken hebben, in de weg staan. Zo is bijvoorbeeld de eigendom van een gedeelte van een gebouw in beginsel niet mogelijk. Een combinatie van enerzijds volume-eigendom en anderzijds appartementsrechten binnen één gebouw is evenmin mogelijk. Ook zou een dergelijk rechtsfiguur wellicht een oplossing kunnen bieden voor de problematiek die thans bestaat omtrent het in par. 5 te bespreken onderwerp van drijvende opstallen.

Ander punt van aandacht met betrekking tot het juridisch vormgeven van meervoudig ruimtegebruik is het treffen van een regeling van de onderlinge verhoudingen van partijen (grondeigenaar, beperkte gerechtigden). Met name indien een alternatief voor appartementsrechten wordt gecon-

44 Zie de casebeschrijvingen bij Van Velten 2015, nr. 2.12, alsmede diens bijdrage over de Zuidas in *TBR* 2010/162.

45 A.J. Mes, ‘Driedimensionaal eigendom’, *WPNR* 2014/7043, p. 1189-1199.

strueerd door middel van beperkte rechten (zoals het opstalrecht of erfpachtrecht) loopt men tegen het probleem aan dat geen rechtstreekse regeling getroffen kan worden tussen de beperkt gerechtigden, anders dan door middel van contracten (versterkt met een kettingbeding, dan wel in de vorm gegoten van een kwalitatieve verplichting) of erfdienstbaarheden. Het treffen van een rechtstreekse regeling tussen de beperkt gerechtigden binnen een complex kan echter wel gewenst zijn. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het vastleggen van de onderlinge onderhoudsplichten of een verdeelsleutel van de kosten van onderhoud of een regeling omtrent de vernieuwing van gevels, funderingen en dak. Ook het modulair bouwen is een interessante ontwikkeling in het kader van het meervoudig ruimtegebruik. Zoals reeds hiervoor in par. 2.2 besproken, zijn modulaire gebouwen en werken duurzaam in gebruik en productie en bovendien flexibel vanwege het eenvoudig kunnen uitbreiden, verkleinen, verplaatsen en (opnieuw) indelen.

4.2 Analyse problematiek meervoudig ruimtegebruik

4.2.1 *Ruimte voor nieuwe rechtsfiguren?*

Allereerst behandelen wij het vraagstuk of Boek 5 BW gebaat is bij meer flexibiliteit om nieuwe rechtsfiguren te modelleren. Deze vraag gaat in de kern over de kwestie of de verticale natrekking en de *numerus clausus* nog aansluiten bij de huidige (rechts)praktijk en/of bestand zijn tegen verdere toekomstige ontwikkelingen. Een vraag die, mede vanwege de verstrekkende gevolgen ingeval van een ontkennend antwoord, niet makkelijk te beantwoorden is.

Art. 5:20 lid 1 BW ziet op de verticale natrekking, waarbij onder sub a tot en met f wordt opgesomd al datgene wat de eigendom van de grond omvat. Voor zover de wet niet anders bepaalt, kan niet van deze verticale natrekkingsregel worden afgeweken. Bekende afwijkingen zijn dat het object als bestanddeel van een andere onroerende zaak aangemerkt kan worden (art. 5:20 lid 1 sub e BW), netten van kabels en leidingen (art. 5:20 lid 2 BW) en het opstalrecht (art. 5:101 BW). De natrekkingsregel kan blijkens art. 5:20 lid 1 BW niet worden doorbroken door andere zakelijke rechten zoals een erfdienstbaarheid⁴⁶ of een enkele daartoe strek-

46 HR 4 oktober 2002, NJ 2003/297 (*Olietank*).

kende obligatoire overeenkomst of gebruiksregeling.⁴⁷ Evenmin is het mogelijk, behoudens door middel van de vestiging van een opstalrecht, om een gebouw of werk dat duurzaam verenigd is met de grond over te dragen los van de grond, of om een gedeelte van een gebouw over te dragen indien dit gedeelte niet een bestanddeel is van een gebouw dat aan die ander toebehoort.⁴⁸ De eigendom van een afzonderlijke kamer of (een gedeelte van een) verdieping lijkt vanwege de verticale natrekkingsregel in beginsel dus niet mogelijk, in welk kader bovendien de vestiging van een opstalrecht ook geen alternatief biedt vanwege het niet kunnen aanmerken van dit deel als een 'gebouw of werk'.

De huidige uitgangspunten lijken daarmee in beginsel helder, maar wanneer dan wel sprake is van een gebouw of werk is echter nimmer uitgekristalliseerd, in de rechtswetenschap noch in de rechtspraktijk. Zoals reeds eerder besproken, staat ook de in de rechtspraktijk gevonden oplossing van horizontaal verdeelde erfpacht, waarmee het genot van een erfpachtrecht per verdieping geconstrueerd kan worden, ter discussie.

Feit is dat het huidige Boek 5 BW uitgaat van een tweedimensionale benadering van grondeigendom. Deze tweedimensionale benadering blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat we de aardbol zodanig in horizontale vlakken hebben verdeeld dat we er rechten aan kunnen ontleen. De eigenaar van een stuk grond heeft namelijk in feite een stukje van het aardoppervlak dat in het horizontale vlak door grenzen is geïndividualiseerd. Vanuit het tweedimensionale grondvlak (de eigendom van de grond) zijn de in Boek 5 BW opgenomen beperkte rechten afgeleid. De hiervoor bedoelde tweedimensionale denkwijze blijkt ook duidelijk uit de verticale natrekkingsregel inhoudende dat de eigenaar van de grond ook de eigenaar is van alle opstal in, op en boven de grond. Ook de registratie en visualisatie van de eigendom en de beperkte rechten bij het Kadaster vinden in beginsel slechts plaats door middel van x- en y-coördinaten. In de notariële akte wordt het over te dragen registergoed veelal op een tweedimensionale wijze omschreven. Slechts bij appartementsrechten biedt

47 HR 25 oktober 2002, NJ 2003/241 (*St. Barbara/Aartsbisdom Utrecht*).

48 HR 28 oktober 1994, NJ 1995/96 (*Buitenplee*). Zie ook W. Louwman, 'Het standpunt van de bewaarders inzake verdiepingseigendom', *JBN* 1997/39, over een situatie waar de bewaarders van het kadaster grote moeite mee hebben, namelijk de inschrijving van een akte in de openbare registers van het kadaster waarbij slechts de ondergrond met een trapportaal en een etage wordt overgedragen.

de inschrijving van een splitsingstekening een inzicht in de ruimtelijke verdeling van de ruimten.

Naast het zoeken naar verbeteringen in het huidige kader van titel 3 Boek 5 BW zou de problematiek omtrent meervoudig ruimtegebruik ook ruimer getrokken kunnen worden door ook onderzoek te doen naar een conceptueel rechtsfiguur dat uitgaat van het opsplitsen van afzonderlijke eigendomsvolumes die niet per se gerelateerd hoeven te zijn aan het tweedimensionale grondvlak. Een dergelijke opsplitsing is naar het huidige recht in Nederland niet mogelijk. In de *common law* is een dergelijke driedimensionale benadering van het recht niet vreemd. Zo ziet in de *common law* het begrip 'land' per definitie niet alleen op de tweedimensionale aardoppervlakte, maar ook op een driedimensionaal afgebakende ruimte, welke ruimte gepositioneerd is ten opzichte van natuurlijk of imaginaire punten die gerelateerd zijn aan het aardoppervlak.⁴⁹ Het begrip 'land' ziet dus ook op de ruimte onder en boven het aardoppervlakte, maar daarnaast ook op een geïndividualiseerde ruimte los van de grond. Een dergelijke verkaveling kan de vorm van een leasehold hebben, maar dit hoeft niet. In dit verband wordt ook wel het concept van *flying freehold* gehanteerd.⁵⁰ Dit laatste concept kan overigens ook het gebruik van een bepaalde ruimte betreffen die meer lijkt op de ons bekende appartementseigendom. In diverse *common law* jurisdicties zijn voor appartementseigendom ook bijzondere rechtsvormen als *condominium* of *strata titles* ontwikkeld. In Engeland kent men sinds 2004 een dergelijke regeling in de vorm van *commonhold*, ingevoerd met de Commonhold and Leasehold Reform Act 2002. Traditioneel werd in Engeland voor appartementencomplexen vooral met leaseholds gewerkt. Wij komen in par. 4.3.3 nog op beide rechtsfiguren terug.

Niet alleen in de *common law*, maar ook in het Franse recht wordt het opsplitsen van het eigendomsrecht in verschillende volumes algemeen erkend. In de praktijk werd in de jaren zestig van de vorige eeuw⁵¹ de zogenaamde *division en volumes* ontwikkeld voor die gevallen waarin

49 Zie bijv. K. Gray & S. Gray, *Land Law*, Oxford: Oxford University Press 2007, nr. 1.1 en 1.5. Dit komt bijv. tot uiting in de definitie van 'land' in de Engelse Law of Property Act 1925, s.205(1).

50 R. Megarry & W. Wade, *The Law of real Property*, London: Sweet & Maxwell 2012, nr. 3-035.

51 N. Verheyden-Jeanmart, 'Bicentenaire du Code civil, De la propriété', *Journal du tribunaux* 2004, p. 281.

appartementseigendom (co-propriété) niet mogelijk is of niet wenselijk wordt geacht.⁵² Het resultaat van het opsplitsen van het eigendomsrecht in de derde dimensie kan daarmee ook als volume-eigendom worden aangeduid. Deze volumes – het woord zegt het al – worden op een driedimensionale wijze beschreven en daarmee afgebakend en kunnen zich zowel onder als boven het traditionele tweedimensionale grondvlak bevinden. De begrenzing kan fysiek zijn, maar dat is niet noodzakelijk het geval. Zowel een materiële als een immateriële afbakening is mogelijk.⁵³ Het erkennen van volume-eigendom is in Frankrijk is thans nog gebaseerd op de jurisprudentie⁵⁴ en de rechtspraak, maar wordt in het Voorontwerp tot hervorming van de Franse Code Civil ook wettelijk verankerd. Blijkens art. 527 van het Voorontwerp worden *les volumes* expliciet als één van de onroerende zaken opgenomen in het Frans Burgerlijk Wetboek. In art. 562 van het Voorontwerp wordt volume-eigendom erkend als een eigendomsrecht.⁵⁵ Zodoende kunnen in het Franse recht de eigendomsrechten op een driedimensionale wijze gestapeld worden. Bij gebreke aan gemeenschappelijke delen vallen deze volumes niet onder het bereik van het rechtsfiguur appartementsrechten.⁵⁶

4.2.2 Regelingen tussen volumaire gebruikers

Zoals gezegd is een punt van aandacht de mogelijkheid tot het treffen van een regeling van de onderlinge verhoudingen van partijen binnen één complex (grondeigenaar, beperkt gerechtigden), met name als buiten het

- 52 P. Walet & P. Chambelland, *La construction en volumes*, Paris: Masson 1997, p. 6 e.v., S. Bouly, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 483.
- 53 S. Bouly, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 484.
- 54 Cass. Civ. 3e, 20 nov. 1996 legimobile.fr/fr/jp/jc/civ/3eme/1996/11/20/95-70092.
- 55 Artikel 562: 'Un fonds peut faire l'objet d'une division visant à conférer à un tiers la propriété d'une partie de ce fonds situé au dessus ou au dessous d'une limite conventionnellement fixée. La propriété du dessus est appelée propriété superficière, celle du dessous propriété tréfoncière. Un fonds peut également, moyennant établissement d'un état descriptif de division, faire l'objet d'une division spatiale portant création de volumes. Les articles 534 et suivants s'appliquent aux fonds issus des divisions mentionnées aux alinéas précédents.'
- 56 P. Walet & P. Chambelland, *La construction en volumes*, Paris: Masson 1997, p. 56.

rechtsfiguur van appartementsrechten wordt gewerkt. Als men nu een dergelijk alternatief via beperkte rechten (opstalrecht of erfpachtrecht) construeert dan is er slechts een rechtstreekse relatie tussen de blooteigenaar en elk van de beperkt gerechtigden. Het is primair aan de blooteigenaar om in elk van de vestigingsakten regelingen op te nemen die zijn geschreven ter bescherming van de belangen van de andere beperkt gerechtigden, of meer in het algemeen in het belang van het gehele complex. Men kan bijvoorbeeld denken aan onderhoudsplichten, of een verdeelsleutel van de kosten van onderhoud en vernieuwing van gevels, funderingen en dak.

Voor een rechtstreekse relatie tussen de beperkt gerechtigden zal men gebruik moeten maken van een contract (versterkt met een kettingbeding, dan wel in de vorm gegoten van een kwalitatieve verplichting), of erfdiensbaarheden. Art. 5:84 BW geeft expliciet de bevoegdheid aan de opstaller om ten behoeve of ten laste van de opstal een erfdiensbaarheid te bedingen respectievelijk te vestigen. Hoewel de wetgever hier waarschijnlijk niet aan gedacht lijkt te hebben, hebben wij geen twijfel dat dit dus ook mogelijk is tussen verschillende, eventueel gestapelde, opstallen op hetzelfde erf. Men vergelijk ook de uitdrukkelijk in de wet genoemde mogelijkheid om erfdiensbaarheden te vestigen tussen verschillende appartementsrechten binnen hetzelfde complex (art. 5:118 BW).⁵⁷

Echter voor wat de erfdiensbaarheden betreft, lopen we voor de erfpachters tegen een serieus probleem aan. Voor de overeenkomstige bevoegdheid van de erfpachter om een erfdiensbaarheid te bedingen respectievelijk te vestigen met betrekking tot de in erfpacht uitgegeven zaak, wordt echter duidelijk dat aan gelaagde erfpachtstructuren, dus met verschillende erfpachters op een en dezelfde onroerende zaak, niet is gedacht. Het gaat om erfdiensbaarheden ten laste of ten bate van de in erfpacht uitgegeven zaak, dus niet het recht. Deze weg om onderling verplichtingen met goederenrechtelijke werking op te leggen, lijkt dus afgesneden. Gelukkig biedt de kwalitatieve verplichting hier wel mogelijkheden, hoewel deze nu juist niet geschreven is voor deze situatie waar

57 Art. 5:118 lid 1 BW: 'Een appartementseigenaar kan (...) op het gedeelte van de onroerende zaken dat bestemd is om als afzonderlijk geheel door hem te worden gebruikt, een erfdiensbaarheid vestigen ten behoeve van een ander gedeelte van die zaken (...).' Het aannemen van de erfdiensbaarheid en het afstand doen daarvan is in lid 2 geregeld.

niet alleen de verplichtingen, maar juist ook de daarmee corresponderende rechten kwalitatief (verbonden aan de erfpachtrechten) moeten zijn. Belangrijker is de beperking tot niet-doen of een dulden, zodat – anders dan bij een erfdiensbaarheid – niet een verplichting tot onderhoud tussen de erfpachters onderling opgelegd kan worden. Juist bij meervoudig ruimtegebruik lijkt een dergelijke onderhoudsplicht essentieel.⁵⁸

4.3 Oplossing voor problematiek meervoudig ruimtegebruik

4.3.1 Meer ruimte voor partijautonomie?

Het geldende beginsel van de *numerus clausus* heeft tot gevolg dat een partij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, enkel binnen de grenzen van dat recht de in de wet genoemde beperkte rechten kan vestigen (vgl. art. 3:81 lid 1 BW) en dat de verticale natrekking slechts doorbroken kan worden binnen de grenzen van de instrumenten die de wet aanreikt (vgl. art. 5:20 lid 1 BW). Het komt alleen aan de wetgever en niet aan partijen of een rechter toe om nieuwe zakelijke rechten in het leven te roepen of de inhoud van bestaande zakelijke rechten uit te breiden.

De wetgever heeft aldus de verantwoordelijkheid om het gesloten goederenrechtelijke systeem van eigendom en beperkte rechten aan te laten sluiten bij behoeftes die leven in de maatschappij. Deze behoeftes zijn niet alleen kenbaar binnen de rechtspraktijk, maar veelal ook daarbuiten. Het is aan de rechtspraktijk en de wetenschap om deze ontwikkelingen nauwgezet en kritisch te volgen en waar nodig de wetgever ook aan te sporen om het huidige goederenrechtelijke systeem te toetsen aan deze ontwikkelingen.

Met inachtneming van het vorengaande leek het de preadviseurs nuttig om een eerste aanzet te doen om de *numerus clausus* en de verticale natrekking te herijken naar de vragen en behoeften die thans bestaan binnen en buiten het recht. Zou partijen meer autonomie en flexibiliteit gebo-

58 Zie bijv. ook K. Gray & S. Gray, *Land Law*, Oxford: Oxford University Press 2007, nr. 13.12: die terecht opmerken dat 'in a crowded urban world where many features of orderly co-existence depend upon the ready enforceability of positive burdens of maintenance, repair and support undertaken by one's neighbours'.

den kunnen worden om de door hen gewenste eigenaarsrechten en -bevoegdheden ten opzichte van een bepaalde zaak, een gedeelte van een zaak of – meer in het algemeen – ten opzichte van een door partijen nader afgebakerde volume met elkaar af te stemmen en vast te leggen? Kan een minder rigide systeem van uitzonderingen op de (verticale) natrekking een oplossing bieden voor de gesignaleerde problemen in de praktijk? Men vergelijkte nog de toepassing van de verticale natrekking als vermoeden in de Franse rechtspraak en doctrine.

In de volgende voorstellen hebben wij getracht om een eerste aanzet te doen om de gewenste flexibiliteit in het goederenrecht en meer in het bijzonder in titel 3 Boek 5 BW concreet vorm te geven. We beseffen dat het bieden van meer partijautonomie in het goederenrecht gevolgen heeft voor onder meer het publiciteitsbeginsel en dat mogelijk de rechtszekerheid in het gedrang komt. Daar kan echter tegenover worden gesteld dat ook de techniek omtrent zowel het inschrijven van feiten in de daartoe bestemde openbare registers als het raadplegen van deze registers en de informatie zoals ingeschreven in deze registers met de tijd meebeweegt en onderhevig is aan veranderingen. De voortschrijdende digitalisering van openbare registers en basisregistratie kadaster biedt zonder enige twijfel mogelijkheden die nog niet ten volle worden benut of uitontwikkeld zijn.⁵⁹ Gezien de aard van dit preadvies laten we in dit stadium de rechtspolitieke argumenten die met dit thema gemoeid zijn achterwege.

4.3.2 *Horizontaal verdeelde erfpacht*

In het licht van de numerus clausus speelt zoals reeds genoemd in 1.2.2 de discussie omtrent de zogenaamde horizontaal verdeelde erfpacht.⁶⁰ De discussie ziet op de vraag of verschillende rechten van erfpacht op één onroerende zaak gevestigd kunnen worden, waarmee de genotsrechten van de betreffende erfpachters zien op verschillende delen van een gebouw. De wet verbiedt dit niet expliciet, noch laat het expliciet toe. Struycken en Mouthaan verdedigen dat het vestigen van meerdere erf-

59 Men vergelijkte vergezichten geschetst voor de inwinning van (kadastrale) grenzen door G. van Osch & K. van der Hoek, 'Het Kadaster in 2032', *Geo-Info* 2007, p. 460 e.v.

60 Van Velten 2015, nr. 2.12 en 12.4.

pachtrechten op dezelfde onroerende zaak onmogelijk is, zelfs als het genot van elke erfpachter ruimtelijk beperkt is.⁶¹

Naar onze mening biedt art. 5:89 lid 1 BW voldoende ruimte voor partijen om een driedimensionale inhoud te geven aan de erfpacht.⁶² Dit sluit ook aan bij een al sinds de negentiende eeuw bestaande praktijk dat bij de vestiging van een recht van gebruik en bewoning (art. 3:226 BW) het uitsluitend gebruik van de woning kan worden beperkt tot een deel daarvan.⁶³ Daarbij dient evenwel als uitgangspunten worden genomen dat de qua genot (op een driedimensionale wijze) ingeperkte rechten van erfpacht elkaar niet 'bijten' en dat de afgebakende gedeelten naar verkeersopvattingen zelfstandige eenheden zijn. Mitsdien is van een inbreuk op de *nemo plus* regel geen sprake en hoeft bovendien de prioriteitsregel niet toegepast te worden.

Om rechtsonzekerheid omtrent dit onderwerp te voorkomen, stellen wij voor om in art. 5:89 BW deze bevoegdheid expliciet te regelen. In de akte van vestiging van het recht van erfpacht zal de uitoefening van een erfpachtrecht op een zaak beperkt kunnen worden tot een nader afgebakende ruimte, mits dit gedeelte voldoende bepaalbaar is (vgl. art. 3:84 lid 2 BW). Het heeft onze voorkeur om het betreffende gedeelte niet alleen in woorden te omschrijven, maar ook nader te bepalen door middel van een mee in te schrijven (3D-)tekening. Eventueel zou dit laatste ook bij wet verplicht kunnen worden gesteld. Ingeval van een onverhoopte conflict-situatie tussen twee of meerdere erfpachtrechten geldt de aloude zakenrechtelijke prioriteitsregeling, welke regel in uitzonderlijke situaties gecorrigeerd kan worden door een rechter indien dit uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid zou voortvloeien.

In concreto is ons voorstel om bij lid 1 van art. 5:89 BW het volgende toe te voegen:

- 61 Struycken 2007, p. 461-462 en p. 627-632 en B.C. Mouthaan, *Opstal en erfpacht als juridische instrumenten voor meervoudig grondgebruik*, Delft: IBR 2013, p. 67 en 87. De laatste auteur wordt op dit punt bestreden door A.A. van Velten, boekbespreking van B.C. Mouthaan, 'Opstal en erfpacht als juridische instrumenten voor meervoudig grondgebruik', *TBR* 2014/57.
- 62 Zo ook Van Velten 2015, nr. 2.12 & 12.4, F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2013, p. 57-65, F.J. Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, Titel 7, Boek 5 BW, aant. 8.3 en A.J.H. Pleysier, 'Iets over appartementsrecht en erfpacht', *Kwartalbericht Nieuw BW*, 1990, p. 1-2.
- 63 Uitdrukkelijk erkend door HR 17 november 2006, *BNB* 2014, 68.

Artikel 89 lid 1

“Voor zover niet in de akte van vestiging anders is bepaald, heeft de erfpachter hetzelfde genot van de zaak als een eigenaar. *In de akte van vestiging kan worden bepaald dat de erfpachter het genot als een eigenaar heeft van een zelfstandig gedeelte van de zaak, welk gedeelte met voldoende bepaalbaarheid moet zijn omschreven. Indien blijkens de akten van vestiging twee of meer erfpachters ten aanzien van hetzelfde gedeelte van de zaak het genot van een eigenaar hebben, dan gaat in hun onderlinge verhouding het oudste recht voor, tenzij uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit.*”

4.3.3 Reglement voor volumaire gerechtigden

Zoals we in 4.2.2 hebben gezien, ontbreekt op dit moment in ons BW een goed kader om de onderlinge verhoudingen van partijen binnen meervoudig ruimtegebruik (grondeigenaar, opstallers, erfpachters) te regelen indien geen gebruik wordt gemaakt van appartementsrechten. In beginsel is er slechts een rechtstreekse relatie tussen de bloot-eigenaar en elk van de beperkt gerechtigden, en zal men een tussen de rechthebbenden rechtstreeks werkende goederenrechtelijke regeling met betrekking tot zaken als onderhoudsplichten, of een verdeelsleutel van de kosten van onderhoud en vernieuwing van gevels, funderingen en dak, slechts via instrumenten als kettingbedingen, erfdienstbaarheden of kwalitatieve verplichtingen moeten construeren. Ook is de toepassing van het klassieke burennrecht op dergelijke gestapelde verhoudingen onduidelijk. Of definitie van wettelijke mandeligheid in art. 5:62 lid 2 BW een toepassing op horizontale scheidingswanden (vloer/plafond) toelaat is ook voor discussie vatbaar. Dit geldt trouwens ook voor de mogelijkheid van het gebruik van gevestigde mandeligheid (art. 5:60 BW) in gestapelde complexen.

Het vormgeven van meervoudig ruimtegebruik via beperkte rechten, waarbij dus primair de relatie tussen eigenaar en beperkt gerechtigden het instrument is om de verhoudingen te regelen, lijkt op het eerste gezicht op de vormgeving van appartements-eigendom in Engeland via (*long leasehold*).⁶⁴ Hierbij blijkt echter in de praktische uitvoering een centrale

64 Bij *long leasehold* gaat het om een lease met een duur van meer dan 21 jaar. De verhouding lessee-landlord bij een kortere *leasehold* kan vergeleken worden met onze huur.

rol weggelegd voor de eigenaar (*freehold owner*). Bij appartementen wordt traditioneel gewerkt met *leasehold* per flat.⁶⁵ Eigendom en beheer van de gemeenschappelijke delen van het gebouw blijven bij de *lessor* (*freehold owner*, eventueel een *leaseholder* bij *sublease*). De kosten zullen uiteindelijk wel gedragen worden door de lessees. Dat kan in de vorm van periodieke bijdragen of eenmalige bijdragen (bijvoorbeeld bij groot onderhoud) aan de lessor. Het beheer kan echter ook door een derde partij worden uitgevoerd. De Commonhold and Leasehold Reform Act 2002 geeft onder omstandigheden de lessees het recht om het beheer over te laten nemen door een zogenaamde *Right to Manage Company* (RTM Company). Hieraan kan overigens ook de *lessor* (*freeholder*) deelnemen en zo zeggenschap hebben via zijn stemrecht).

Zoals hiervoor reeds opgemerkt, kan in de Common Law bij meervoudig ruimtegebruik ook sprake zijn van (*flying*) *freeholds*. De mogelijkheid om de noodzakelijke regelingen te treffen voor de verhoudingen tussen *freeholders* wordt in de common law echter belangrijk beperkt door het feit dat rechtsopvolgers wel kunnen worden gebonden aan verplichtingen tot een dulden (zogenaamde *restrictive covenants*), maar niet aan positieve verplichtingen, zoals een onderhoudsverplichting.⁶⁶ Men zie de uitspraak *Rhone v. Stephens*.⁶⁷ Een onderhoudsverplichting ten aanzien van het dak van Walford House dat ook over een lager gelegen cottage uitstak kon niet overgaan op de nieuwe eigenaar van Walford House. Beslissend is volgens Templeman LJ:

“Equity cannot compel an owner to comply with a positive covenant entered into by his predecessors without flatly contradicting the common law rule that a person cannot be made liable upon a contract unless he was a party to it. Enforcement of a positive covenant lies in contract; a positive covenant compels an owner to exercise his rights. Enforcement of a negative covenant lies in property; a negative covenant deprives the owner of a right over property.”

65 Zie ook Department for Communities and Local Governments, *Residential Long Leaseholders, A guide to your rights and responsibilities*, 2005, gov.uk/government/publications/residential-long-leaseholders-a-guide-to-your-rights-and-responsibilities.

66 K. Gray & S. Gray, *Land Law*, Oxford: Oxford University Press 2007, nr. 13.12.

67 House of Lords 17 maart 1994, *Rhone v. Stephens* [1994] 2 All ER 65, [1994] 2 AC 310, [1994] UKHL 3, bailii.org/uk/cases/UKHL/1994/3.html.

Wel biedt in Engeland sinds 2004 de zogenaamde *commonhold*, ingevoerd met de eerdergenoemde Commonhold and Leasehold Reform Act 2002, een wettelijke basis voor collectief beheer van een complex met diverse *freehold* eenheden, inclusief het opleggen van kwalitatieve positieve verplichtingen.⁶⁸ Mede gelet op het feit dat bij *commonhold* sprake is van een aandeel in de gemeenschappelijke delen en een beheer daarvan door een rechtspersoon, de *commonhold association*, waarvan de freeholders lid van zijn, lijkt deze rechtsfiguur echter sterk op het Nederlandse appartementsrecht.

Meer inspiratie voor de voor het Nederlandse recht gezochte oplossing voor een regeling tussen volumaire gerechtigden biedt de ook reeds hiervoor genoemde Franse *division en volumes*. Zoals we hiervoor al besproken hebben, gaat het hier om een ruimtelijke verdeling via volumes, waarbij geen sprake is van gemeenschappelijke delen. De regeling van het appartementsrecht is hierop dan ook niet van toepassing.

De juridische regeling van een aldus opgebouwd complex (men spreekt van een *ensemble immobilière complexe*, of EIC) wordt gevonden in de volgende documenten, die ingeschreven zijn in de openbare registers:

- *état descriptif de division en lots*: een akte met de beschrijving van de verschillende volumes, mede aan de hand van tekeningen. Een landmeter (*géometre-expert*) speelt hierbij een belangrijke rol;
- *cahier des charges et servitudes*: hierin worden tussen de verschillende volumes, over-en-weer, gevestigde erfdienstbaarheden beschreven.⁶⁹ Onder andere zijn hierin de onderlinge verplichtingen op het gebied van onderhoud, herstel en wederopbouw geregeld. Maar het gaat ook om de toegankelijkheid, nooduitgangen, uitzicht, het dulden van kabels en leidingen, aflopend water enzovoort;
- *statuts de l'organisme de gestion*: de statuten van een beheerslichaam, in de regel een *association syndicale libre* (ASL) gevormd door de eigenaren.⁷⁰

Mede gelet op de buitenlandse voorbeelden en de daarin gekozen oplossingen voor de onderlinge relaties tussen volumaire gebruikers is ons

68 K. Gray & S. Gray, *Land Law*, Oxford: Oxford University Press 2007, nr. 7.41. Zie ook A.A. van Velten, Van Velten, 'Eindelijk: Commonhold', 2002/6494, p. 445.

69 P. Walet en P. Chambelland, *La construction en volumes*, Paris: Masson 1997, p. 42 e.v.

70 Men spreekt dan ook over een *réseau de servitudes*, een netwerk van servituten.

voorstel om Boek 5 BW aan te vullen met de mogelijkheid van een regeling waarin tussen grondeigenaar, opstallers en/of erfpachters onderling bindende regels worden neergelegd voor het beheer van de delen van het complex. Deze regeling zou in de toekomst ook breder getrokken kunnen worden door ook eigenaren van een volume c.q. driedimensionaal eigendom (thans in Nederland nog een conceptueel gedachtegoed, zie hierna) onder de reikwijdte van de regeling te laten vallen. Eventueel zou deze regeling ook moeten kunnen gelden jegens een of meerdere eigenaars van netten. De eigenaar van een net heeft immers, net zoals een opstaller, erfpachter of eigenaar van driedimensionaal eigendom, aanspraken ten opzichte van een bepaalde ruimte. Optioneel zou hier ook de mogelijkheid van het oprichten van een vereniging met een kwalitatief lidmaatschap voor de betrokken rechthebbenden binnen het in de akte gedefinieerde complex kunnen worden opgenomen. Deze vereniging kan besluiten een fonds aan te houden voor groot onderhoud. Wij willen echter niet zo ver gaan om alsdan een wettelijke plicht op te leggen dit fonds periodiek te vullen. Het is aan partijen, tenminste, zo is ons idee, om te beslissen dit in het reglement te regelen. Het feit dat hierbij een rechtsfiguur als 'appartementenrecht light' wordt geïntroduceerd, lijkt ons geen bezwaar. Integendeel, de praktijk lijkt hier om te vragen. Wel dienen de betrokken juristen zich te realiseren dat voor een succesvol gebruik een weloverwogen afweging dient plaats te vinden en dat derhalve maatwerk altijd geboden is. Daarbij wordt de juridisch adviseur meegegeven om niet te snel over te schakelen op dit alternatief voor het appartementenrecht.⁷¹ Voor het (optioneel) kwalitatief lidmaatschap van een 'Vereniging van Volume-eigenaars' kan aansluiting worden gezocht bij het voorstel van preadviseur Van Velten.

71 In dit verband merken wij nog op dat een harde scheiding, derhalve gebaseerd op vooraf objectief vastgestelde criteria, tussen de hier beschreven volumaire verkaveling en het appartementenrecht onmogelijk aan te brengen is, en dat er dus altijd een keuzevrijheid zal bestaan waarbij ons inziens die keuze bepaald moet worden door overwegingen van doelmatigheid. Kortom: welk instrument past het best bij de huidige maar ook toekomstige verhoudingen die geregeld moeten worden? Bepalend voor de keuze zijn dus de concrete eisen die gesteld worden aan de juridische vormgeving van het – meervoudig – ruimtegebruik in dit specifieke project.

4.3.4 Driedimensionaal eigendom

Binnen het spectrum van Boek 5 BW bevinden zich diverse rechtsfiguren waarmee een vorm van meervoudig ruimtegebruik juridisch vormgegeven kan worden. Meest voor de hand liggend zijn de rechtsfiguren appartementsrechten, opstal en erfpacht. Verder kan gedacht worden aan de eigendom van een net als bedoeld in art. 5:20 lid 2 BW, welk rechtsfiguur een geheel zelfstandig object van eigendom vormt aangezien het net in juridische zin volledig is losgemaakt van de eigendom van de grond (en is dus een uitzondering op de verticale natrekkingregel). Op wellicht de eigendom van een net na zijn al deze rechtsfiguren gebaseerd op een tweedimensionale werkelijkheid, te weten het grondvlak.

Naast het zoeken naar punten die binnen het huidige kader van titel 3 Boek 5 BW voor verbetering vatbaar zijn, zou de problematiek omtrent meervoudig ruimtegebruik ook ruimer getrokken kunnen worden door ook onderzoek te doen naar een conceptueel rechtsfiguur dat uitgaat van een driedimensionale werkelijkheid. Deze conceptuele rechtsfiguur, ook wel 'driedimensionaal eigendom' genoemd, kan als volgt gedefinieerd worden: een rechtsfiguur waarbij een rechtssubject eigenaar is van al hetgeen zich bevindt in een zowel horizontaal als verticaal afgebakende ruimte (kan zijn: onder de grond, boven de grond of een combinatie daarvan), zodat het rechtssubject binnen deze ruimte met uitsluiting van andere rechtssubjecten zijn eigenaarsrechten en bevoegdheden kan uitoefenen, waaronder begrepen het aanbrengen van gebouwen, werken, beplantingen en/of netten.⁷²

Driedimensionaal eigendom gaat uit van een volumaire benadering van het goederenrecht. Hierbij onderscheidt dit conceptuele rechtsfiguur zich van de traditionele, tweedimensionale benadering. Bij het conceptuele rechtsfiguur driedimensionaal eigendom worden niet alleen de lengte en de breedte, maar ook de hoogte en de diepte betrokken bij de omvang van de eigendom. De driedimensionale benadering met betrekking tot de *omvang* van de eigendom is echter nog niet onderscheidend genoeg ten opzichte van de huidige, traditionele benadering. Bij de huidige eigendomsregeling wordt immers in zekere zin ook de derde dimensie erkend, hetgeen onder andere blijkt uit het in art. 5:21 BW neergelegde middel-

72 A.J. Mes, 'Driedimensionaal eigendom', *WPNR* 2014/7043, p. 1189-1199.

eeuws adagium: wie de grond heeft, heeft het recht van de hemel tot in de hel. Het onderscheid tussen de traditionele eigendom en driedimensionaal eigendom zit dan ook niet zozeer in het beschrijven van de omvang van eigendom, maar meer in het beperken en het afbakenen qua hoogte en diepte van de eigendomsrechten. Anders gezegd: het compartimenteren van eigendomsrechten. Daarbij wordt niet meer vanzelfsprekend het grondvlak als uitgangspunt genomen. Waar traditioneel eigendom uitgaat van een imaginair, tweedimensionaal vlak, gaat driedimensionaal eigendom uit van een driedimensionaal afgebakende ruimte. Door uit te gaan van een afgebakende ruimte wordt bij driedimensionaal eigendom in zekere zin afstand genomen van de traditionele, Romeinsrechtelijke benadering dat de grond alles natrekt. Bij driedimensionaal eigendom ligt het zwaartepunt van de aantrekkingskracht namelijk niet bij het tweedimensionale vlak (de grond), maar bij de driedimensionaal afgebakende – de gecompartmenteerde – ruimte.

Erkend moet worden dat driedimensionaal eigendom zich ver van het huidige Boek 5 BW lijkt te bewegen. Toch is een dergelijke conceptuele gedachteoefening nuttig, aangezien dit dwingt om 'out of the box' naar het thans vigerend goederenrecht te kijken en in dat kader bestaande beginselen, zoals de verticale aantrekkingskracht, het eenheidsbeginsel en de *numerus clausus* te herijken aan de hand van de laatste ontwikkelingen binnen en buiten het recht. Daarbij kan inspiratie gevonden worden in onder meer de rechtssystemen van de *common law*,⁷³ maar ook in het Franse recht, waarbij zoals we hiervoor zagen vormen van volume eigendom algemeen erkend zijn.

Niet onbelangrijk is de (functionele) vraag waartoe driedimensionaal eigendom zou kunnen dienen in de Nederlandse rechtspraak. Zouden door toepassing van een rechtsfiguur als driedimensionaal eigendom bepaalde situaties van meervoudig ruimtegebruik eenvoudiger en/of flexibeler gereguleerd kunnen worden dan thans het geval is? Wellicht vormt de rechtsfiguur driedimensionaal eigendom een mooie aanvulling of een goed alternatief voor het huidige instrumentarium voor het juridisch construeren van meervoudig ruimtegebruik. Op de mogelijkheid om door middel van drie-

73 De mogelijkheid van een ruimtelijke verkaveling ligt reeds besloten in de definitie van het begrip 'land' in de *common law*, zie K. Gray & S. Gray, *Land Law*, Oxford: Oxford University Press 2007, nr. 1.5.

dimensionaal eigendom een oplossing te bieden voor de bestaande problematiek rond drijvend bouwen wordt in par. 5 ingegaan.

5 Drijvende opstallen

5.1 Inleiding

Het gebruik van water als 'fundament' voor bouwwerken, met name woningen, kan beschouwd worden als een vorm van meervoudig ruimtegebruik. De aspecten van de ruimtelijke verdeling van de drijvende opstal, de onderliggende bodem (het zogeheten waterperceel) en de zich tussen de opstal en de bodem bevindende watermassa zou mitsdien goed verdedigbaar vanuit het in par. 4 besproken perspectief van meervoudig ruimtegebruik bestudeerd en beschreven kunnen worden. Echter, zoals hierna uiteengezet zal worden, kent het thema van de drijvende opstallen een eigen problematiek. Dit heeft ons doen besluiten om het thema van de drijvende opstallen afzonderlijk te behandelen in dit preadvies.

5.2 Probleemschets

In het verleden waren mensen die op het water woonden haast per definitie vrijbuiters. Het gebrek aan belangstelling voor de regulering van drijvende woonruimte valt wellicht hieruit te verklaren.⁷⁴ Aan het einde van de vorige eeuw hebben de klassieke woonboten en woonarken echter gezelschap gekregen van de drijvende villa, die althans wat de financiële kant betreft, het wonen op het water een nieuwe dimensie heeft gegeven. Om alleen de blik te werpen op drijvend wonen is te beperkt. Naast woningen kan het ook gaan om bedrijfsruimten, drijvende kassen of zelfs drijvende windturbines.⁷⁵ Het zou daarom beter zijn om te spreken van drijvend bouwen, oftewel op het water 'gefundeerde' constructies.⁷⁶ In het

74 Op te merken valt dat in 2015 een wijziging van de Woningwet in consultatie gebracht is, een wijziging die voorzien is om drijvende gebouwen publiekrechtelijk expliciet onder het begrip 'bouwwerk' te brengen. Zie: internetconsultatie.nl/woningwet_definitie_bouwwerk.

75 Voorbeelden zijn de 'Hywind' voor de kust van Noorwegen en de 'WindFloat' voor de kust van Portugal.

76 Hierbij laten we daar dat ook bij wat we als vaste grond beschouwen sprake kan zijn van een opwaartse druk door het grondwater, en dus in technische zin 'drijven'.

vervolg zullen wij in zijn algemeenheid spreken over 'drijvende opstallen'. In geval van drijvende opstallen gaat het om situaties waarbij de betreffende constructie niet duurzaam met de grond is verenigd in de zin van art. 3:3 BW,⁷⁷ maar drijft in de zin van art. 8:1 BW.⁷⁸ Men kan dit zo interpreteren dat er sprake moet zijn van waterverplaatsing. Hiermee is ook direct het vraagstuk geschetst. Een drijvende opstal is daarmee een 'schip' en volgens de rechtspraak van de Hoge Raad in beginsel een roerende zaak.⁷⁹ Dit heeft niet alleen gevolg voor de te vestigen zekerheden, maar sluit ook de toepassing van mandeligheid en beperkte rechten als opstal en erfpacht uit.⁸⁰ Ook de splitsing in appartementsrechten zal, nu een regeling op dit punt in titel 9 Boek 5 BW ontbreekt,⁸¹ onmogelijk zijn. Eventueel kan het schip onroerend zijn door een duurzame verbinding met de oever, maar blijkens het Woonark-arrest volstaat hiervoor niet een aansluiting op riool en nutsleidingen. Uit het Marina-arrest blijkt dat omgevingsfactoren, zoals bijvoorbeeld de ligging tussen twee lage bruggen waardoor de drijvende opstal niet in zijn geheel verplaatst kan worden, geen rol mogen spelen bij de beantwoording van de vraag of een drijvende opstal naar haar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven. Ook het feit dat de drijvende opstal aan palen moet zijn verbonden omwille van de stabiliteit, dat wil zeggen zonder een dergelijke verbinding instabiel zouden zijn, doet blijkens het Marina-arrest aan die roerende status niet af.

Hoe het ook zij, het feit dat drijvende opstallen bestemd voor wonen en werken (en derhalve voor een langere tijd aan een ligplaats gebonden) op dezelfde voet worden behandeld als schepen die bestemd zijn om rond te

77 Vgl. HR 20 september 2002, *BNB* 2002/374 (*Drijvende steigers*), waarbij drijvende steigers in een jachthaven gekwalificeerd werden als onroerende zaken, aangezien deze steigers naar hun aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven. De vraag kan gesteld worden of deze uitspraak in overeenstemming te brengen is met het latere Woonark-arrest HR 15 januari 2010, *NJB* 2010/189, *BNB* 2010/80.

78 Indien het gewent is dat een hypotheekrecht op de drijvende opstal wordt gevestigd, dat kan de drijvende opstal als een schip teboekgesteld worden, zodat sprake is van een registergoed (art. 3:10 en art. 8:3 BW).

79 HR 15 januari 2010, *NJB* 2010/189, *BNB* 2010/80 (*Woonark-arrest*).

80 HR 15 januari 2010, *NJB* 2010/189, *BNB* 2010/80 (*Woonark-arrest*) en HR 9 maart 2012, *NJB* 2012/732, *BNB* 2012/155 (*Marina-arrest*).

81 Men vergelijk de, hierna nog te bespreken, expliciete regeling in art. 5:148 en 8:197 Arubaans BW.

varen (met name de in Boek 8 BW geregelde commerciële vrachtaart) lijkt niet wenselijk.⁸² Immers, de drijvende woningen en bedrijfsruimten gedragen zich in het maatschappelijk verkeer als woningen en bedrijfsruimten op de vaste wal. Het lijkt daarom wenselijk om ze zo veel mogelijk op gelijke voet te behandelen.⁸³ Deze gelijke behandeling is in het bestuursrecht reeds het geval (drijvende constructies die voor langere tijd op een plek liggen worden door de Raad van State als 'bouwwerken' beschouwd). In het privaatrecht daarentegen is dit thans zeker niet het geval.⁸⁴ Hierbij gaat het niet alleen om het goederenrecht,⁸⁵ maar dit heeft bijvoorbeeld ook zijn invloed op het kooprecht (de beschermende regels in titel 1 Boek 7 BW geschreven voor de koper van een 'tot bewoning bestemde onroerende zaak' in art. 7:2 BW enerzijds en de toepasselijkheid van de consumentenkoop van een roerende zaak in de zin van art. 7:5 BW anderzijds⁸⁶) en het huurrecht (de huurbescherming geldt niet voor roerende drijvende woningen). Typisch genoeg wordt de huurder van een woonwagen in dit opzicht wel beschermd, nu immers de huur van een woonwagen of een standplaats gelijkgesteld is aan de huur van een woonruimte (art. 7:233 BW). Tot slot zij hierbij opgemerkt dat deze ongelijkheid ook fiscale consequenties heeft, aangezien geen overdrachtsbelasting is verschuldigd in geval van een verkrijging van een drijvende opstal die als een roerende zaak wordt gekwalificeerd.

82 Zie ook A.R.G. van Dijk-Barkmeijer e.a., 'Waterwoningen in IJburg tussen wal en schip?', *BR* 2007, p. 111.

83 Vgl. J.J.A. de Groot, 'Kan een schip onroerend zijn?', *WPNR* 2003/ 6517, p. 86, die met een beroep op de maatschappelijke wenselijkheid de drijfwooning op één lijn zet met een huis op de vaste wal.

84 ABRvS 5 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB9443 voor een drijvende botenloods; ABRvS 16 april 2014, *JOM* 2014, 686, ECLI:NL: RVS:2014:133 voor een woonboot die sinds 1954 op dezelfde plek ligt. Het feit dat de woonboot snel losgemaakt kan worden, noch het feit dat deze voor het civiele recht roerend is, nopen volgens de Raad van State tot een ander oordeel.

85 P.J. van der Plank, 'De introductie van drijvende percelen', *WPNR* 2015/7071, p. 663.

86 Hierbij zij nog opgemerkt dat, nu deze bescherming op EU recht berust, verdedigd kan worden dat het begrip onroerende zaak in art. 7:1 BW niet moet worden gelezen conform art. 3:3 BW maar dat sprake is van een communautair begrip dat moet worden uitgelegd aan de hand van de door het HvJ EU neergelegde normen in de uitspraken van HvJ EU 16 januari 2003, C-315/00 (*Maierhofer*), *BNB* 2003/123 en HvJ EU 15 november 2012, zaak C-532/11 (*Leichenich*), *V-N* 2012/61. Zie ook S. Bartels, 'Een hermafrodiet in het zakenrecht', *NTBR* 2013/14.

De behandeling van de drijvende opstallen als schip in de zin van Boek 8 BW is naar onze mening niet bepaald wenselijk. In elk geval ontbreekt een objectieve motivering die het verschil tussen opstallen op de vaste wal en opstallen op het water kan verklaren. Een goede regeling is gelet op de toekomst ook geboden. Het is niet ondenkbaar dat anno 2050 drijvend wonen geen luxe meer is, maar bittere noodzaak. Het perspectief van een ingezette verandering van het klimaat met meer regen binnen een kortere tijd, stijging van de zeespiegel, en dat in combinatie met een voortgaande bodemdaling in het westen, is tamelijk dreigend.⁸⁷ Los daarvan is reeds nu in bepaalde delen van ons land de bodem zo drassig dat kostbare maatregelen nodig zijn om bouwen mogelijk te maken. Drijvende woningen of bedrijfsgebouwen zouden aan de oplossing van deze problematiek kunnen bijdragen. Het op grotere schaal creëren van drijvende opstallen lijkt geen verre toekomstmuziek. Sinds het begin van deze eeuw voorzien architecten en planners drijvende appartementencomplexen of zelfs complete drijvende steden.⁸⁸ Een dergelijke *floating city* kan bijvoorbeeld bestaan uit drijvende platforms, elk opgebouwd uit beton en piepschuim, met daarop een bol, waarbinnen zich diverse woningen bevinden: een drijvend appartementencomplex. Deze platforms kunnen vervolgens via drijvende wegen weer met elkaar, en met het vasteland, verbonden worden. Zonder meer fascinerende mogelijkheden vanuit het perspectief van planner, stedenbouwkundige en architect om ons land leefbaar te houden, maar kunnen wij als privaatrechtelijk jurist ook zo enthousiast worden?

Ook al zouden dergelijke eilanden verankerd worden met constructies in de bodem en de vaste wal en zich slechts in verticale richting kunnen verplaatsen (dus op-en-neer met de wisselende waterstand), en onder die omstandigheden wellicht toch als onroerend aangemerkt kunnen worden – hoewel de recente rechtspraak en met name het Woonark-arrest daarop weinig perspectief biedt – dan heeft men daarmee nog niet alle problemen met de geldende goederenrechtelijke regels opgelost. Immers, men zal het eiland willen verkavelen. Het verkavelen van de bodem leidt niet

87 Het Rapport Deltacommissie 2008, *Samen werken met water*, p. 52 en 69 noemt drijvende woningen, of woningen op palen in de buitendijkse gebieden. Het rapport is te raadplegen via deltacommissie.com/doc/2008-09-03%20Advies%20Deltacommissie.pdf.

88 Zie bijv. de inspirerende ontwerpen van architect Koen Olthuis van Waterstudio, waterstudio.nl, of het bureau DeltaSync, deltasync.nl.

automatisch, althans niet volgens de geldende regels, tot een verkaveling van het daarboven 'zwevende' bouwwerk.

Een verkaveling van de bodem die zou moeten worden doorgetrokken tot op het platform zou ook nog alleen werken bij de onmogelijkheid van verplaatsing in het horizontale vlak. Zal het eiland toch verplaatst worden of zich gaan verplaatsen, dan zijn de juridische gevolgen van het aanknopen bij een verkaveling van de bodem niet meer te overzien. Dit nog afgezien van het feit dat de bodem veelal aan een ander zal toebehoren. Het is juist bij de hiervoor geschetste drijvende steden dat de ontwerpers voorzien dat bij deze complexen op regelmatige tijdstippen groot onderhoud gepleegd moet worden aan het drijflichaam. In een dergelijk geval wordt het volledige complex losgemaakt van de verankering en vervolgens versleept naar de vaste wal. Verplaatsbaarheid is een pluspunt voor het technisch ontwerp, maar een complexiteit voor het juridisch ontwerp.

Of het nu gaat om kleine of grote projecten, om één woning op een drijflichaam of een complete stad, we moeten vaststellen dat het uitblijven van een helder, op de drijvende opstallen toegesneden, juridisch kader de ontwikkeling van het drijvend bouwen in de weg staat.

5.3 Oplossingsrichtingen

Tot op heden is het aantal voorstellen om hierin een oplossing te bieden beperkt. In de huidige praktijk kan het te boek stellen van de drijvende opstal als registergoed slechts in beperkte mate soelaas bieden.⁸⁹ Hoewel na teboekstelling van het 'schip' er sprake is van een registergoed (en daarmee vatbaar voor de vestiging van het recht van hypotheek en ook de oplegging van kwalitatieve verplichtingen) blijft door de voor commerciële scheepvaart geschreven bepalingen in art. 8:197 en art. 8:788 BW het aantal goederenrechtelijke rechten (en voorrechten) dat op een dergelijk drijvend registergoed kunnen rusten, beperkt. Het splitsen van een drijvende opstal in appartementsrechten zou alleen mogelijk zijn indien de wet dit uitdrukkelijk regelt. Het nieuwe Arubaanse BW heeft dit recentelijk mogelijk gemaakt krachtens art. 5:148 ABW:

⁸⁹ Overigens lijkt de huidige mogelijkheid van registratie van een drijvend lichaam als schip niet meer goed toegesneden op die hiervoor geschetste meer uitgebreide constructies zoals drijvende eilanden.

“Het in deze titel bepaalde vindt overeenkomstige toepassing op de splitsing in gedeelten van rechten op andere registergoederen, voor zover dat in overeenstemming is met de aard van het recht.”

Blijkens de toelichting is de achtergrond van voormelde regeling gelegen in de mogelijkheid om cruiseschepen te splitsen in deeltijdappartementsrechten en zo de mogelijkheid van uitgifte in timeshares mogelijk te maken. Met het oog hierop is ook het met ons art. 8:197 BW corresponderende (en identiek genummerde) artikel in Boek 8 ABW aangevuld.⁹⁰ Dit luidt:

“De enige zakelijke rechten waarvan een in het register teboekstaand zeeschip het voorwerp kan zijn, zijn de eigendom, appartementsrechten en deeltijdappartementsrechten, de hypotheek, het vruchtgebruik en de in artikel 211 en artikel 217, eerste lid, onderdeel b, bedoelde voorrechten.”

Hierbij kan nog opgemerkt worden dat een overeenkomstige regeling voor schepen bestemd voor de binnenvaart – om begrijpelijke redenen – ontbreekt in het Arubaanse BW.

In Nederland beperkt de splitsing in appartementsrechten zich uitdrukkelijk nog tot gebouwen op de grond. De definitie in art. 5:106 BW geeft ons inziens geen ruimte voor een andersluidende opvatting.⁹¹

Recentelijk heeft Van der Plank een praktische oplossing aangedragen in de vorm van de introductie van drijvende percelen.⁹² In deze visie worden drijvende platformen, die de basis vormen voor de drijvende stad, aldus

90 J. de Boer, 'Timeshare in de Nederlandse Antillen', *WPNR* 2005/ 6644, p. 910-912 en R.J.A. Arduin, 'Overzeese wetgeving inzake timesharing', *WPNR* 2009/ 6807, p. 653-655.

91 Anders P.J. van der Plank, 'De introductie van drijvende percelen', *WPNR* 2015/ 7071, p. 664. Zij verdedigt dat een schip met een opbouw wel een gebouw is, en verwijst naar de definitie van gebouw in de Woningwet. Daargelaten de waarde van dit argument gaat art. 5:106 BW zonder meer uit van de splitsing van een recht van eigendom, erfpacht of opstal op een gebouw met de bijbehorende grond. Ook uit art. 2 Kadasterwet en met name art. 26a Uitvoeringsregeling Kadasterwet 1994 blijkt dat de Nederlandse wetgever niet voorzien heeft in schepen die in appartementsrechten worden gesplitst, maar dat dit uitsluitend kan bij (rechten op) onroerende zaken.

92 P.J. van der Plank, 'De introductie van drijvende percelen', *WPNR* 2015/7071, p. 662 e.v.

gelijkgesteld aan grond. Een dergelijke gelijkstelling zou volgens Van der Plank gerealiseerd kunnen worden door de drijvende platformen als (drijvende) percelen te registreren in de openbare registers. Door de drijvende platformen aldus (fictief) als grond te kwalificeren, is eveneens het onroerende karakter op grond van art. 3:3 lid 1 BW gegeven en ontstaat de mogelijkheid tot het vestigen van alle zakelijke rechten op het drijvende platform. Tevens leidt dit op zijn beurt ertoe dat elk gebouw of werk dat duurzaam verenigd is met het platform een onroerende zaak is in de zin van art. 3:3 lid 1 BW. Van der Plank noemt als voordeel van de door haar geopperde oplossing van drijvende percelen c.q. het gelijkstellen van drijvende platformen aan grond, dat er geen nieuwe rechtsvormen geïntroduceerd hoeven te worden, zoals de eerdergenoemde splitsing van schepen in appartementsrechten. Als gevolg van de introductie van de drijvende percelen zou in het registratiesysteem van het kadaster en de openbare registers vervolgens plaats ingeruimd moeten worden voor een driedimensionale registratie en weergave van de drijvende percelen. Deze drijvende percelen bevinden zich immers boven de waterpercelen die overigens gebaseerd zijn op een verdeling van de aarde in percelen via op het grondoppervlak geprojecteerde tweedimensionale grenzen.⁹³ We betwijfelen of de opvatting van Van der Plank, dat als gevolg van de door haar gevonden oplossing 'geen nieuwe rechtsvorm geïntroduceerd hoeft te worden', als juist bestempeld kan worden. Naar onze mening wordt de door Van der Plank aangedragen oplossing te veel gezocht in de kadastrale wet- en regelgeving, terwijl het probleem van drijvende opstallen – in essentie – in de civielrechtelijke hoek ligt. Hoewel we erkennen dat in de praktijk altijd een wisselwerking zal bestaan tussen de administratie (registratie van rechten en beperkingen in het systeem van openbare registers en kadaster) en het materiële recht, menen we toch dat in de regel genomen de kadastrale wet- en regelgeving ten dienste moeten zijn van het burgerlijk recht en niet andersom. Dit laatste lijkt bij Van der Plank echter het geval te zijn, aangezien door middel van het introduceren van een kadastraal (administratief) begrip 'drijvende per-

93 Over een driedimensionaal kadaster o.a. J.E. Stoter, *3D Cadastre* (diss. Delft), Delft: NCG 2004. Zie ook H.D. Ploeger & J.E. Stoter, '3D Kadaster en volumepercelen. Ruimtelijke verdeling van vastgoed', *WPNR* 2005/6609 en A.J. Mes, 'Juridische aspecten van de invoering van een driedimensionaal kadaster in Nederland', *WPNR* 2012/6951.

ceel'⁹⁴ het civielrechtelijke begrip 'grond' aldus ruimer wordt ingekleurd, met als gevolg dat het karakter van een drijvend platform zou wijzigen van een roerende in een onroerende zaak. In feite worden door een kadastrale aanpassing nieuwe civielrechtelijke mogelijkheden aan de drijvende opstallen toegedicht.

De oplossing moet naar onze mening gevonden worden in het civiele recht, waar ook de kern van het probleem ligt, waarbij uiteraard eveneens rekening gehouden moet worden met de kadastrale componenten die een rol spelen. Kenmerkend voor een drijvende opstal is dat 'het fundament' vanwege het drijvende karakter niet gevonden wordt in de grond⁹⁵ (het waterperceel), maar dat in feite de stromende watermassa tussen de grond (het waterperceel) en de drijvende opstal het fundament vormt voor de drijvende opstal. Vorenbedoelde stromende watermassa valt niet onder de reikwijdte van de eigendom van de grond als nader beschreven in art. 5:20 lid 1 BW (zie met name sub d), maar vormt een *res nullius*. Wij stellen voor om voor drijvende opstallen de mogelijkheid te openen om deze te brengen onder een afzonderlijke categorie registergoederen, met een eigen regeling, die zo veel mogelijk aansluit bij die van opstallen op de vaste wal. De vraag is hierbij of er niet in zoverre geabstraheerd moet worden van de fysieke constructie, maar dat de registratie ziet op een bepaalde ruimte waarin de drijvende opstal zich kan bevinden.

- 94 Het begrip 'perceel' is namelijk een kadastraal (administratief) begrip en – in tegenstelling tot het begrip 'grond' of 'erf' – geen civielrechtelijk begrip. In art. 1 Kw wordt het begrip 'perceel' als volgt omschreven: 'een deel van het Nederlands grondgebied van welke deel de Dienst de begrenzing met behulp van landmeetkundige gegevens heeft vastgelegd op grond van gegevens betreffende de rechtstoestand, bestemming en het gebruik en dat door zijn kadastrale aanduiding is gekenmerkt'. Natuurlijk speelt in de civielrechtelijke rechtsverkeer het perceel en zijn kadastrale aanduiding een onmisbare rol ter individualisatie van onroerende zaken. Echter de kadastrale aanduiding is civielrechtelijk niet beslissend, maar de feitelijke omschrijving in de leveringsakte. Zie hierover nader H.D. Ploeger, 'Grond en grenzen; erven en percelen', in: *Naar een meer positief stelsel van grondboekhouding?* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2003, p. 65 e.v. en H.D. Ploeger in: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/480.
- 95 Een definitie van het begrip 'grond' wordt niet gegeven in de wet. Ook de parlementaire geschiedenis geeft geen uitleg over het begrip 'grond'. Aangenomen mag worden dat met het begrip 'grond' het volgende bedoeld wordt: 'een deel van het aardoppervlak dat in het horizontale vlak door grenzen geïndividualiseerd is'.

5.4 Voorstel introductie drijvende registergoederen

Hier volgt een ontwerp voor een in te voeren titel 10 over drijvende registergoederen. Wij merken op dat dit een eerste aanzet is voor de regeling van de materie van drijvende opstallen en uitdrukkelijk bedoeld is als uitnodiging tot nadere gedachtevorming. Verder merken wij op dat, zoals reeds aan de orde gekomen is gekomen, de oplossing voor de problematiek omtrent drijvende opstallen ook gezocht kan worden in de hoek van meervoudig ruimtegebruik en meer in het bijzonder in de richting van de conceptuele rechtsfiguur driedimensionaal eigendom (zie par. 4.3.4). In geval van driedimensionaal eigendom zou een afgebakende ruimte gecreëerd kunnen worden waarbinnen een rechtssubject gerechtigd is tot (onder meer) de aldaar fysiek gelegen drijvende opstal. Gaat het bij de materie van drijvende opstallen in de kern immers niet om de eigendoms-toewijzing van een driedimensionale afgebakende ruimte? In dit preadvies is echter gekozen voor een ontwerp dat in de huidige goederenrechtelijke context minder conceptueel is dan driedimensionaal eigendom.

Artikel 148 (Gelijkstelling onroerende zaak)

“Een drijvend registergoed is een onroerende zaak in de zin van art. 3:3 BW. De bepalingen uit titel 5.3 en 5.4 BW zijn van overeenkomstige toepassing voor zover de aard van het drijvende registergoed zich hier niet tegen verzet.”

Toelichting: met het voorgestelde artikel wordt bereikt dat een drijvend registergoed zo veel mogelijk gelijkgesteld wordt aan de eigendom van grond. Zo is het drijvend registergoed vatbaar voor het recht van hypotheek, opstal, erfpacht, vruchtgebruik en erfdienstbaarheid. Ook kan een drijvend registergoed betrokken worden in mandeligheid. Tevens gelden voor de overdracht en bezwaring van een drijvend registergoed de vereisten van art. 3:89 BW. Tevens impliceert de gelijkstelling dat de bepalingen uit titel 5.3 (eigendom van onroerende zaken) en 5.4 (burenrecht) van toepassing zouden zijn op een drijvende opstal. Uitdrukkelijk wordt bepaald dat artikelen uit deze titels slechts van overeenkomstige toepassing zijn voor zover de aard van het drijvende registergoed zich hier niet tegen verzet.

Artikel 149 (Definitie drijvend registergoed)

“Een drijvend registergoed bestaat uit een ligplaats en de zich daarin bevindende drijvende opstal.”

Toelichting: binnen een ligplaats kan zich slechts één drijvende opstal bevinden. Primair, maar niet uitsluitend, wordt gedacht aan drijvende platforms (pontons) met een constructie daarop. Onderdeel van deze opstal kunnen zijn één of meer gebruiksruidten (woningen, bedrijfsruuidten, parkeerplaatsen enzovoort) of werken als windturbines of zonnecollectoren en ook beplantingen. Wanneer het noodzakelijk is om verschillende rechtshoudenden een deel toe te kennen, kan dit worden bewerkstelligd door de splitsing in appartementsrechten van het drijvende registergoed. Derhalve is verkaveling van een drijvend registergoed, vergelijkbaar met de verkaveling van grond, niet mogelijk.

Artikel 150 (Definitie ligplaats)

“Een ligplaats omvat de ruimte boven het water dat zich boven de grond bevindt en in een open gemeenschap staat met water op eens ander erf, binnen welke ruimte de eigenaar van de ligplaats vrij is om met uitsluiting van een ieder een drijvende opstal te houden en te gebruiken.”

Toelichting: in het voorstel wordt gedacht aan een ligplaats op basis van een privaatrechtelijke bevoegdheid: eigendom, opstal of erfpacht. Zie art. 152. Het is echter wellicht voorstelbaar dat ook ligplaatsen op grond van publiekrechtelijke vergunningen onder de regeling gebracht kunnen worden.

Artikel 151 (Definitie drijvende opstal)

“Een drijvende opstal is een stoffelijk object dat naar zijn aard bestemd is om al dan niet permanent te drijven op het water binnen een ligplaats.”

Toelichting: primair moet gedacht worden aan drijvende platforms waarop gebouwen en werken opgericht zijn. In de voorgestelde definitie worden ook constructies die bestemd zijn om slechts tijdelijk te drijven, bijvoorbeeld in overloopgebieden, als drijvende opstallen beschouwd. Registratie van een dergelijke constructie samen met de ligplaats als drijvend

registergoed sluit immers discussies over het al dan niet roerend zijn in de zin van art. 3:3 BW af.

Volgens deze definitie kan zowel sprake zijn van een aan de bodem verankerde drijvende opstal, die dus in het horizontale vlak niet of nauwelijks zal bewegen, als een constructie die zich in meer of mindere mate binnen de grenzen van de ligplaats kan verplaatsen. Gedacht kan worden aan een met de zon meedraaiend platform, of zelfs constructies die meer bewegingsvrijheid wordt gelaten. Men zie nog art. 153 voor verplaatsing buiten de ligplaats.

Artikel 152 (Bestemming tot drijvend registergoed)

“Het bestemmen van een ligplaats tot drijvend registergoed door een eigenaar, erfpachter of opstaller geschiedt bij een daartoe bestemde notariële akte, gevolgd door de inschrijving daarvan in de openbare registers. Dit drijvend registergoed omvat tevens de in deze akte genoemde drijvende opstal welke zich binnen deze ligplaats bevindt of zal bevinden.”

Toelichting: het recht op de ligplaats vormt tezamen met de drijvende opstal het drijvende registergoed. Door de bestemming bij een in de openbare registers ingeschreven notariële akte wordt tevens bewerkstelligd dat de in de akte genoemde drijvende opstal niet onder het regime van schepen (art. 8:1 BW) valt.

De ligplaats zal gelijk of groter moeten zijn dan de drijvende opstal, aangezien deze opstal zich binnen de begrenzingsen van het recht moet bevinden.

In de kadastrale regelgeving zal nader geregeld moeten worden hoe de locatie en begrenzingsen van de ligplaats beschreven moeten worden. Men kan hierbij denken aan een beschrijving via coördinaten in het stelsel van de Rijksdriehoeksmeting (RD-stelsel). Tevens zal nader uitgewerkt moeten worden of de drijvende opstal een afzonderlijke kadastrale aanduiding krijgt, te vergelijken met het brandmerk in het huidige scheepsregister. In dit geval zal door het Kadaster een directe relatie gelegd moeten worden tussen het recht op de ligplaats, de drijvende opstal en het drijvend registergoed.

Met het oog op de inschrijfbaarheid van de feiten zal art. 3:17 BW aangevuld moeten worden.

Artikel 153 (Verplaatsing van de drijvende opstal)

“Een verplaatsing van de drijvende opstal buiten de ligplaats brengt geen verandering in de aard van de opstal.”

Toelichting: deze bepaling stelt buiten twijfel dat verplaatsing van de drijvende opstal buiten de ligplaats, bijvoorbeeld voor onderhoud, er niet toe leidt dat de opstal geen onderdeel meer uitmaakt van het drijvend registergoed of bijvoorbeeld roerend wordt. Om de juridische eenheid tussen ligplaats en drijvende opstal te verbreken, zal een daartoe bestemde notariële akte moeten worden ingeschreven. Dit zal ook het geval zijn als een bestaande drijvende opstal wordt vervangen. In een dergelijk geval zal het plaatsen van de nieuwe drijvende opstal in de openbare registers moeten worden ingeschreven.

Aanvulling titel 5.9

Uitdrukkelijk is beoogd dat een drijvend registergoed in appartementsrechten gesplitst kan worden. Gelet op de huidige bewoordingen van art. 5:106 BW waarbij een ‘recht op een gebouw met toebehoren en op de daarbij behorende grond met toebehoren’ vatbaar is voor splitsing in appartementsrechten, volstaat de enkele gelijkstelling van een drijvend registergoed met een onroerende zaak (voorgestelde art. 5:148) niet. Daarom zal art. 5:106 lid 1 BW aangevuld moeten worden. De voorgestelde tekst luidt:

Artikel 106 lid 1

“Een eigenaar, erfpachter of opstaller is bevoegd zijn recht op een gebouw met toebehoren en op de daarbij behorende grond met toebehoren, of zijn recht op een drijvend registergoed met toebehoren te splitsen in appartementsrechten.

6 Eigendom en gebruik van de ondergrond voor netwerken en/of WKO-systemen

6.1 Probleemschets eigendom en gebruik van de ondergrond voor netwerken en/of WKO-systemen

Door de per 1 februari 2007 geïntroduceerde regeling van art. 5:20 lid 2 BW is een net een geheel zelfstandig object van eigendom. Het net is in

juridische zin volledig losgemaakt van de eigendom van de grond en is mitsdien een wettelijke uitzondering op de verticale natrekkingsregel. Door registratie is een netwerk overdraagbaar en verhuypothekerbaar. Kenmerkend aan netwerken van kabels en leidingen is dat zij meestal vele grondpercelen doorsnijden, zich veelal, maar niet uitsluitend, bevinden in publieke gronden en zowel voor publieke als private doeleinden gebruikt kunnen worden. Het rechtsfiguur van de eigendom van een net in de zin van art. 5:20 lid 2 BW blijkt in de praktijk lastig inpasbaar in het huidige goederenrechtelijk systeem. Wat is bijvoorbeeld de omvang van een net?⁹⁶ Volgens de wetgever gaat het om een feitelijke en functionele eenheid, maar tot hoever reikt deze eenheid? Wanneer is sprake van een deelnet? Hoe is de toegang tot een net geregeld om bijvoorbeeld onderhoud te plegen? Is alleen sprake van een zelfstandig net indien het in andermans grond is aangelegd? Wat is het juridische gevolg indien een net wordt overgedragen of bezwaard met een recht van hypotheek, terwijl er feitelijk geen net (meer) aanwezig is in de grond? Hoe dient men te bewijzen dat een partij de bevoegd aanlegger is van het net? Maar er bestaan ook vragen over WKO-systemen en of deze onder het bereik van de eigendomsregeling gebracht kunnen worden, dan wel of dit soort systemen bestanddeel zijn van het gebouw dat door het WKO-systeem wordt verwarmd en gekoeld? In par. 6.2 wordt een aantal voorbeelden gegeven van praktische problemen die het gevolg zijn van de onduidelijkheden omtrent deze eigendomsregeling. Vanuit het notariaat zijn ook suggesties gedaan voor verbetering of aanvulling van de eigendomsregeling, zoals het opnemen van een regeling voor toegang en onderhoud van een netwerk en het verschuiven van de peildatum (P. van Loon), het verduidelijken van de kwalificatie van WKO-systemen c.q. het apart categoriseren van WKO-systemen op dezelfde voet zoals art. 5:20 lid 2 BW dat doet voor netwerken (G. van Driel en G. Mulder) en het verduidelijken van de status van een net in eigen grond (M. Straatman). In par. 6.3 zullen de

96 Indien in een afzonderlijke sectorspecifieke wet geen definitie van het net wordt gegeven, zal het antwoord gezocht moeten worden door middel van toepassing van art. 3:4 BW. Zie: Rb. Noord-Nederland 17 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2878 (*Essent c.s./Overheden*) voor de vraag of de netten voor de openbare verlichting bestanddeel zijn van het (overige) laagspanningsnet. De rechtbank komt tot de conclusie dat naar verkeersopvattingen de te onderscheiden OV-netten bestanddeel zijn van het overige laagspanningsnet, zodat de eigendom van de OV-netten ligt bij de eigenaar van het laagspanningsnet en niet bij de betreffende overheden.

meeste van de hiervoor genoemde onderwerpen en suggesties aan de orde worden gesteld.

6.2 Analyse van het probleem

6.2.1 Omvang netwerk en deelnetten

Een netwerk is een feitelijke en functionele eenheid en is als zodanig een zelfstandige onroerende zaak die voor overdracht vatbaar is. Wanneer sprake is van een dergelijke eenheid wordt echter door art. 5:20 lid 2 BW niet verder uitgewerkt. Daarnaast speelt de vraag rondom de afbakening van deelnetten. Eén netwerk kan uit verschillende deelnetten bestaan waarvan een deel afgezonderd kan worden van het hoofdnet – en als zelfstandige zaak bijvoorbeeld kan worden overgedragen –, mits dit naar maatschappelijke opvatting mogelijk is. De omvang van het netwerk is voor sommige netwerken gedefinieerd in sectorspecifieke wetten, zoals de Gas- en Elektriciteitswet 1998 of de Telecommunicatiewet.⁹⁷ De definities in die wetten geeft uitdrukking aan de heersende verkeersopvatting.^{98, 99} Wanneer het een netwerk betreft dat niet in een van de sectorale wetten is gedefinieerd, wordt verondersteld dat op basis van de algemene regeling van art. 3:4 jo. art. 5:3 BW kan worden vastgesteld of een eigenaar van de hoofdzaak volgens verkeersopvatting eigenaar is van alle bestanddelen. In de praktijk komt het regelmatig voor dat niet duidelijk is welke onderdelen of installaties tot een netwerk behoren c.q. welke onderdelen als hoofdzaak hebben te gelden dan wel als bestanddeel moeten worden beschouwd. Zijn bijvoorbeeld de persleidingen bestand-

97 Zie S. Baegen, S. Bartels & D. Meijeren, 'What's in a mantelbuis?', *NTBR* 2015/25 waarin zij stellen dat ondanks de definitie van 'kabels' in de Telecommunicatiewet en het standpunt van de minister in de parlementaire geschiedenis hierover, lege mantelbuizen netten zijn in de zin van art. 5:20 lid 2 BW en geen bestanddeel worden van een later daarin gelegd telecomnet.

98 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 834, nr. 12, p. 2.

99 In de zaak *Rb. Noord-Nederland* 17 juni 2015, *ECLI:NL:RBNNE:2015:2878* (*Essent c.s./Overheden*) oordeelt de rechtbank in r.o. 2.2.23 dat naast de definities in sectorspecifieke wetten de specifieke wet zelf en de daarop gebaseerde regelgeving voorts in andere bepalingen nadere aanwijzingen geven voor hetgeen naar verkeersopvatting tot (in dit geval) een elektriciteitsnet behoort. Het betreffen echter aanwijzingen die steeds in het concrete geval, in het licht van alle omstandigheden daarvan, moeten worden beoordeeld of naar verkeersopvatting sprake is van bestanddeelvorming.

deel van een rioolgemaal als deze persleidingen daaraan zijn verbonden, of zijn de persleidingen als hoofdzaak te beschouwen en wordt het rioolgemaal als bestanddeel nagetrokken door de leidingen? Onduidelijkheid over de omvang van een netwerk geeft onder meer praktische problemen bij de registratie van een netwerk en kan leiden tot terughoudendheid in het registreren van netwerken.

6.2.2 *Gebruik ondergrond, toegang en onderhoud*

Art. 5:20 lid 2 BW regelt enkel de eigendom van netten; dit is echter niet voldoende. Wanneer netten in, op of boven de grond van een ander worden aangelegd, is cruciaal voor de exploitatie van netten dat over de aanleg, de aanwezigheid, het onderhoud en de eventuele verwijdering of vlegging van netten duidelijke afspraken worden gemaakt tussen net- en grondeigenaar (de zogenaamde 'lig- en legrechten'). Deze afspraken worden vaak door middel van opstalrechten geregeld, maar dit kan ook door middel van kwalitatieve verplichtingen of erfdienstbaarheden.¹⁰⁰ Nadeel hiervan is dat met elke grondeigenaar individueel afspraken gemaakt moeten worden en dat kan niet alleen tijdrovend zijn, maar ook een behoorlijke kostenpost bij een net dat een groot aantal percelen van verschillende eigenaren doorsnijdt. Tevens kunnen bij overdracht van netwerken waarbij eerder opstalrechten of 'oude BP-rechten' zijn gevestigd onduidelijkheden ontstaan, bijvoorbeeld indien de eigendom van het netwerk wel wordt overgedragen, maar (een deel van) de eerder gevestigde opstalrechten daarbij 'vergeten' worden. Lastig is ook de situatie wanneer opstalrechten voor het hebben en houden van verschillende netwerken tegelijkertijd zijn gevestigd en na verloop van tijd maar één van die netten wordt overgedragen.¹⁰¹

6.2.3 *Bevoegd aanleggerschap?*

Voor bestaande en al (jaren geleden) aangelegde netten geldt (ook) de vraag of de aanlegger destijds bevoegd was tot aanleg ervan; anders zal

¹⁰⁰ Overigens kunnen de lig- en legrechten ook uit publieke gedoogplichten volgen.

¹⁰¹ Zie ook M.M.G.B. van Drunen, 'Kan een opstalrecht, gevestigd voor kabels en leidingen ten behoeve van meerdere nutsvoorzieningen, worden overgedragen voor zover dit op één nutsvoorziening betrekking heeft?', *WPNR* 2013/6976, met reactie A.A. van Velten, *WPNR* 2013/6984.

de eigendomspretentie van art. 5:20 lid 2 BW immers niet opgaan voor deze netten. Het vaststellen van de bevoegde aanleg van al aangelegde netten is een punt van aandacht. Bij overdracht of inschrijving van een (bestaand) net zal de notaris voor het verlijden van de akte zich ervan moeten vergewissen dat de partij die het net overdraagt of wil inschrijven daartoe bevoegd is dan wel als bevoegd aanlegger (of veelal: rechtsopvolger) van het net is te beschouwen. De notaris zal in veel gevallen afhankelijk zijn van de stukken of akten die de eigenaar aanlevert en waaruit, voor de notaris, genoegzaam moet blijken of de betreffende partij als bevoegde aanlegger (of rechtsopvolger) is te beschouwen. In de praktijk blijkt dat het aanleveren van akten of andere stukken een lastige zaak is. Simpelweg omdat deze bewijsmiddelen niet meer bestaan of omdat in het verleden geen schriftelijke stukken zijn opgemaakt waaruit de toestemming blijkt, bijvoorbeeld omdat er mondelinge toezeggingen zijn gedaan. Om tegemoet te komen aan de problemen waarvoor de notaris betreffende de bevoegdheidsvraag kwam te staan, heeft de wetgever voorzien in een overgangsregeling. Deze overgangsregeling is in art. 155a van de Overgangswet NBW opgenomen. Genoemd artikel regelt dat degene die zich op de peildatum 1 februari 2007 (zijnde de ingangsdatum van de nieuwe eigendomsregeling) als eigenaar gedroeg, bevoegd is de aanleg van een net in te schrijven in de openbare registers. Dientengevolge zal deze (vermoedelijke) eigenaar het net kunnen overdragen en bezwaren. De notaris zal moeten beoordelen of degene die de inschrijving verlangt, zich op genoemde datum als eigenaar gedroeg. In de toelichting op de overgangsregeling is hiervoor ook enige houvast gegeven en zijn voorbeelden genoemd van partijen die zich als 'eigenaar' kunnen voordoen.¹⁰²

102 Zoals: a. een aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk in de zin van de Tw die op 1 februari 2007 als zodanig bij de OPTA was geregistreerd; b. een waterleidingbedrijf genoemd in de Regeling distributiegebieden waterleidingbedrijven, ten aanzien van de netwerken gelegen in het distributiegebied waarin het bedrijf op 1 februari 2007 volgens deze Regeling zorg droeg voor de drinkwatervoorziening; c. degene die op grond van art. 10 Elektriciteitswet 1998 of art. 2 Gaswet voor het beheer van dat net een netbeheerder had aangewezen, welke aanwijzing op 1 februari 2007 nog van kracht was.

6.2.4 *Net in eigen grond*

In art. 5:20 lid 2 BW is opgenomen dat een bevoegde aanlegger van een net in, op of boven de grond *van anderen* eigenaar is van het net. Wanneer de tekst van het artikel letterlijk wordt gevolgd, dan zou je kunnen veronderstellen dat een net dat *in eigen grond* is aangelegd niet onder genoemd artikel zou vallen en dus dat in deze situatie doorbreking van de verticale natrekking niet aan de orde is. Doorredenerend zou bij een net in eigen grond, ten aanzien van de kwalificatievraag of een net al dan niet een zelfstandige zaak is ten opzichte van de grond, de hoofdregel van art. 5:20 lid 1 BW van toepassing zijn. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat een in eigen grond aangelegd net niet zomaar overgedragen kan worden. Bij introductie van de eigendomsregeling heeft de nadruk gelegen op de vraag wie eigenaar zou zijn van een net in andermans grond en dit is als zodanig opgenomen in art. 5:20 lid 2 BW. Een aspect dat niet verder uitgewerkt is, is de vraag of een net in de grond wel of niet als een bestanddeel van de grond moet worden aangemerkt, dan wel of een net als een zelfstandige zaak (ten opzichte van de grond) heeft te gelden. Als dit aspect meer nadruk had gekregen, bijvoorbeeld door vastlegging ervan in de wet, dan zou het sowieso niet (meer) uitmaken of het net wel of niet in eigen of andermans grond is aangelegd. Eerder is al¹⁰³ gesuggereerd dat, wanneer voornoemde vraag meegenomen zou zijn bij de uitwerking van de eigendomsregeling, bijvoorbeeld art. 3:4 BW aangepast had kunnen worden. Deze aanpassing zou kunnen zien op een nieuw lid aan art. 3:4 BW waarin geregeld zou worden dat een net niet als bestanddeel van de grond (of: een onroerende zaak) waarin, waarop of waarboven het is aangelegd, beschouwd kan worden. Daaruit zou dan volgen dat het net een zelfstandige eenheid is ten opzichte van de grond en dat de grondeigenaar niet automatisch eigenaar zal zijn van een net dat in zijn grond is of zou worden aangelegd omdat de (hoofd)regel van art. 5:20 lid 1 BW niet van toepassing zou zijn. Hoewel art. 5:20 lid 2 BW enkel de kwalificatie van de eigendom van een net regelt, roepen de bewoordingen van de regeling ('de grond van anderen') toch vragen op over de

103 Zie B.A.M. Janssen, *Wie heeft de leiding? De eigendom van kabel- en leidingnetten* (diss. Utrecht), Veenendaal: Universal Press 2010, par. 5.3.1.1.

bestanddeelvorming en ligt het in de reden dat hierover meer duidelijkheid wordt gegeven.¹⁰⁴

6.2.5 WKO-systemen

Een WKO-systeem biedt de mogelijkheid om het energieverbruik te beperken door energie in de vorm van warmte of koude op te slaan in de bodem. Door toepassing van deze techniek kunnen gebouwen, woningen, kassen en processen worden gekoeld en verwarmd. Naar verwachting zal de komende jaren het aantal WKO-systemen in Nederland sterk groeien. Een WKO-systeem kan uit een open of een gesloten bronsysteem bestaan. Bij een open bronsysteem wordt koud grondwater uit de grond onttrokken en na opwarmen weer in de bodem geïnfilteerd (het proces verloopt andersom tijdens verwarmen). Bij een gesloten bronsysteem wordt een vloeistof in een warmtewisselaar door de bodem via leidingen rondgepompt. Goederenrechtelijk bezien bestaan ten aanzien van WKO-systemen nog diverse onduidelijkheden.¹⁰⁵ Allereerst de eigendomsvraag; wie is of wordt eigenaar van het systeem? Is een WKO-systeem te kwalificeren als een net in de zin van art. 5:20 lid 2 BW en is de bevoegde aanlegger van het systeem de eigenaar of moet de aanlegger of beheerder een recht van opstal vestigen om de eigendom van het systeem te verkrijgen of te behouden? Ten tweede speelt ook in dit verband de vraag of een WKO-systeem als een bestanddeel van het gebouw is te beschouwen, bijvoorbeeld indien het WKO-systeem solitair voorziet in de energiebehoefte van dat gebouw. Of dient een WKO-systeem als een zelfstandige eenheid c.q. als een zelfstandige onroerende zaak of 'werk' te wor-

104 Zie ook F.J. Vonck, 'Eigendom van onbevoegd of in eigen grond aangelegde netten', *WPNR* 2015/7071, waarin hij stelt dat netten in eigen grond enerzijds op grond van art. 5:20 lid 1 BW een goederenrechtelijke eenheid met de grond vormen; anderzijds dat deze netten, anders dan alle andere gebouwen en werken die door duurzame vereniging met de grond toebehoren aan de grondeigenaar, een zekere zelfstandigheid hebben. Zij zijn, zonder tussengelegen opstalrecht, vatbaar voor zelfstandige vervreemding en bezwaring. De eigendom wordt zelfstandig door ofwel overdracht ofwel een registratie van het net, aldus Vonck.

105 De vraag of warmte kan worden aangemerkt als een zaak in de zin van art. 3:2 BW en of warmte daardoor voorwerp van eigendom is, wordt in dit advies niet meegenomen. Hiervoor wordt verwezen naar: E.H.P. Brans, W.G. Huijgen, 'Koude-warmte opslag; de eigendom van bodemenergie en de (on)mogelijkheid van exploitatie', *NTBR* 2009/12 en verder H.E. Woldendorp, 'De regulering van bodem-energiesystemen (I)', *BR* 2011/84.

den beschouwd? Zo ja, dan kunnen ook hierdoor ingewikkelde regelingen ontstaan, bijvoorbeeld wanneer het WKO-systeem een gebouw van energie voorziet dat eerder gesplitst is in appartementsrechten en het systeem door middel van opstalrechten verzelfstandigd dient te worden.

6.2.6 *Vaststelling aanvang aanleg*

Wat is het juridische gevolg indien een net wordt overgedragen of bezwaard met een recht van hypotheek, terwijl er feitelijk geen net in de grond is aangelegd of inmiddels verwijderd is? De aanleg (maar ook de verwijdering) van een net kan volgens art. 3:17 lid 1 sub k BW worden ingeschreven in de openbare registers. Volgens de parlementaire toelichting hebben de woorden 'wordt aangelegd' betrekking op de situatie dat daadwerkelijk een aanvang is gemaakt met de aanleg van een net. Wat onder 'daadwerkelijk een aanvang is gemaakt' moet worden verstaan, is niet verder uitgewerkt. Dit is een omissie, want het moment dat daadwerkelijk begonnen wordt met de aanleg kan verschillend worden geïnterpreteerd. Is dit op het moment van het aanvragen van een vergunning of op het moment van afgifte van een vergunning om tot aanleg van een netwerk over te (mogen) gaan? Of moet 'daadwerkelijk een aanvang is gemaakt' zo feitelijk worden uitgelegd dat de aanleg aanvangt op het moment dat de spade letterlijk in de grond wordt gestoken? En wie controleert dit? In de huidige situatie wordt niet gecheckt of een net daadwerkelijk is of wordt aangelegd in de grond. De notaris zal bij de inschrijving van het net zich ervan moeten vergewissen dat er sprake is van bevoegde aanleg van het net, maar heeft daarbij geen plicht om te onderzoeken of het net ook daadwerkelijk in de grond is of wordt aangelegd. Ook na inschrijving van de aanleg van het net in de openbare registers wordt een dergelijke check niet gedaan. Er vindt geen uitmeting plaats zoals dat het geval is bij het splitsen van percelen. De wetgever had in de toelichting dit punt enigszins kunnen preciseren.

6.3 Oplossingen voor de gesignaleerde problemen

6.3.1 *Omvang netwerk en deelnetten*

Zoals hiervoor opgemerkt, zal de omvang van een net, wanneer sector-specifieke wetgeving ontbreekt, bepaald worden op basis van art. 3:4

BW, te weten aan de hand van de verkeersopvatting. Om voor netwerken die niet in sectorspecifieke wetgeving zijn gedefinieerd meer handvatten te bieden om tot een duidelijkere afbakening van de omvang van dat netwerk te komen, zou met instandhouding van de sectorspecifieke bepalingen een algemene netdefinitie, als 'vangnet', uitkomst kunnen bieden. Gelet op de systematiek van het BW zou een dergelijke algemene definitiebepaling in Boek 3 van het BW thuishoren. Een andere mogelijkheid zou zijn om de huidige eigendomsregeling zodanig 'op te tekken' dat deze ook als 'bestanddelenregel' beschouwd kan gaan worden (zie in het verlengde hiervan ook de aanbevelingen onder 6.3.4). Gelet op de verschillende definities in onder meer de Gas- en Elektriciteitswet 1998 zou aan art. 5:20 lid 2 BW toegevoegd kunnen worden dat onder 'net' ook wordt begrepen de daarbij behorende installaties en andere hulpmiddelen die bestemd zijn voor het transport van hetgeen in het net wordt getransporteerd. Hiermee wordt in ieder geval bedoeld op installaties en hulpmiddelen die in technisch opzicht noodzakelijk zijn voor de transportfunctie van de kabels of leidingen en als bestanddeel van het net hebben te gelden. Het gebouw waarin een installatie of hulpmiddel staat, valt evenwel dan niet automatisch onder de net-definitie aangezien een gebouw of kast in technische zin niet direct bijdraagt aan het transport van hetgeen zich in de kabel of leiding bevindt. De eigendom van het gebouw of de kast wordt doorgaans geregeld door eventueel gevestigde opstalrechten of doordat deze duurzaam verenigd zijn met de grond en de grondeigenaar ook eigenaar is van de kast of het gebouw.

6.3.2 *Gebruik ondergrond toegang en onderhoud*

De relatie tussen de grondeigenaar en de neteigenaar verdient specifiek aandacht. Enerzijds zou de oplossing gevonden kunnen worden door in diverse sectorspecifieke wetten gedoogrechten en -plichten op te nemen, analoog aan de Telecommunicatiewet. Anderzijds zou in het burendrecht een algemene regeling kunnen worden opgenomen ten aanzien van de rechten en verplichtingen van beide eigenaren en zouden de lig- en legrechten in algemene zin, naast de bestaande sectorspecifieke wetgeving, geregeld kunnen worden. Gelet op de (algemene) eigendomsregeling van netten in Boek 5 BW ligt het in de rede om een algemene regeling inzake aanleg, onderhoud en verwijdering van netten op te nemen in titel 4 Boek 5 BW. Daarnaast vallen netten al onder het domein van het burendrecht

door art. 5:58 BW, dat niet meer alleen de noodwaterleiding regelt, maar inmiddels ook is uitgebreid voor noodvoorzieningen inzake elektriciteit, gas en warmte. Het burennrecht is ook een nadere uitwerking van het eigendomsrecht en de bepalingen van het burennrecht zijn van regelend recht. Het burennrecht regelt over en weer de verplichtingen en bevoegdheden van eigenaren van naburige erven en leent zich derhalve prima voor opname van regels tussen neteigenaar en grondeigenaar.

Aanbevolen wordt om de algemene in het burennrecht op te nemen gedoogrechten en -plichten voor zowel publieke gronden als voor private gronden te laten gelden; een en ander ook gelet op het grote belang van de ondergrondse netwerkinfrastructuur en het doorgaans beperkte belang van de grondeigenaar bij de (diepere) ondergrond, gezien art. 5:21 BW.¹⁰⁶ Om op basis van de voorgestelde algemene regeling in het burennrecht bepaalde lig- en legrechten te verkrijgen, dienen partijen eerst wel een poging te doen tot minnelijke overeenstemming. Wanneer grondeigenaar en neteigenaar overeenstemming bereiken dan zal de neteigenaar het pakket aan in het burennrecht op te nemen lig- en legrechten verkrijgen, waarmee tevens vast komt te staan dat de neteigenaar als bevoegde aanlegger is te beschouwen in de zin van art. 5:20 lid 2 BW. Een (eventueel) gefixeerde schadevergoeding voor in ieder geval de particuliere grondeigenaar zou onderdeel moeten uitmaken van de regeling in het burennrecht. Indien partijen er onderling niet uitkomen, zou vervangende toestemming gevraagd kunnen worden van de rechter. Een ander aspect van de algemene gedoogregel zou het recht om te mogen (blijven) liggen moeten zijn. Immers, het uit art. 5:20 lid 2 BW voortvloeiende eigendomsrecht van de leidingen brengt voor de eigenaar nog niet de bevoegdheid mee om deze leidingen in de grond van de gemeente te hebben en te houden.¹⁰⁷ Het ligrecht is uitermate belangrijk voor een neteigenaar omdat verlegging van (een deel van) het net hoge kosten met

106 Zie R.S. Breet, C.L. Klapwijk & W.H.E. Parlevliet, 'Netbeheerperikelen: leggen en liggen, lusten en lasten', *BR* 2015/12, waarin de auteurs stellen dat netbeheerders in toenemende mate gedwongen worden om (een deel van) hun infrastructuur in particuliere gronden aan te leggen omdat er reeds een immense hoeveelheid ondergrondse infrastructuur aanwezig is waardoor de ruimte in openbare grond steeds schaarser wordt.

107 Zie HR 20 september 2013, *NJ* 2014/522, waarin dit uitdrukkelijk door de Hoge Raad is bevestigd.

zich mee kan brengen.¹⁰⁸ Wanneer dit op verzoek van de grondeigenaar gebeurt, zal in de regel ook de grondeigenaar voor de kosten moeten opdraaien.

Tot slot zullen ook gedoogplichten inzake spoedeisende werkzaamheden, het kunnen c.q. mogen verplaatsten en terugplaatsen van bomen en beplantingen en de vergoeding van schade/schadeloosstelling en het in oude staat terugbrengen van het erf van de grondeigenaar vastgelegd moeten worden in het burennrecht.

Partijen kunnen door het sluiten van overeenkomsten of door het vestigen van zakelijke rechten wijziging(en) aanbrengen in de rechten en verplichtingen en dus kunnen afwijkende afspraken worden gemaakt indien dat in de gegeven omstandigheden noodzakelijk is. Het feit dat het burennrecht van regeland recht is, laat overigens de gedoogregimes van de Telecommunicatiewet, alsmede het nieuwe regime dat voor werken van algemeen belang in hoofdstuk 10 van de komende Omgevingswet wordt opgenomen, in stand.

6.3.3 *Bevoegd aanleggerschap?*

Wanneer een algemene gedoogregeling in het burennrecht wordt geïntroduceerd – als aanvulling op de gedoogregimes in de Telecommunicatiewet en de Omgevingswet – is het vaststellen van de bevoegde aanleg veel eenvoudiger. Immers, de gedoogplicht op grond van de algemene regeling, als sluitstuk op de bijzondere regimes, zal voor alle nieuw aan te leggen netwerken op relatief eenvoudige wijze uitsluitel geven over de bevoegdheid om een net aan te leggen.

¹⁰⁸ Een ander belangrijk gevolg van het ligrecht is de eventuele heffing van precario-rechten. Wanneer er geen ligrechten overeengekomen zijn en een gemeente het net 'onverplicht gedooft', kunnen er precario-rechten worden geheven, zie: HR 15 maart 2013, ECLI:NL: PHR:2013:BZ4100. Hoewel steeds meer gemeenten precario-rechten gaan heffen, staat dit al geruime tijd ter discussie. Op 18 november 2015 is door Veldman c.s. een motie ingediend waarin de regering wordt verzocht zo snel als mogelijk een wetsvoorstel bij de Kamer in te dienen om de precariobelasting af te schaffen, met daarbij een ruime overgangsperiode zodat de decentrale overheden die deze belasting heffen de mogelijke inkomstendering geleidelijk kunnen opvangen. Zie *Kamerstukken II 2015/16, 34300-VII, nr. 29*.

Voor bestaande netten zou dan nog de bestaande regeling in art. 155a van de Overgangswet NBW uitkomst kunnen bieden. Aangezien de peildatum van de overgangsregeling (te weten: 1 februari 2007) alweer enige tijd geleden is, blijkt in de praktijk het weer lastiger te worden om documenten over te leggen waaruit blijkt dat de neteigenaar zich 'als eigenaar heeft gedragen' op genoemde peildatum. De rechtszekerheid is gebaat bij de registratie van netten zodat aanbevolen wordt om de peildatum met een aantal jaren (bijvoorbeeld vijf jaar) te verschuiven tot 1 februari 2012. Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn dat, indien geen algemene gedoogregeling in het burendrecht wordt opgenomen, een wettelijk vermoeden wordt geïntroduceerd. Dit vermoeden zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat degene die aanlegt, dan wel diens rechtsopvolger,¹⁰⁹ wordt vermoed bevoegd aanlegger te zijn indien hij zich op het moment van inschrijving minimaal gedurende een aaneengesloten periode van (bijvoorbeeld) vijf jaar als eigenaar heeft gedragen.

De art. 5:26-28 en 5:36 BW kennen een vergelijkbaar eigendomsvermoeden al. Zo worden stranden vermoed eigendom te zijn van de Staat, evenals de grond waarop zich openbare vaarwateren bevinden, als ook dat het midden van een muur, hek, heg of greppel vermoed wordt de grens te zijn tussen twee erven. Het plegen van onderhoud kan al een indicatie zijn dat een partij de vermoedelijke eigenaar is (art. 5:28 lid 1 BW).

Het introduceren van een rechtsvermoeden met betrekking tot het bevoegd aanleggerschap (te weten: degene die zich voor een nader te bepalen periode als eigenaar heeft gedragen) zal in beginsel dan ook geen noviteit zijn in Boek 5 BW. Het gedragen als eigenaar is door de overgangsregeling van art. 155a van de Overgangswet NBW inmiddels al een bekend fenomeen en zou bij een wettelijk vermoeden ook gehandhaafd kunnen blijven. Overigens geldt dit vermoeden niet indien het netwerk tegen de uitdrukkelijke wil van de grondeigenaar waarin het net gelegen is, is aangelegd, dan wel een andere partij een beter recht stelt te kunnen claimen en dit door middel van de inschrijving van een dag-

109 Zie ook M.M.G.B. van Drunen, 'Art. 155a lid 1 Overgangswet NBW en de rechtsopvolger van degene die zich op 1 februari 2007 als eigenaar van het netwerk gedroeg', *WPNR* 2012/6951 en F.J. Vonck, 'Eigendom van onbevoegd of in eigen grond aangelegde netten', *WPNR* 2015/7071 en de reactie van Van Drunen op deze bijdrage van Vonck in *WPNR* 2015/7079, p. 876-877.

vaarding kenbaar maakt in de openbare registers.¹¹⁰ Door genoemd wettelijk vermoeden te introduceren, vervalt de noodzaak voor het behouden van art. 155a van de Overgangswet NBW. Althans, dit artikel zou overgeheveld kunnen worden naar het BW, zodat de wijze waarop een dergelijk vermoeden kenbaar moet worden gemaakt, overeenkomt met de huidige wijze van inschrijven en publicatie daarvan in de *Staatscourant* en een landelijk dagblad. Aangezien dit vereisten voor registratie inhouden, zou plaatsing ervan in titel 1, afdeling 2 van Boek 3 BW voor de hand liggen.

6.3.4 *Net in eigen grond*

Om alle onduidelijkheid op dit punt weg te nemen, wordt aanbevolen om in ieder geval de woorden 'van anderen' te schrappen in de eigendomsregeling. Tevens zou daarbij verduidelijkt mogen worden dat netten – maar eventueel ook werken van algemeen belang en WKO-systemen – die volledig in eigen grond zijn aangelegd, (ook) als zelfstandige onroerende zaken moeten worden beschouwd. Dit kan tot uitdrukking gebracht worden door i) aan art. 3:4 BW een nieuw derde lid toe te voegen waarin geregeld is dat een net niet als bestanddeel van de grond (of: een onro-

¹¹⁰ In het Belgische recht wordt overeenkomstig art. 533 BBW vermoed dat alle gebouwen, beplantingen en werken op of onder de grond door de eigenaar op zijn kosten tot stand zijn gebracht en hem toebehoren, tenzij anders is bewezen. Het hier genoemde wettelijke vermoeden is weerlegbaar. In art. 553 BBW liggen twee vermoedens besloten. Het eerste is dat alle gebouwen, beplantingen en werken op of onder de grond van een erf worden vermoed door de eigenaar op zijn kosten tot stand te zijn gebracht. Om dit te weerleggen moet een derde aantonen dat hij op zijn kosten en met zijn materiaal heeft gebouwd. Wanneer deze derde daarin slaagt, dan ontstaat er een geschil tussen twee eigendomsrechten waarvoor art. 555 BBW een oplossing biedt. Mogelijk is ook dat de grondeigenaar met materialen van een derde gebouwd heeft. Indien dit laatste wordt bewezen, dan kan in art. 554 BBW een oplossing gezocht worden. Het tweede vermoeden is dat vermoed wordt dat de gebouwen, beplantingen en werken aan de eigenaar van de grond toebehoren. Een derde kan dit (gedeelte van het) vermoeden weerleggen door te bewijzen dat hij door verjaring of op basis van een andere titel de eigendom van de gebouwen, beplantingen of werken heeft verkregen. Dit wettelijke vermoeden is niet eenvoudig te weerleggen. Er kan niet volstaan worden met verklaringen van betrokken partijen of feiten die een eenvoudig vermoeden zouden kunnen wettigen; er is een geschrift van de grondeigenaar vereist. Het volstaat dus ook niet dat de bouwheer op zijn kosten en met zijn materialen gebouwd heeft. Hij zal het bewijs moeten bijbrengen dat hij van de grondeigenaar het recht heeft om voor zijn rekening te bouwen.

rende zaak) waarin, waarop of waarboven het is aangelegd, beschouwd kan worden of door ii) een zin (of een nieuw artikellid) toe te voegen aan de eigendomsregeling met de strekking dat wanneer een net in de grond is of wordt aangelegd een apart of zelfstandig eigendomsrecht ten aanzien van dat net ontstaat.

6.3.5 WKO-systemen

In art. 1.1 van het Waterbesluit staan open en gesloten bodemenergiesystemen omschreven. In de definitie van een gesloten bodemenergiesysteem staat dat dit een installatie betreft dat door middel van een *gesloten circuit van leidingen*, met inbegrip van een bijbehorende warmtepomp, circulatiepomp en regeneratievoorziening, warmte of koude levert ten behoeve van de verwarming of koeling van ruimten in bouwwerken. Gelet op deze definitie zou dit type WKO-systemen onder de definitie van net gebracht kunnen worden. Een ander argument om dit type WKO-systeem onder de reikwijdte van art. 5:20 lid 2 BW te brengen, is dat bij de aanleg van een dergelijk systeem onder de grond niet direct rekening wordt gehouden met de perceelsgrenzen (die mede bepalend zijn voor het gebruik van een perceel onder de grond). Een WKO-systeem zal – uiteraard in mindere mate dan netten – meerdere percelen kunnen doorkruisen waardoor de vergelijking met (de eigendomsproblematiek van) netten ook op dit punt opgaat.

In de definitie van een open bodemenergiesysteem ontbreekt echter de passage 'circuit van leidingen' waardoor onduidelijk is of een dergelijk systeem onder art. 5:20 lid 2 BW gebracht zou kunnen worden. Feit blijft dat beide systemen warmte en koude leveren/transporteren zodat het – gelet op de netten die voor allerlei nutsvoorzieningen onder de eigendomsregeling vallen – in de reden ligt om WKO-systemen, ongeacht of dit open of gesloten bodemenergiesystemen zijn, onder de reikwijdte van art. 5:20 lid 2 BW te laten vallen.

Gelet op het voorgaande wordt aanbevolen om WKO-systemen op te nemen in de eigendomsregeling, dan wel om de eigendomsregeling voor netten van overeenkomstige toepassing te verklaren op WKO-systemen. Door invoering van de voorgestelde wijziging zal een WKO-systeem, evenals een net, als een feitelijke en functionele eenheid kunnen worden aangemerkt. Het vestigen van opstalrechten is dan niet meer nodig; de bevoegde aanlegger is immers eigenaar van het WKO-systeem dat als

een zelfstandige voor beschikking vatbare eenheidszaak is aan te merken.

Overigens is de aanbeveling om de eigendomsregeling op WKO-systemen van toepassing te verklaren geen vreemde keus. In art. 10.28 van de Omgevingswet¹¹¹ is namelijk hetzelfde gedaan door daarin op te nemen dat art. 5:20 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing is op werken van algemeen belang die met toepassing van een gedoogplichtbeschikking worden aangelegd, in stand gehouden, gewijzigd of verplaatst. Hoofdstuk 10 van de Omgevingswet, waarvan art. 10.28 onderdeel uitmaakt, vervangt de huidige Belemmeringenwet Privaatrecht waarin thans overigens niets geregeld is over de eigendom van het aan te leggen werk van algemeen belang. In de toelichting op art. 10.28 staat dat wanneer partijen niet tot minnelijke overeenstemming kunnen komen en het uiteindelijk aankomt tot het opleggen van een gedoogplicht, men terug kan vallen op art. 5:20 lid 2 BW. De gedoogbeschikking kan in die situatie als bewijs van bevoegd aanleggerschap gelden. Omdat werken van algemeen belang niet alleen zien op kabels en leidingen, wordt de eigendomsregeling van overeenkomstige toepassing verklaard. Wanneer dit namelijk niet geregeld zou worden, dan zouden die werken door het bepaalde in art. 5:20 lid 1 BW mogelijk eigendom kunnen worden van de eigenaar van de grond waarop of waarin het werk is geplaatst, aldus de wetgever.¹¹²

Hoewel art. 10.28 van de Omgevingswet de nodige duidelijkheid schept over de eigendom van werken van algemeen belang – hetgeen nu nog in het midden ligt – zou het in de rede kunnen liggen om genoemde bepaling over te hevelen naar het BW. In het verlengde van de eerste aanbeveling zou de eigendomsregeling niet alleen op WKO-systemen, maar ook op werken van algemeen belang van overeenkomstige toepassing verklaard kunnen worden.

6.3.6 Vaststelling aanvang aanleg

Wanneer zou worden aangesloten bij de conceptuele rechtsfiguur 'drie-dimensionaal eigendom' zoals genoemd in par. 4.3.4, dan zou nadere uitwerking van de aanvang van de aanleg van het net (de fysieke aanwezig-

111 *Kamerstukken I 2014/15*, 33 962, A.

112 *Kamerstukken II 2013/14*, 33 962, nr. 3, p. 532.

heid) niet (meer) uitgewerkt hoeven te worden. Indien aansluiting bij de fysieke werkelijkheid of de fysieke eigendom losgelaten zou worden, dan zal de vraag of er daadwerkelijk een aanvang is genomen met de (fysieke) aanleg van een net, niet meer opportuun zijn. Immers, driedimensionaal eigendom gaat uit van de gedachte dat een rechtssubject eigenaar is van al hetgeen zich bevindt in een zowel horizontaal als verticaal afgebakende ruimte zodat het rechtssubject binnen deze ruimte met uitsluiting van andere rechtssubjecten zijn eigenaarsrechten en bevoegdheden kan uitoefenen. Of deze bevoegdheden ook daadwerkelijk worden uitgevoerd (in casu: het aanbrengen van een net in de grond), is dan niet meer interessant, omdat de eigendomsrechten met betrekking tot de driedimensionale ruimte al zijn verkregen.

Gelet op art. 5:107 BW, waaruit volgt dat een appartementencomplex alvorens het gebouwd is al op papier gesplitst kan worden, zou ook gereedeneerd kunnen worden dat het vaststellen of checken van de fysieke aanwezigheid van (een deel van) het net niet noodzakelijk hoeft te zijn. In wezen is in dit verband al het idee van de aanwezigheid van een fysiek object losgelaten hetgeen voor netwerken ook prima kan volstaan. Toch is er een belangrijk verschil tussen het op papier kunnen splitsen van een virtueel gebouw en het inschrijven van een virtueel net. Na verloop van tijd is vrij eenvoudig te controleren of het op papier gesplitste appartementencomplex ook daadwerkelijk is verrezen. Immers zonder al te veel moeite kan men met eigen ogen waarnemen of het complex al dan niet is gebouwd, dan wel opnieuw is ingericht. Wanneer dit niet het geval is, kan drie jaar na inschrijving opheffing van de splitsing worden gevraagd (art. 5:144 BW). Bij netwerken, die doorgaans onder de grond worden aangelegd, is deze waarneming niet zo gemakkelijk uit te voeren. Er moet nogal wat overhoop worden gehaald om de aan- of afwezigheid van een net in de grond te kunnen vaststellen. Gelet hierop wordt dan ook voorgesteld dat nader moet worden gepreciseerd wat onder 'daadwerkelijk een aanvang is gemaakt' moet worden verstaan. Aanbevolen wordt om op dit punt bijvoorbeeld aan te sluiten bij de regeling voor inschrijving van in aanbouw zijnde schepen. Volgens art. 12 lid 2 van de Maatregel teboekgestelde Schepen 1992 kan inschrijving van een in Nederland in aanbouw zijnde schip plaatsvinden wanneer aan de bewaarder aannemelijk is gemaakt dat met de bouw van het schip is begonnen. Wanneer dit bij de aanleg van netten zou worden toegepast, zou van 'daadwerkelijke aanvang van de aanleg' in juridische zin sprake zijn wanneer de aanleg

ter inschrijving wordt aangeboden en het aan de bewaarder aannemelijk is gemaakt dat met de feitelijke aanleg van het net is begonnen.¹¹³ Zodra inschrijving van de 'daadwerkelijk aangevangen' aanleg heeft plaatsgevonden, is sprake van een registergoed in de zin van art. 3:10 BW en kan een hypotheek op het nog niet voltooide net worden gevestigd. Dit is enigszins weer vergelijkbaar met de situatie van een schip in aanbouw. Op grond van art. 8:780 jo. art. 8:785 BW dienen binnenschepen, óók die in aanbouw zijn, te boek gesteld te worden. De bouw van een binnenschip kan dan door middel van een verleende hypotheek gefinancierd worden, omdat het schip tijdens de bouw te boek moet worden gesteld. Overigens geldt voor binnenschepen, maar ook voor zee(vissers)schepen, dat na afbouw ervan opnieuw een verzoek tot inschrijving moet worden aangeboden aan de bewaarder, inhoudende de teboekstelling als afgebouwd schip (art. 13 van de Maatregel teboekgestelde schepen 1992). De vraag rijst of een dergelijke verplichte inschrijving van de voltooiing van de aanleg van een net (nadat de aanleg ervan al is ingeschreven) ook zou moeten plaatsvinden. Gelet op de rechtszekerheid en de derdenwerking zal inschrijving van voltooiing van het net in ieder geval wel wenselijk zijn. De registratie wordt immers zo dichterbij de feitelijke werkelijkheid gebracht. Overigens zou de hier voorgestelde regeling ook tevens moeten zien op de (vaststelling van de) verwijdering van een net.

6.3.7 Resumerend

– Voor wat betreft de eigendom van netten

Gelet op voorgaande aanbevelingen die zijn gedaan met betrekking tot de eigendom van netten, zou een nieuw art. 5:20a BW geïntroduceerd mogen worden. Het eerste lid van dit nieuwe artikel zou bestaan uit het huidige tweede lid van art. 5:20 BW, waarin toegevoegd is dat installaties en hulpmiddelen onderdeel zijn van het net. Tevens zijn de woorden 'grond van anderen' geschrapt. Het tweede lid van dit nieuwe artikel zou het wettelijk vermoeden inhouden, te weten dat de aanlegger vermoed wordt bevoegd aanlegger te zijn wanneer hij zich gedurende een periode van vijf jaar als eigenaar heeft gedragen. In het derde lid kan vervolgens

¹¹³ Op basis van welke stukken of bewijsmiddelen dit aan de bewaarder aannemelijk moet worden gemaakt, zal dan nog verder uitgewerkt moeten worden.

worden opgenomen dat het eerste lid van overeenkomstige toepassing is op WKO-systemen en werken van algemeen belang.

Een dergelijk artikel zou er als volgt uit kunnen zien:

Artikel 20a

“1. In afwijking van artikel 20 behoort de eigendom van een net, bestaande uit een of meer kabels en leidingen, met bij behorende installaties en andere hulpmiddelen, dat bestemd is voor transport van vaste, vloeibare of gasvormige stoffen, van energie of van informatie, en in, op of boven de grond of een werk is of wordt aangelegd, toe aan de bevoegde aanlegger van dat net, dan wel aan diens rechtsopvolger.

2. De aanlegger van een net, dan wel diens rechtsopvolger, wordt op het moment van inschrijven vermoed bevoegd aanlegger te zijn, indien hij zich gedurende een periode van vijf jaar als eigenaar van het net heeft gedragen.

3. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing op werken van algemeen belang die met toepassing van een gedoogplichtbeschikking worden aangelegd, in stand gehouden, gewijzigd of verplaatst als bedoeld in artikel 10.11 van de Omgevingswet, en op open en gesloten bodemenergiesystemen als bedoeld in artikel 1.1 van het Waterbesluit.”

Hierbij zij opgemerkt dat art. 10.28 Omgevingswet geschrapt dient te worden, evenals het eerste lid van art. 155a Overgangswet NBW. Voorts wordt opgemerkt dat de Waterwet te zijner tijd opgenomen zal worden in de Omgevingswet.

– **Voor wat betreft de bestanddeelregeling**

Hoewel dit preadvies ziet op eventuele aanpassingen van Boek 5 BW, zouden wij voor de volledigheid toch ook willen voorstellen om een bestanddeelregeling in Boek 3 BW (wellicht een nieuw lid aan art. 3:4 BW) toe te voegen, zodat tot uitdrukking komt dat netten geen bestanddeel van de grond zijn waarin ze zijn of worden aangelegd; onzekerheid over netten in eigen grond is hierdoor van de baan. Tevens zou in Boek 3 BW ter verdere uitwerking van de verkeersopvatting voor netten die niet gedefinieerd zijn in sectorspecifieke wetgeving, een algemene netwerkdefinitie mogen worden opgenomen als ‘vangnet’. Beide onderdelen zouden ook in een nieuw artikel (bijvoorbeeld art. 3:4a BW) uitgewerkt kunnen worden:

Artikel 4a

“1. Een net dat bestemd is voor distributie of transport van vaste, vloeibare of gasvormige stoffen, van energie of van informatie, bestaat, voor zover niet anders is bepaald, uit een of meer kabels en leidingen inclusief bijbehorende installaties en andere hulp- en ondersteuningsmiddelen.

2. Een net dat duurzaam met de grond of een werk is verenigd, maakt geen onderdeel uit van de grond of het werk waarin, waarop of waarboven het is aangelegd.”

Hierbij wordt opgemerkt dat in de eigendomsregeling (zie hiervoor art. 20a lid 1 (nieuw) dan aangepast dient te worden en verwezen kan worden naar een net als bedoeld in art. 4a lid 1 (nieuw).

Tevens zou in titel 1 afdeling 2 Boek 3 BW de registratiebepalingen uit het huidige art. 155a van de Overgangswet NBW mogen worden opgenomen, dat er als volgt uit kan zien:

Artikel 27a:

“1. Degene die vermoed wordt bevoegd aanlegger te zijn, kan de aanleg van een net als bedoeld in artikel 17 lid 1 onder k inschrijven in de openbare registers.

2. Indien de inschrijving in de openbare registers in de Nederlandse Staatscourant en in een landelijk dagblad is gepubliceerd, vervalt de bevoegdheid van derden om het net of een recht daarop op te eisen na één jaar te rekenen vanaf de aanvang van de dag volgend op de dag van de laatste van deze publicaties tenzij de derde binnen deze termijn een dagvaarding betreffende een door hem ingestelde vordering als bedoeld in artikel 27 heeft doen inschrijven in de openbare registers. Een recht van derden op schadevergoeding, indien daarvoor grond is, blijft in stand.

3. Gedurende drie maanden te rekenen vanaf de aanvang van de dag volgend op de dag van de laatste van de in het tweede lid bedoelde publicaties is het net niet vatbaar voor overdracht en bezwaring. Wel kunnen derden gedurende deze termijn een dagvaarding als bedoeld in het tweede lid of een exploit als bedoeld in het vijfde lid in de openbare registers doen inschrijven.

4. Aan degene die na het verstrijken van de in het derde lid bedoelde termijn door overdracht of bezwaring een zakelijk recht op het net verkrijgt, kunnen geen rechten van derden worden tegengeworpen, tenzij de derde vóór de overdracht of bezwaring een dagvaarding als bedoeld in het tweede lid of een exploit als bedoeld in het vijfde lid heeft doen inschrijven of de verkrijger het recht van de derde kende.

5. Een exploit als bedoeld in het derde en vierde lid wordt gedaan aan degene die de in het eerste lid bedoelde inschrijving verkreeg en houdt in dat de derde zich het recht voorbehoudt om binnen de in het tweede lid bedoelde termijn van een jaar een dagvaarding als in dat lid bedoeld in de openbare registers te doen inschrijven.

6. De publicaties bedoeld in lid 2 kunnen worden ingeschreven in de openbare registers."

– Voor wat betreft gedoogplichten

In het burendrecht mogen nieuwe artikelen geïntroduceerd worden waarin de lig- en de legrechten nader geregeld worden, een en ander zoals onder 6.3.2 is voorgesteld. Dergelijke artikelen zouden er als volgt uit kunnen zien:

Artikel 59a (Gedogen aanleg e.d.)

"1. De eigenaar van een naburig erf gedooft dat in, op of boven zijn erf een net wordt aangelegd, in stand gehouden of verwijderd, voor zover dit een openbaar of maatschappelijk belang dient en de eigenaar van het naburig erf geen belang heeft zich daartegen te verzetten. Het gedogen omvat tevens het hebben van toegang tot het naburig erf voor aanleg, instandhouding of verwijdering van het net en het ongestoord hebben en houden van het net in het naburig erf.

2. Alvorens de neteigenaar overgaat tot aanleg, instandhouding of verwijdering van een net, zal hij de eigenaar van het naburig erf in kennis stellen van de voorgenomen werkzaamheden en geeft de eigenaar van het naburig erf daarbij een redelijke termijn om zijn bezwaren tegen de voorgenomen werkzaamheden kenbaar te maken.

3. Indien de eigenaar van een naburig erf en de neteigenaar overeenstemming bereiken over de voorgenomen werkzaamheden, zal de aanleg, instandhouding of verwijdering van het net plaatsvinden op een wijze die zo min mogelijk belemmeringen opleveren voor de eigenaar

van het naburig erf en voor zover de schade aan het naburig erf die veroorzaakt wordt door de werkzaamheden, wordt vergoed.”

Artikel 59b (Vervangende toestemming)

“1. Voor zover de wet niet anders bepaalt, kan de neteigenaar, indien de eigenaar van het naburige erf niet reageert op zijn verzoeken daartoe als bedoeld in het tweede lid van het voorgaande artikel, vervangende toestemming verkrijgen door een rechterlijke machtiging te vorderen dat het net in, op of boven het naburige erf wordt aangelegd, in stand gehouden of verwijderd.

2. Bij toewijzing van de vordering moet rekening gehouden worden met het belang van de neteigenaar om het net in, op of boven het betreffende erf aan te leggen, te onderhouden of te verwijderen, en met het belang van de eigenaar van het naburige erf om zo min mogelijk overlast te hebben van de aanleg, instandhouding of verwijdering van het net.”

Artikel 59c (Verleggen netten)

“1. Voor zover de wet niet anders bepaalt, kan de eigenaar van het naburige erf de neteigenaar verzoeken het net dat in het naburige erf gelegen is, te verplaatsen wanneer dit noodzakelijk is voor de uitvoering van werken of oprichting van gebouwen door de eigenaar van het naburige erf, dan wel door een derde jegens wie de eigenaar van het naburige erf gehouden is het erf vrij van enige belemmering voor uitvoering van werken of oprichting van gebouwen op te leveren.

2. Indien de eigenaar van het naburige erf de noodzaak tot verplaatsing kan onderbouwen, zal de neteigenaar het net op zijn kosten verplaatsen.

3. Wanneer binnen 3 jaar na verplaatsing van het net op grond van het eerste en tweede lid, de uitvoering van werken of oprichting van gebouwen niet heeft plaatsgevonden, dient degene die om de verplaatsing verzocht heeft de door de neteigenaar gemaakte kosten te vergoeden.

4. De eigenaar van het naburige erf kan om andere redenen, dan genoemd in het eerste lid, een verzoek doen tot verplaatsing van het net. De kosten voor verplaatsing zullen dan door de eigenaar van het naburige erf worden gedragen.

5. Indien de neteigenaar niet reageert of meewerkt aan een verzoek tot verplaatsing op grond van het eerste of vierde lid, kunnen partijen zich tot de rechter wenden waarbij rekening moet worden gehouden met de belangen van beide partijen.”

Artikel 59d (Spoedeisende werkzaamheden)

“Indien bij ernstige belemmeringen en storingen spoedeisende werkzaamheden noodzakelijk zijn ten behoeve van de instandhouding van het net, is artikel 56 van overeenkomstige toepassing.”

Artikel 59e (Oude staat terugbrengen)

“Na beëindiging van de werkzaamheden in verband met aanleg, instandhouding of verwijdering van het net, brengt de neteigenaar het erf op zijn kosten terug in de oude staat, tenzij met de eigenaar van het naburige erf anders is overeengekomen.”

Artikel 59f (Bomen en beplantingen)

“1. Bij aanleg, instandhouding of verwijdering van een net moeten aanwezige bomen en beplantingen zoveel als mogelijk beschermd worden en mag de mogelijkheid tot groei niet worden ontnomen.

2. Indien doorschietende wortels van bomen en beplantingen redelijkerwijze hinderlijk zijn of worden voor instandhouding van het net, dient de eigenaar van het naburige erf waarin de doorschietende wortels zich bevinden en nadat hij hierom schriftelijk is verzocht, binnen een redelijke termijn de wortels in te korten of weg te nemen.”

Artikel 59g (Vergoeding schade)

“De neteigenaar vergoedt aan de eigenaar van het naburige erf alle schade die voortvloeit uit de werkzaamheden die betrekking hebben op de aanleg, instandhouding of verwijdering van het net, dan wel die ontstaan door het hebben en houden van het net in het naburig erf, zoals bedoeld in de voorgaande artikelen.”

7 Nabeschouwing**7.1 Conclusies en aanbevelingen**

In dit preadvies hebben wij getoetst of titel 3 Boek 5 BW toekomstbestendig is. Biedt de huidige regeling van de eigendom van onroerende zaken een voldoende fundament voor de maatschappelijke ontwikkelingen die in de komende 35 jaar verwacht mogen worden? Voor de vier bestudeerde thema's (circulaire economie, meervoudig ruimtegebruik,

drijvende opstallen en kabels en leidingen) kwamen wij tot de conclusie dat aanpassingen nodig zijn. De door ons voorgestelde aanpassingen zijn meer of minder concreet. Zij zijn uitdrukkelijk niet bedoeld als definitief voorstel tot aanpassing van titel 3 Boek 5 BW, maar moeten worden gezien als beginpunt voor discussie. Dat wil niet zeggen dat wij menen dat dergelijke aanpassingen op de lange baan geschoven kunnen worden. Ons inziens is vernieuwing van titel 3 Boek 5 BW wel degelijk nodig op niet al te lange termijn, om reeds in de dagelijkse praktijk gesignaleerde knelpunten (denk aan de juritectuur van het meervoudig ruimtegebruik, het drijvend bouwen, WKO-installaties en de eigendom van netwerken) op te lossen en reeds inzette ontwikkelingen (circulaire economie) niet in de kiem te smoren.

7.2 Herbezinning op het klassieke eigendomsbegrip: dematerialisering van eigendom

Van een geheel andere orde is de vraag naar de noodzaak van een herbezinning op het concept van eigendom zoals dat ten grondslag ligt aan het huidige vermogensrecht. In algemene zin is door de preadviseurs ook nagedacht over de vraag of het eigendomsbegrip van art. 5:1 BW (dat ziet immers op een stoffelijk en voor menselijke beheersing vatbaar object; een 'zaak') herzien moeten worden.

Naast de voorgestelde aanpassingen, van min of meer praktische aard, is dit immers uiteindelijk de fundamentele vraag. Waarom kan men bijvoorbeeld geen eigenaar zijn van een 'voldoende bepaalbaar' volume, welk volume zich kan bevinden onder, in of boven het tweedimensionale vlak (het grondstuk)? Zou bij grond niet sprake moeten zijn van dematerialisering van het eigendomsbegrip in die zin dat het niet meer gaat om het meestomvattende recht op een stoffelijk object, (grond met eventuele opstallen en beplantingen), maar om een aanspraak op de ruimte; een aanspraak die verdeeld kan worden, zowel in de vorm van naast elkaar bestaande rechten met elk hun eigen bevoegdheden, als een ruimtelijke verdeling (de hiervoor aangeroerde volumaire verdeling)?

Wat is eigendom in essentie? Zoals in de definitie van art. 5:1 BW tot uiting komt, gaat het om het meest omvattende pakket van rechten en aanspraken op een nader aan te duiden 'vermogensbestanddeel'. Bijvoorbeeld het conceptueel rechtsfiguur van driedimensionaal eigendom ziet op een pakket van rechten ten aanzien van een bepaalde ruimte, bij-

voorbeeld een ruimte waarbinnen je een WKO-systeem of net kunt aanleggen, onderhouden, uitbreiden, weghalen enzovoort. Dit pakket van rechten en aanspraken is ook als zodanig overdraagbaar. Een dergelijk concept van eigendom lijkt in het kader van netwerken vruchtbaarder dan uit te gaan van de eigendom van de fysieke constructie (welke na registratie overdraagbaar is).

Een dergelijke discussie gaat het beperkte bestek van dit preadvies te buiten. Echter wij willen uitdrukkelijk aangeven dat naar onze mening een dergelijk debat wel degelijk gevoerd dient te worden.

In de voetnoten verkort aangehaalde literatuur

Mason 2015

P. Mason, *Post Capitalism: A Guide to Our Future*, London: Allen Lane 2015.

Ploeger 1997

H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Struycken 2007

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

Van Velten 2015

A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariatus 120), Deventer: Kluwer 2015.

Verheul 2015

E.F. Verheul, 'Eigendomsvoorbehoud, bestanddeelvorming en natrekking', *WPNR* 2015/7053.



V Burenrecht, mandeligheid en erfdienstbaarheden (titels 4, 5 en 6)

Flexibele regelingen die meer mogelijk maken

*Mr. N.C. van Oostrom-Streep, prof. mr. L.C.A. Verstappen en
mr. L.P.W. van Vliet*

1 Inleiding

Dit preadvies handelt over burenrrecht, mandeligheid en erfdienstbaarheden, geregeld in de titels 4 tot en met 6 van Boek 5 BW. Op een enkele bepaling na zijn deze titels sedert de invoering op 1 januari 1992 niet gewijzigd. Bijna 25 jaar ervaring heeft echter de nodige verbeterpunten aan het licht gebracht. Deze worden in dit preadvies besproken en voorzien van concrete voorstellen tot verbetering. Vooralsnog is geen aandacht geschonken aan de wenselijkheid van het opstellen van overgangsbepalingen.

In het deel over burenrrecht (par. 2) komt een aantal algemene onderwerpen aan bod: terminologie (par. 2.2), de toepasselijkheid van het burenrrecht op andere gerechtigden dan eigenaars (par. 2.3), verjaring (par. 2.4), de toestemming (par. 2.5) en de verhouding tot het publiekrecht (par. 2.6). In de daaropvolgende paragrafen wordt nader ingegaan op specifieke burenrrechtelijke bepalingen. In par. 3 wordt de mandeligheid besproken. Diverse voorstellen worden gedaan om deze figuur breder toepasbaar te maken, onder andere de combinatie met beperkte rechten (par. 3.3-5) en de mogelijkheid om kwalitatief lidmaatschap van een beheersvereniging te koppelen aan het aandeel in de mandelige zaak (par. 3.6). In par. 4 wordt de regeling van erfdienstbaarheden onder de loep genomen. Centraal in dat onderdeel staat het voorstel om het mogelijk te maken verplichtingen tot een doen in de vorm van een erfdienstbaarheid te vestigen. Het geheel wordt afgesloten met een conclusie (par. 5). Nora van Oostrom heeft het onderdeel erfdienstbaarheden voor haar rekening genomen, terwijl Leon Verstappen zich heeft ontfemd over het burenrrecht en mandeligheid. Lars van Vliet heeft de rechtsvergelijkende

en rechtshistorische onderdelen voor zijn rekening genomen. Deze rolverdeling neemt evenwel niet weg dat de auteurs het preadvies als hun gezamenlijk werk beschouwen.

Vanuit het notariaat zijn suggesties voor het combineren van beperkte rechten met mandeligheid en voor het ontwikkelen van een beheersregeling voor mandelige zaken (E. Ruitenbeek-Poll & R.P. van Drongelen). Aan deze suggesties is aan het hiernavolgende aandacht geschonken.

2 Burenrecht

2.1 Inleiding

Het burenrecht is statisch recht. Vele van de burenrechtbepalingen stammen uit het Romeinse recht.¹ Andere stammen via de Franse Code civil uit de *Coutume de Paris*.² De wettelijke regeling van titel 4 Boek 5 BW ademt een zekere gezapigheid. Dat betekent niet dat deze niet belangrijk zou zijn. Wie met enige regelmaat naar het televisieprogramma *De Rijdende Rechter* kijkt, doet behoorlijke kennis van het burenrecht op. Het leeft in de praktijk, dat is zeker.

Van oudsher³ wordt het burenrecht sterk beïnvloed door het bestuursrecht, waarin allerlei eisen en voorwaarden voor bouwwerken en activiteiten zijn geformuleerd die eigenaars en gebruikers van erven direct raken. Men zou kunnen zeggen dat het bestuursrecht in de mate waarin het algemeen belang in de zin van leefklimaat, milieu, (verkeers-, bouw-, enzovoort) veiligheid, door bestuursrechtelijke regels en voorschriften wordt gewaarborgd, ook een zekere invulling geeft aan de onderlinge goederenrechtelijke rechtsverhouding tussen de eigenaren van aan elkaar grenzende erven. Het burenrecht is door ingrijpende wijzigingen in het publiekrecht de afgelopen decennia meer veranderd dan uit Boek 5 BW

1 J.E. Spruit, *Cunabula iuris*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 262.

2 Zie voor een uitvoerig overzicht: R.J.J. van Acht, *Burenrecht*, (diss. KU Nijmegen) Deventer: Kluwer 1990, hoofdstuk 1, alsmede A.C. Wibbens-de Jong, *Burenrecht*, Mon. BW B26, Deventer: Kluwer, 2009.

3 Zie bijvoorbeeld de Recessen van Maastricht van 1665 met een compleet hoofdstuk (capittel V 'Policie van Huysen ende Straeten') over rooilijnen, brandwende muren, het verbod van strodaken en mestvaalten in de stad enzovoort. Zie Recueil der Recessen wegens beyde de genaedighe Heeren ende princen, alhier geëmaneert, 1665 tot Maastricht, Maastricht 1680.

blijkt.⁴ Deze veranderingen vallen echter buiten het bestek van deze bijdrage. In deze bijdrage staat het burenrecht van Boek 5 BW centraal en aanverwante onderwerpen, voor zover die voor het burenrecht van belang zijn.

Bij de keuze van onderwerpen hebben de volgende aandachtspunten een rol gespeeld.

In de eerste plaats is gekeken naar mogelijke evidente missers van de wetgever: regelingen die gelet op de kennelijke bedoeling van de wetgever niet, onjuist of verkeerd opgeschreven zijn en waaromtrent ook in de literatuur min of meer overeenstemming bestaat. Die kunnen zo meegenomen worden.

In de tweede plaats het gegeven dat het burenrecht een nogal casuïstisch geheel van regels kent, die wel veel gevallen omvatten, maar zeker niet alles.⁵ Veel is met andere woorden ook ongeregeld gelaten, overgelaten aan algemene leerstukken als misbruik van bevoegdheid, hinder of de algemene regeling van de onrechtmatige daad, die door de rechter concreet moeten worden ingevuld. De vraag komt dan ook op of sommige ongeregelde gevallen alsnog van een regeling zouden moeten worden voorzien. Zo bijvoorbeeld de vraag of een recht op een zekere mate van uitzicht, licht of lucht in Boek 5 BW zou moeten worden opgenomen. En is er naast het recht om water aan te voeren (art. 5:58 BW), niet ook behoefte aan een recht om afvalwater af te voeren? En hoe zit het met de aan- en afvoer van data?

Een derde invalshoek is de problematiek rondom een aantal algemene leerstukken of rechtsgebieden die voor het burenrecht relevant zijn, maar

4 Het verband tussen bestuursrecht en burenrecht wordt bijvoorbeeld door Van Velten gelegd door te stellen dat door de wijziging van de Woningwet per 1 januari 2003, inhoudende het vergunningvrij oprichten van kleine bouwwerken, een toename van het aantal procedures bij de burgerlijke rechter tot gevolg zal hebben. Zie A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariatus 120), Deventer: Kluwer 2015, nr. 14.6.1.

5 Vgl. bijvoorbeeld Smalbraak, *Bouwrecht* 1975, p. 784, op wie het burenrecht een 'chaotische indruk' achterlaat door de variëteit aan situaties. C.J.J.C. van Nispen, 'Het burenrecht in het NBW', in: *Rechtsgeleerde opstellen*, Vervaardigd door leden van het Leids Juridisch Dispuut 'Juri Sacrum' ter gelegenheid van het honderdjarig bestaan van het dispuut, Deventer: Kluwer 1982, p. 94; titels 3 en 4 van Boek 5 BW kunnen beter versmolten worden, want burenrecht is toch nadere bepaling van het eigendomsrecht.

niet in Boek 5 BW zijn geregeld.⁶ Zo bijvoorbeeld verjaring, misbruik van bevoegdheid en onrechtmatige daad. Het is niet de bedoeling om die leerstukken hier *in extenso* te bespreken; zij worden enkel aangestipt voor zover zij relevant zijn.

2.2 Terminologie

In het burennrecht komen enkele termen voor met een specifieke betekenis, zoals 'openbare weg', 'openbaar vaarwater' of 'muur'. Met betrekking tot deze laatste term is verduidelijking nodig. Onder het begrip 'muur' wordt blijkens art. 5:46 BW verstaan: 'iedere van steen, hout of andere daartoe geschikte stof vervaardigde, ondoorzichtige afsluiting'. De wetgever heeft vanuit een oogpunt van privacybescherming voor een functioneel criterium gekozen. Maar valt onder een muur ook een heg of haag die zowel in zomer en in de winter door de bladeren en takken ondoorzichtig is (*hedera* of coniferen)? Wij zien eigenlijk niet in waarom dergelijke begroeiing vanuit deze functionele benadering niet daaronder zou kunnen vallen. Als blijkens de wettekst de aard van het materiaal waarvan de grensafscheiding is gemaakt niet van doorslaggevende betekenis is en dus een houten schutting een muur kan zijn, dan moet kunnen worden aangenomen dat hieronder ook ondoorzichtige beplanting kan vallen, die in de winter het loof niet verliest.⁷ Is het een groot probleem dat dat er nu niet onder valt? Dat kan nu ook weer niet gezegd worden. Een extensieve interpretatie door de rechter zal in voorkomende gevallen ook wel soelaas bieden voor de erfeigenaar die liever tegen mooi groen aankijkt in plaats van steen. Maar om elke onduidelijkheid te vermijden is te overwegen aan deze bepaling toe te voegen: '*waaronder ook begrepen voortdurend ondoorzichtige beplanting*'. Deze wijziging zou ook meer in overeenstemming zijn met de wettelijke mandeligheid van art. 5:62 BW, nu die ook uitgaat van mandelige heggen.

- 6 Van Nispen 1982, p. 95, heeft het over afschaffing van het burennrecht, want het is overbodig door het leerstuk onrechtmatige daad of andere rechtsfiguren.
- 7 De mogelijkheid om beplantingen voor dit doel te gebruiken wordt ook aangenomen in burennrechtvoorschriften in Beieren. Zie hiervoor bijvoorbeeld Grziwotz en Saller, *Bayerisches Nachbarrecht*, München: C.H. Beck 2010, hoofdstuk 2, nr. 68.

Art. 5:43 BW komt dan te luiden:

Artikel 43

“Onder muur wordt in deze en de volgende titel verstaan iedere van steen, hout of andere daartoe geschikte stof vervaardigde, ondoorzichtige afsluiting *waaronder ook begrepen voortdurend ondoorzichtige beplanting.*”

2.3 Toepasselijkheid regels burenrrecht op gerechtigden/niet-eigenaars

Hoe ver strekt de toepasselijkheid van het burenrrecht? In de wettelijke regeling van titel 4 Boek 5 BW missen we bepalingen die het burenrrecht toepasbaar maken op beperkt gerechtigden op onroerende zaken (inclusief appartementsrechten) en op andere gebruiksgerechtigden zoals huurders en pachters. De Hoge Raad heeft echter kort na de invoering van het nieuwe burenrrecht in 1992 in twee arresten kans gezien hierover te oordelen.⁸ De aard en de inhoud van de rechten en verplichtingen die toekomen aan, dan wel rusten op, een niet-eigenaar die op grond van een bepaalde rechtsverhouding met de eigenaar bevoegd is tot gebruik van het erf, kunnen volgens deze arresten in samenhang met de aard en de strekking van een burenrrechtelijke bepaling meebrengen dat bepalingen van het burenrrecht van overeenkomstige toepassing zijn op de gebruiker/niet-eigenaar. Dat geldt zowel voor de vraag of gebruikers/niet-eigenaars rechten kunnen ontleenen aan het burenrrecht, als voor de vraag of zij zelfstandig een rechtsoverdracht ter zake hebben. Tevens geldt dit voor de vraag of gebruikers/niet-eigenaars gebonden zijn aan burenrrechtelijke verplichtingen.

De vraag komt op of deze rechtspraak gecodificeerd zou moeten worden. Het recht hoeft hierdoor niet te worden gewijzigd, maar de wet is wel

8 HR 24 januari 1992, NJ 1992/280 (*Van Aken/Heideman*) en HR 24 januari 1992, NJ 1992/281 (*Van Beek/Jansen*). Zie ook Rb. Rotterdam 23 november 1995, ECLI:NL:RBROT:1995:AD2432 waarin de rechtbank oordeelt: ‘Art. 5:49 BW leent zich naar zijn aard en strekking voor overeenkomstige toepassing tussen huurders, aangezien het optrekken van een scheidsmuur van twee meter hoogte op de grens van de twee erven tot doel heeft het bevorderen van de privacy van de burenen, waarbij het geen wezenlijk verschil maakt of die burenen eigenaars zijn of huurders.’

completer door dit expliciet te bepalen.⁹ Dit geldt temeer omdat de wetgever een gelaagde structuur tot uitgangspunt neemt, met overal in- en uitschakelbepalingen. Nu de wet expliciet regelingen op gevallen geheel of gedeeltelijk van overeenkomstige toepassing verklaart, ligt het voor de hand dat ook hier uitdrukkelijk (alsnog) te doen. Het zou te overwegen zijn de formulering uit te breiden, omdat het burennrecht ook relevant is voor de gerechtigde die niet gebruiker van het erf is, bijvoorbeeld de hypotheekhouder. De houder van een hypotheekrecht op de grond of op een beperkt gebruiksrecht op die grond heeft er immers ook belang bij om de actie tot grensbepaling in stelling te kunnen brengen. Vermoedelijk is dit ook de bedoeling van de Hoge Raad geweest.

Omdat de belangen van meerdere gerechtigden in het geding zijn, zal volgens voormelde arresten de gerechtigde/niet-eigenaar die een op het burennrecht gebaseerde vordering wil instellen, de eigenaar in het geding moeten betrekken of diens 'verklaring van geen bezwaar' moeten verkrijgen. En bij een hypotheekrecht op een erfpachtrecht, zou de hypotheekhouder een 'verklaring van geen bezwaar' moeten verkrijgen van zowel de eigenaar van de grond als de erfpachter. Omgekeerd geldt ook dat de eigenaar eveneens in het geding moet worden betrokken of diens 'verklaring van geen bezwaar' moet worden verkregen, als de gerechtigde/niet-eigenaar wordt aangesproken.

Wij zouden dan ook een voorstander zijn om de titel aan te vullen met een nieuwe bepaling:

Artikel 59a

“1. De aard en de inhoud van de rechten en verplichtingen welke toekomen aan, dan wel rusten op een niet-eigenaar die met betrekking tot een erf in een bepaalde rechtsverhouding tot de eigenaar daarvan staat, kunnen in samenhang met de aard en de strekking van burennrechtelijke bepalingen meebrengen, dat deze laatste bepalingen op hem van overeenkomstige toepassing zijn.

2. In geval een rechtsvordering op grond van artikelen in deze titel wordt ingesteld door of tegen een niet-eigenaar die met betrekking tot een erf in een bepaalde rechtsverhouding tot de eigenaar of een beperkt

⁹ Zie voor enigszins vergelijkbare problemen in het Duitse recht: C. Lüneborg, 'Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch nur bei „grenzüberschreitender“ Immission?', *NJW* 2012, p. 3745.

gerechtigde daarvan staat, dient de eigenaar en de beperkt gerechtigde in de procedure te worden betrokken tenzij zij verklaard hebben geen bezwaar tegen de procedure te hebben.”

Met de formulering 'in een bepaalde rechtsverhouding' is beoogd om zowel beperkt gerechtigden (zoals erfpachters en opstallers) als persoonlijk gerechtigden (zoals huurders en pachters) onder het bereik van deze bepaling te brengen.

2.4 Verjaring

Verjaring heeft, hoewel geregeld in Boek 3 BW, grote betekenis voor het burenrecht.

Wie door buurtschappen wandelt met de tekst van titel 4 Boek 5 BW in het achterhoofd, kan zo zien welke grenssituaties wel en welke niet conform de wettelijke regeling van het burenrecht zijn. Verjaringsverkrijging strijkt op den duur verschillen glad tussen de situatie ter plaatse en hoe het volgens het burenrecht zou moeten zijn. Maar de huidige verjaringsregeling stimuleert ook landjepik, met name door de toepassing van art. 3:105 BW. Op grond van deze bepaling verkrijgt de bezitter van land eigendom, ook al is hij niet te goeder trouw op het moment dat de eigenaar twintig jaar lang het bezit heeft ontbeerd. Gaat dat niet wat te ver? Wordt het wettelijke normatieve kader niet al te veel geweld aangedaan door de figuur van de verjaring? In het Duitse recht zien we bijvoorbeeld dat landjepik vrijwel nooit tot verkrijging van eigendom kan leiden. Ook al kan hier zeer zeker verschillend over gedacht worden, hierop gaan wij in dit preadvies niet in. Wij gaan uit van het bestaan van deze regeling en vragen ons af hoe die in de praktijk het best kan worden uitgevoerd, in het bijzonder de registratie van verjaringsverkrijgingen in de Basisregistratie Kadaster.

Het is niet aan twijfel onderhevig dat zich sinds 1992 vele verjaringsverkrijgingen hebben voltrokken door de invoering van art. 3:105 BW en dat de Basisregistratie Kadaster om die reden minder de juridische werkelijkheid weergeeft dan daarvoor het geval was.¹⁰ Het belang van een goede

10 Vgl. hierover uitgebreid het rapport Verbetering betrouwbaarheid Basisregistratie Kadaster, W.D. Kolkman, R.J.L. Timmer, L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck, *Serie Vastgoed, omgeving en recht*, deel 1, Den Haag: BJu 2012.

en volledige registratie van dergelijke verkrijgingen is niet alleen daardoor toegenomen. Het gegeven dat de kadastrale registratie tot de Basisregistratie Kadaster is gepromoveerd¹¹, waardoor het voor de toepassing van publiekrechtelijke wetgeving als een positief register wordt aangemerkt, onderstreept ook vanuit een andere invalshoek het belang van een goede en volledige registratie van verjaringsverkrijgingen.

Door de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin duidelijk zichtbaar is dat voor het aannemen van verkrijgende verjaring hoge eisen worden gesteld aan het verliezen en verkrijgen van bezit, is in feite al in belangrijke mate paal en perk gesteld aan landjepik. Maar uitgangspunt blijft dat de eigenaar zelf verantwoordelijk is om te zorgen dat de verjaringsverkrijging niet plaatsvindt door tijdig op te treden tegen bezitsstoornis.

De problemen doen zich in de praktijk vooral voor wanneer de verjaringsverkrijging moet worden geregistreerd. Die problematiek is al in ruime mate in de literatuur aan de orde geweest en beschreven.¹² Voor de meeste gevallen bestaan twee mogelijkheden: de vaststellingsovereenkomst en de notariële verklaring van verjaring. De eerste mogelijkheid is eigenlijk alleen maar geschikt als betrokken belanghebbenden (de (voormalige) eigenaar, eventuele beperkt gerechtigden en de bezitter/verjaringsverkrijger) het met elkaar eens zijn dat de verjaringsverkrijging heeft plaatsgevonden. De notariële verklaring van verjaring is thans de facto alleen geschikt in evidente gevallen van verjaringsverkrijging waarbij de voormalige eigenaren niet of moeilijk te achterhalen zijn, bijvoorbeeld als er door verervingen een veelheid van erfgenamen bestaat.¹³ Met name in die laatste gevallen zal inschrijving van de verjaringsverkrijging op zichzelf niet bewerkstelligen dat daarmee vaststaat dat de verjaring inderdaad heeft plaatsgevonden.¹⁴ Eigenlijk mist de inschrijving van de verjaringsverkrijging voldoende juridisch rechtsgevolg om werkelijk effectief in de

- 11 Wet basisregistraties kadaster en topografie, Wet van 5 maart 2007, *Stb.* 499, in werking getreden op 1 januari 2008.
- 12 Vgl. H.W. Heyman, 'Inschrijving van verjaring', *WPNR* 1999/6373; L.C.A. Verstappen, 'De notariële verklaring van verjaring; de notaris als rechter?', *WPNR* 2005/6641; L.C.A. Verstappen, 'Registratie van verkrijgingsverjaringen', *WPNR* 2013/6970, met reactie van A.C. van Schaick en naschrift van Verstappen in *WPNR* 2013/6985.
- 13 In Frankrijk ook wel genoemd 'acte de notoriété'.
- 14 Dat komt overeen met constante rechtspraak in Frankrijk. Zie bijvoorbeeld Cour de cassation – 3e civ. 9 juni 2004, n° 03-10.656 en Cour d. cassation, 3e civ. 12 december 2012, n° 11-23.854, *AJDI* 2013. P. 134.

rechtspraktijk te zijn. Om dit probleem op te lossen, is te overwegen om de pretense bezitter door de inschrijving van de verklaring van verjaring de status te verschaffen van bezitter te goeder trouw met een verkorte verjaringstermijn van drie jaren. Indien de pretense bezitter geen bezitter was, dan wordt hij dat door de inschrijving van deze verklaring. Indien hij wel bezitter is, maar de verjaringstermijn nog niet is verlopen, dan wordt die verkort tot drie jaren als die nog langer dan drie jaren zou hebben gelopen. Als de verjaringsverkrijging al heeft plaatsgevonden, dan verandert de inschrijving daar niets aan. Zij bevestigt dan de situatie zoals deze is. Het effect hiervan is dat, indien de verjaringsverkrijging nog niet heeft plaatsgevonden, de eigenaar nog maar maximaal drie jaren heeft om de verjaringstermijn te stuiten of te verlengen. Na drie jaren zonder stuiting of verlenging is zeker dat de verjaringsverkrijging heeft plaatsgevonden.

Een dergelijke aanpassing versterkt de positie van de pretense bezitter behoorlijk. Maar de regeling moet als geheel wel in balans zijn. Ook voor de eigenaar en houders van beperkte rechten op deze eigendom moeten waarborgen worden ingebouwd dat zij voldoende worden betrokken in de procedure tot inschrijving van een notariële verklaring van verjaring en daarbij de gelegenheid krijgen bezwaar aan te tekenen. In dit opzicht is ook een verbetering denkbaar, namelijk in de procedure tot afgifte van een notariële verklaring van verjaring. Het probleem is dat de eigenaar of beperkt gerechtigde, als de verklaring wordt afgegeven en ingeschreven, geen enkele rechtsingang heeft om de afgifte en de inschrijving te betwisten. De bezitter heeft, in geval de notaris de zogenaamde art. 37 lid 1 aanhef letter c Kadw-verklaring afgeeft en de bewaarder in dat geval op grond van de wet de inschrijving van de verklaring moet weigeren, de mogelijkheid *de weigering van de inschrijving* bij de rechter ter discussie te stellen. De eigenaar en beperkt gerechtigde missen in geval van de zogenaamde art. 37 lid 1 aanhef letter a/b Kadw-verklaring de mogelijkheid om *de inschrijving* te betwisten. Zeker wanneer aan de inschrijving van een dergelijke verklaring rechtsgevolg wordt verbonden zoals wordt voorgesteld, moet voor degene te wiens nadele de inschrijving gevolgen heeft, de mogelijkheid bestaan om de inschrijving ter discussie te stellen. Het is dus te overwegen om een mogelijkheid in te bouwen om hen in de procedure te betrekken door hun de mogelijkheid te bieden de inschrijving aan de voorzieningenrechter voor te leggen en bij een voor hen ongunstige beslissing van de voorzieningenrechter de mogelijkheid van

hoger beroep te creëren. Zodoende heeft de rechter ook de mogelijkheid om hun standpunt te horen en biedt het systeem rechtsbescherming voor alle betrokken belanghebbenden.

Opmerking verdient dat de notaris niet zomaar tot inschrijving van een notariële verklaring van verjaring zal overgaan. Hij zal alle betrokken belanghebbenden moeten raadplegen om te bezien of ze met de inschrijving instemmen en hij zal zich een oordeel moeten vormen of bewijsstukken die aan hem zijn overgelegd en aan de verklaring gehecht, genoegzaam aantonen dat de in te schrijven verjaring zich inderdaad heeft voorgedaan. Alleen als zich een reële pretentie van verjaringsverkrijging voordoet, zal de verklaring worden opgemaakt en ingeschreven. Een dergelijke inschrijving vormt dan een alternatief voor de procedure van art. 3:27 BW, waarbij de zekerheid weliswaar niet door middel van een constitutief vonnis direct wordt verkregen, maar de zekerheid van de verjaringsverkrijging op termijn van uiterlijk drie jaren intreedt. Binnen die termijn heeft de eigenaar de mogelijkheid om in actie te komen. Het processuele nadeel voor de eigenaar wordt gerechtvaardigd door de beoordeling van de verjaringsverkrijging door de notaris en de mogelijkheden die belanghebbenden hebben om die beoordeling aan de rechter voor te leggen. In de hierna voorgestelde regeling wordt het aan de rechter overgelaten om in geval van weigering of betwisting van de inschrijving in zijn vonnis al dan niet vast te stellen of ook naar zijn mening genoegzaam is gebleken dat de verjaring heeft plaatsgevonden. Indien hij dit vaststelt, geldt volgens het voorgestelde art. 34 lid 2 Kadw de pretense bezitter voor de toepassing van de verjaring, als bedoeld in art. 3:99 BW, met ingang van de dag van de inschrijving als bezitter te goeder trouw van die zaak of het recht zoals in de notariële verklaring van verjaring is omschreven. Indien hij dit niet vaststelt maar de inschrijving toch beveelt, heeft de inschrijving zoals nu geen ander rechtsgevolg dan dat aan derden bekend raakt dat sprake is van een aanspraak op grond van verjaring. De rechter vindt in dat geval de aanspraak op verjaringsverkrijging wel reëel, maar is er voorsnog niet van overtuigd dat genoegzaam is gebleken dat die verkrijging ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Naar mag worden verwacht zal het Kadaster in het eerste geval wel overgaan tot tenaamstelling op naam van de pretense bezitter en in het tweede geval niet. De rechter kan de weigering van de inschrijving uiteraard ook bekrachtigen als in het geheel niet blijkt van een reële aanspraak op verjaringsverkrijging.

Art. 3:20 BW dient dan als volgt te worden aangepast:

Artikel 20

“1. De bewaarder der registers weigert een inschrijving te doen, indien niet is voldaan aan de eisen, bedoeld in artikel 19, eerste lid. Hij boekt de aanbieding in het register van voorlopige aantekeningen met vermelding van de gerezen bedenkingen.

2. Wanneer de weigering ten onrechte is geschied, beveelt de voorzieningenrechter van de rechtbank, rechtdoende in kort geding, op vordering van de belanghebbende de bewaarder de inschrijving alsnog te verrichten, zulks onverminderd de bevoegdheid van de gewone rechter. *Wanneer de inschrijving ten onrechte is geschied, beveelt de voorzieningenrechter van de rechtbank, rechtdoende in kort geding, op vordering van de belanghebbende de bewaarder de inschrijving ongedaan te maken, zulks onverminderd de bevoegdheid van de gewone rechter.* De voorzieningenrechter kan de oproeping van door hem aan te wijzen andere belanghebbenden gelasten. Het bevel van de voorzieningenrechter is van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad.

3. Wordt de geweigerde inschrijving alsnog bevolen, dan verricht de bewaarder haar terstond nadat de eiser haar opnieuw heeft verzocht. *Wordt ongedaanmaking van de inschrijving bevolen, dan verricht de bewaarder haar terstond nadat de belanghebbende haar heeft verzocht. Ook de belanghebbende tegen wie de inschrijving werkt kan hoger beroep tegen de beslissing instellen.*

4. Indien de belanghebbende binnen twee weken na de oorspronkelijke aanbieding aan de bewaarder een dagvaarding in kort geding ter verkrijging van het in lid 2 bedoelde bevel tot inschrijving heeft doen uitbrengen en de aanvankelijk geweigerde inschrijving alsnog is verricht op een hernieuwde aanbieding van dezelfde stukken, gedaan binnen een week na een in eerste aanleg gegeven bevel, wordt de inschrijving geacht te zijn geschied op het tijdstip waarop de oorspronkelijke aanbieding plaatsvond. Hetzelfde geldt, indien de bewaarder op een hernieuwde aanbieding alsnog overgaat tot inschrijving binnen twee weken hetzij na de oorspronkelijke aanbieding, hetzij na een hem tijdig uitgebrachte dagvaarding hangende het geding in eerste aanleg. *Indien de belanghebbende binnen twee weken na de aanbieding aan de bewaarder een dagvaarding in kort geding ter verkrijging van het in lid 2 bedoelde bevel tot ongedaanmaking heeft doen uitbrengen en de inschrijving ongedaan*

wordt gemaakt, wordt de inschrijving geacht te zijn ongedaan gemaakt vanaf het tijdstip waarop de aanbieding plaatsvond.

5. Een feit waarvan slechts blijkt uit een overeenkomstig lid 1, tweede zin, geboekt stuk wordt geacht niet door raadpleging van de registers kenbaar te zijn, tenzij het krachtens het vorige lid geacht moet worden reeds ten tijde van de raadpleging ingeschreven te zijn geweest.

6. Een voorlopige aantekening wordt door de bewaarder doorgehaald, zodra hem is gebleken dat de voorwaarden voor toepassing van het vierde lid niet meer kunnen worden vervuld, of de inschrijving met inachtneming van het tijdstip van oorspronkelijke aanbieding alsnog heeft plaatsgevonden."

De bestaande tekst van art. 34 Kadw wordt ondergebracht in lid 1 en een nieuw lid wordt toegevoegd met de volgende inhoud:

Artikel 34 lid 2

"2. Hij die volgens een ingeschreven notariële verklaring van verjaring door verjaring rechthebbende is geworden op het daarin opgenomen registergoed, geldt voor de toepassing van de verjaring, bedoeld in artikel 99 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, met ingang van de dag van de inschrijving als bezitter te goeder trouw van die zaak of het recht zoals in de notariële verklaring van verjaring is omschreven, tenzij de rechter inschrijving heeft bevolen zonder dat hij tevens heeft vastgesteld dat genoegzaam is gebleken dat de verjaring heeft plaatsgevonden. Indien een notariële verklaring van verjaring is ingeschreven dan wel de rechter inschrijving daarvan heeft bevolen en daarbij tevens heeft verklaard dat genoegzaam is gebleken dat de verjaring heeft plaatsgevonden, eindigt de verjaringstermijn niet later dan drie jaren na de inschrijving."

Het is wenselijk ook art. 78 Kadw aan te passen en ook daar de termijn van tien jaren te veranderen in drie jaren om het in lijn te brengen met deze nieuwe regeling. Art. 78 lid 2 Kadw bepaalt dat zij die volgens de akte van vernieuwing rechthebbende zijn op een daarin opgenomen onroerende zaak of recht dat geen recht van hypotheek is, voor de toepassing van de verjaring, bedoeld in art. 3:99 BW, met ingang van de dag van de inschrijving gelden als bezitter te goeder trouw van die zaak of dat recht zoals in de akte worden omschreven.

Art. 37 Kadw is als volgt aan te passen:

"1. Een notariële verklaring, als bedoeld in de artikelen 26, 30, 34 en 36, houdt behalve hetgeen in deze artikelen is voorgeschreven, tevens in een verklaring van de notaris:

- a. hetzij dat allen die als partij bij het in te schrijven feit betrokken zijn aan de notaris hebben medegedeeld met de inschrijving in te stemmen;
- b. hetzij dat bewijsstukken aan hem zijn overgelegd en aan de verklaring gehecht, die genoegzaam aantonen dat het in te schrijven feit zich inderdaad heeft voorgedaan dan wel, in geval van een verklaring als bedoeld in artikel 36, tweede lid, dat het recht bestaat;
- c. hetzij dat hij niet aan het onder a en b gestelde kan voldoen.

2. In het in het eerste lid, onder c, bedoelde geval boekt de bewaarder de aanbieding van de notariële verklaring slechts in het register van voorlopige aantekeningen en kan inschrijving alleen plaatsvinden op bevel van de rechter. Het tweede, derde en vierde lid, eerste *en laatste* volzin, alsmede het vijfde en zesde lid van artikel 20 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing met dien verstande, dat het bevel slechts wordt gegeven, indien de eiser naast de bewaarder allen die als partij bij het in te schrijven feit zijn betrokken, tijdig in het geding heeft geroepen.

3. De kosten van het geding blijven voor rekening van de eiser, tenzij de vordering ondanks verweer wordt toegewezen, in welk geval degene die het verweer heeft gevoerd in de kosten wordt veroordeeld.

4. Wanneer het aangeboden stuk ook overigens niet aan de vereisten voor inschrijving voldoet, vermeldt de bewaarder bij de voorlopige aantekening tevens de gerezen bedenkingen en is artikel 20 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in dier voege van toepassing dat het daarbedoelde bevel slechts tezamen met dat uit hoofde van het tweede lid kan worden gevorderd.

5. *De rechter is bevoegd de inschrijving van een verjaring als bedoeld in artikel 34 te bevelen, ook indien niet vast staat dat genoegzaam is gebleken dat de verjaring heeft plaatsgevonden."*

2.5 Toestemming

Betrekkelijk veel is in de literatuur geschreven over de figuur van de toestemming in het burennrecht, te vinden in de art. 5:42 en 50 BW.¹⁵ In art. 5:42 BW gaat het om toestemming om binnen twee meter van de erfgrans bomen en binnen een halve meter heesters en heggen te hebben. Art. 5:50 BW bevat het toestemmingsvereiste om, behoudens de in lid 2 genoemde uitzonderingen, binnen twee meter van de grenslijn vensters of andere muuropeningen, dan wel balkons of soortgelijke werken te hebben, voor zover deze op dit erf uitzicht geven.

Een gegeven toestemming is zonder meer een feit dat inschrijfbaar is in de openbare registers, vgl. art. 3:17 lid 1 sub a BW. Op grond van art. 3:24 BW worden derden te goeder trouw beschermd. De vraag is of en in hoeverre deze toestemming bindend is voor rechtsopvolgers. Door toestemming te geven wordt immers nog geen erfdiensbaarheid of kwalitatief recht gevestigd.¹⁶

Blijkens de memorie van toelichting is een rechtsopvolger onder bijzondere titel gebonden aan de toestemming die zijn voorganger heeft verleend, tenzij deze rechtsopvolger niet wist van het geven van toestemming én de toestemming niet ingeschreven was in de openbare registers.¹⁷ Het feit dat deze gepubliceerde toestemming met goederenrechtelijk gevolg een afwijking toestaat op de regels van het burennrecht, past niet goed in het goederenrechtelijk systeem.

Het nadeel van het niet als erfdiensbaarheid of kwalitatieve verplichting kwalificeren van deze rechtsfiguur is dat daarvoor geen wettelijk regime bestaat. Het verlenen, wijzigen of intrekken van toestemming, de uitvoe-

15 In Boek 5 BW komt toestemming overigens ook voor in art. 5:22 BW (betreden van een erf), art. 5:89 BW (bestemmingswijziging door de erfpachter met toestemming van de eigenaar), art. 5:91 BW (toestemming voor overdracht of toedeling erfpachtrecht of een gedeelte na splitsing), art. 5:106 BW (toestemming voor splitsing in appartementsrechten door erfpachter of opstaller), art. 5:119 BW (toestemming verandering privégedeelte), art. 5:139 BW (toestemming wijziging splitsing). Vgl. ook de Utrechtse oratie van S.E. Bartels, 'Ja, dat is goed. Beschouwingen over toestemming en derdenwerking', die betoogt dat voor een zelfstandige rechtsfiguur 'goederenrechtelijke toestemming' in ons goederenrecht geen plaats is. Zie <http://nld.handle.net/2066/150393>.

16 Zie ook K.F.M. Berger, 'Toestemming in het burennrecht', *WPNR* 1997/6283 en W.J.M. Davids in W.J.M. Davids & J.H.A. Lokin, 'Boekbespreking', *WPNR* 1992/6019, p. 651.

17 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 191.

ning van de door de toestemming verkregen bevoegdheid; het is allemaal ongeregeld gebeven. Dat toestemmingverlening zakelijke werking heeft, leren we uit de parlementaire geschiedenis, hetgeen eens te meer aangeeft dat deze figuur een *rara avis* in ons burenrecht is. Om theoretische discussies en praktische problemen te vermijden, is het te verkiezen deze toestemmingsfiguur geheel te laten vervallen door de zinsnede 'de eigenaar daartoe toestemming heeft gegeven of' te laten vervallen in art. 5:42 lid 1 BW en art. 5:50 lid 1 BW.¹⁸ Wie wil afwijken van het burenrecht, kan een erfdiensbaerheid vestigen. Het laten vervallen van de figuur van de toestemming in het burenrecht betekent niet dat het niet meer mogelijk is om in de onderlinge verhouding met burenen toe te stemmen in situaties die in strijd met het burenrecht zijn, bijvoorbeeld uitzicht biedende vensters of te hoge begroeiing nabij de erfgrrens.

Art. 5:50 lid 1 BW zou dan komen te luiden als volgt:

~~"1. Tenzij de eigenaar van het naburige erf daartoe toestemming heeft gegeven, Het is het niet geoorloofd binnen twee meter van de grenslijn van dit erf vensters of andere muuropeningen, dan wel balkons of soortgelijke werken te hebben, voor zover deze op dit erf uitzicht geven."~~

Voor de soortgelijke wijziging van art. 5:42 BW wordt verwezen naar par. 2.8 hierna.

2.6 Verhouding tot publiekrecht

In het burenrecht is niet onbelangrijk de wijze waarop (lagere) overheden regelend optreden met betrekking tot het gebruik van onroerende zaken door eigenaars, beperkt gerechtigden of anderen. Wij noemen hier slechts de bestemmingsplannen gebaseerd op de Wet ruimtelijke ordening en de Bouwverordening die iedere gemeente kent. Dergelijke regelgeving kan op de een of andere wijze inbreuk maken op het eigendomsrecht, oftewel de bevoegdheden die men ontleent aan het eigendomsrecht beperken of uitsluiten.

18 Dezelfde problematiek speelt overigens ook bij de zogenaamde minnelijk aangegeven noodweg. Ook voor die aanwijzing is onduidelijk of en, zo ja, onder welk wettelijk regime die valt.

Er is jurisprudentie over de vraag of en in hoeverre lagere wetgevers door middel van verordeningen inbreuk mogen maken op het eigendomsrecht.¹⁹ De wetgever heeft dit willen regelen door in artikelen aan te geven dat 'bij verordening' kan worden afgeweken van hetgeen daarin is bepaald. Daarnaast kennen we art. 3:14 BW waarin is bepaald dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Uit voormelde jurisprudentie komt echter steeds naar voren dat lagere wetgevers, met name gemeenten, bevoegdheden die door het Burgerlijk Wetboek zijn toegekend aan de eigenaar van een onroerende zaak, niet mogen opheffen of feitelijk illusoir maken. Het eigendomsrecht mag niet op ontoelaatbare wijze door verordeningen worden uitgehouden. Het vreemde van art. 3:14 BW is dat de beperking die de jurisprudentie heeft ontwikkeld met betrekking tot de verordenende bevoegdheid van lagere overheden op het gebied van het burendrecht, daarin niet is terug te vinden. Naar de letter genomen mag iedere overheid die regels van publiekrecht maakt met deze regels bevoegdheden die iemand als eigenaar van een onroerende zaak krachtens burgerlijk recht toekomen, beperken of ontnemen. Het lijkt alsof art. 3:14 BW een vrijbrief geeft aan gemeenten.²⁰

Blijkens de toelichting van Meijers²¹ is dit evenwel uitdrukkelijk niet de bedoeling van het artikel. Slechts werd beoogd een vastlegging van de leer van de Hoge Raad.²² Bij de behandeling in de Tweede Kamer kwam zelfs nog aan de orde dat deze bepaling wel erg ver ging, zo zonder voorbehoud geformuleerd (zelfs ongeschreven regels van publiekrecht kunnen bewerkstelligen dat eigenaarsbevoegdheden niet uitgeoefend mogen worden). Dit was echter voor de minister geen reden om het artikel te wijzigen.

- 19 Vgl. bijvoorbeeld het bekende arrest *Gorsselse bomen*, HR 28 april 1961, *NJ* 1961/433; in de casus van dit arrest stond een rij bomen in een berm binnen de volgens art. 713 BW (oud) verboden afstand van de grens tussen de openbare weg en de daaraan grenzende erven; de Hoge Raad besliste dat in het onderhavige geval de bestemming van deze rij bomen zich tegen de toepassing van art. 713 BW (oud) verzette.
- 20 Van Acht 1990, p. 258, bepleit een restrictieve uitleg van art. 3:14 BW, dan wel afwijkingen van het wettelijke burendrecht vanwege het openbaar nut in de wet uitdrukkelijk vastleggen.
- 21 *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 1051-1055 en de aldaar vermelde jurisprudentie.
- 22 HR 28 april 1961, *NJ* 1961/433 (*Gorsselse bomen*).

Die kritiek is evenwel gerechtvaardigd. Art. 3:14 BW is onjuist en onvolledig geformuleerd. Beter zou zijn om meer specifiek aan te geven waar het de wetgever eigenlijk om te doen is geweest en de restrictie die de jurisprudentie heeft aangebracht daarin op te nemen. Een betere formulering is daarom:

Artikel 14

“Andere regels van publiekrecht dan bij of krachtens wetten in formele zin gegeven, mogen de uitoefening van de bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet op onaanvaardbare wijze beperken. Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend indien de publieke bestemming van de zaak waar die bevoegdheid betrekking op heeft, zich daartegen zou verzetten.” ~~in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.~~

2.7 Hinder en misbruik van bevoegdheid; recht op licht, lucht en uitzicht?

De verhouding tussen hinder en misbruik van bevoegdheid enerzijds en het burenrecht anderzijds, is ietwat problematisch. Hinder is een leerstuk dat vooral speelt in de sfeer van het algemenere leerstuk van de onrechtmatige daad. Art. 5:37 BW heeft om die reden ook niet veel zelfstandige betekenis en vormt eigenlijk niet veel meer dan de codificatie van burenrechtelijke jurisprudentie inzake hinder.²³ Ook zonder deze bepaling zou de eigenaar van een erf aan de eigenaars van andere erven geen hinder mogen toebrengen op de in deze bepaling aangegeven wijzen. Maar ook niet-eigenaars mogen dat niet doen en hinder kan ook op andere wijzen plaatsvinden dan door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen, door het onthouden van licht of lucht of door het ontnemen van steun. Anders geformuleerd: art. 5:37 BW is onvolledig en staat wat misplaatst in het burenrecht.²⁴

23 HR 30 januari 1914, *NJ* 1914, p. 497 inzake Krul-Joosten; HR 31 december 1937, *NJ* 1938/517 inzake Utrechtse studentensociëteit; HR 20 december 1940, *NJ* 1941/366 en HR 19 maart 1943, *NJ* 1943/312 inzake Voortse Stroom en HR 16 maart 1973, *NJ* 1975/74 inzake Stikke Trui.

24 Vgl. ook A. van Oven, *WPNR* 1975/5294, p. 85; Kottenhagen en Kottenhagen-Edzes, *NJB* 14 mei 1983, p. 625 e.v.; Is er behoefte aan art. 5:37 BW? Van Nispen 1982, p. 107.

Misbruik van bevoegdheid is daarentegen geheel terecht in het algemeen geregeld in art. 3:13 BW, een bepaling die eveneens vorm gegeven is uit burendrechtelijke jurisprudentie.²⁵

Tussen hinder en misbruik van bevoegdheid bestaat volgens de parlementaire geschiedenis²⁶ een belangrijk verschil. Bij hinder wordt de benadeelde getroffen in het genot of gebruik van zijn eigen zaak. Bij misbruik van bevoegdheid wordt de benadeelde getroffen in het toevallige genot of gebruik dat hij heeft van andermans zaak.

Neem de twee voorbeelden van de Voorste Stroom in Tilburg en de Berg en Dalse Watertoren. De eigenaars van aan de Voorste Stroom gelegen huizen konden door de stank die het riviertje produceerde in de zomermaanden niet ongestoord in hun eigen tuinen zitten te genieten van de zonsondergang.²⁷ Ir. Van Stolk verpestte het uitzicht dat mr. Van der Goes had over *ir. Van Stolks* landgoed, door er een Amerikaanse windmolen met waterreservoir op te bouwen.²⁸

Het hinderen (of hinderlijk gedrag) hoeft niet per se gerelateerd te zijn aan iemands subjectief recht zoals het eigendomsrecht. Daarmee is bijna gegeven dat de plaatsing van art. 5:37 BW in Boek 5 juist leidt tot de conclusie dat deze bepaling niet meer is dan een verschijningsvorm van een veel algemenere civielrechtelijke regel die ook ten grondslag ligt aan art. 3:13 BW.

Wat houdt eigendom in? Het hebben van uitzicht en het ontvangen van licht en lucht? Behoren die aspecten tot het eigendomsrecht van een onroerende zaak? Als dat zo is, dan *hinderde* ir. Van Stolk in het Berg en Dalse Watertoren arrest eigenlijk ook mr. Van der Goes in de uitoefening van diens eigendomsrecht door palen met lappen op te richten en later de Amerikaanse windmolen met waterreservoir te plaatsen. De bewoners aan de Voorste Stroom te Tilburg werden door onwelriekende lucht

25 Vgl. ook de fameuze arresten inzake de Berg- en Dalse Watertoren: HR 13 maart 1936, *NJ* 1936/415 en HR 2 april 1937, *NJ* 1937/639, waarover Verstappen in *Heerenheibel in de Heerlijkheid Beek*, Stichting tot Behoud van Monument en Landschap in de gemeente Ubbergen 2004, en eerder in *Vast en Goed*, liber amicorum Van Velten, Deventer: Kluwer 2003. De hierna volgende passage over hinder en misbruik van bevoegdheid is in aangepaste vorm afkomstig uit deze publicaties. Zie ook HR 2 december 1937, *NJ* 1938/353 (*Lentse schutting*); HR 17 april 1970, *NJ* 1971, 89 (*Grensoverschrijdende garage*).

26 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 49.

27 HR 20 december 1940, *NJ* 1941/366 en HR 19 maart 1943, *NJ* 1943/ 312.

28 HR 13 maart 1936, *NJ* 1936/415 en HR 2 april 1937, *NJ* 1937/639.

bedwelmd; was daar niet ook sprake van *misbruik van bevoegdheid* door vervuild water door het beekje te laten stromen? En als er onrechtmatig grensoverschrijdend is gebouwd, wordt de vordering tot verwijdering niet gerechtvaardigd door de onrechtmatige hinder die de buurman van de overbouw ondervindt? Kortom: waar ligt ergens de grens tussen hinder en misbruik van bevoegdheid? Ligt er wel een grens?

Het gebruik van eigenaarsbevoegdheden kan naast misbruik van bevoegdheid ook hinder opleveren. Het iemand hinderen zonder gebruik te maken van enigerlei bevoegdheid is moeilijk denkbaar. Iedereen zal in beginsel een trompet mogen spelen²⁹ en iedereen mag in beginsel bijen³⁰, hennen en hanen³¹ houden. Het gebruik maken van bevoegdheden kan hinder opleveren, waardoor het gebruik kan ontaarden in misbruik. Misbruik van bevoegdheid en hinder zijn dus vrijwel onlosmakelijk met elkaar verbonden, liggen als het ware in elkaars verlengde, al doet de parlementaire geschiedenis inzake art. 5:37 BW anders vermoeden. Het hinderen impliceert het op een onoorbare manier gebruik maken van bevoegdheden en het op onoorbare manier gebruik maken van bevoegdheden kan hinder opleveren.

In de zaak die heeft geleid tot de Berg en Dalse Watertoren-arresten werd mr. Van der Goes gehinderd in het hebben van zijn fraaie uitzicht over de Ooijpolder door ir. Van Stolk. Die hinder werd veroorzaakt doordat ir. Van Stolk op onoorbare wijze gebruikmaakte van zijn eigenaarsbevoegdheden. Het verschil schuilt inderdaad in het soortelijk gewicht van het belang waarin men getroffen wordt: het recht beschermt de eigenaar in sterkere mate; er zal niet snel sprake zijn van onrechtmatig gedrag als een eigenaar gebruikmaakt van zijn aan de wet ontleende bevoegdheden. Daarom moet de lat voor het aannemen van misbruik van bevoegdheid hoog komen te liggen als het gaat om eigenaarsbevoegdheden. Het belang van mr. Van der Goes die toevallig een mooi uitzicht heeft, weegt in de onderlinge verhouding minder zwaar dan het belang van ir. Van Stolk om op zijn grond een windmolen met waterreservoir op te richten. Er moet meer aan de hand zijn wanneer het belang van ir. Van Stolk als eigenaar dient te wijken voor het belang van mr. Van der Goes als diens

29 Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 10 oktober 1991, KG 1991/363.

30 HR 28 april 1995, NJ 1995/513.

31 HR 29 oktober 1993, NJ 1994/107, vgl. voor het vervolg HR 1 november 1996, NJ 1997/134.

buurman die een fraai uitzicht over zijn land heeft. De redenering is dan dat het beter is in die situatie de uitoefening van het zwaarder wegende belang in rechte ter discussie te stellen door voor het ene anker van misbruik van recht te gaan liggen, omdat het ter discussie stellen van de schending van het minder zwaar wegende belang door voor het andere anker van hinder te gaan liggen, minder kans van slagen zal hebben.

Opmerkelijk is dat de juridische discussie zich in de procedure inzake De Berg en Dalse watertoren, gaandeweg wijzigde van hinder in misbruik van bevoegdheid. In de talrijke procedures in deze zaak werd op een gegeven moment een punt bereikt, waarop het argument dat de werken hinder opleverden, werd gepareerd met het argument dat het oprichten van dergelijke werken voortvloeit uit de bevoegdheid van ir. Van Stolk als eigenaar. Om dat verweer te pareren, moest zwaarder geschut uit de kast worden gehaald: misbruik van bevoegdheid.

Hetzelfde handelen kan zowel misbruik van recht opleveren als hinder. De wetgever heeft met het toekennen van bevoegdheden uitgangspunten gekozen: het handelen met gebruikmaking van bevoegdheden zal in beginsel geoorloofd zijn, behoudens hinder en/of misbruik van recht. Met deze verklaring kan worden volstaan. Art. 5:37 BW heeft weliswaar weinig zelfstandige betekenis, maar het stoort ook niet, mits de bepaling in deze context gelezen wordt.³²

Art. 5:37 BW heeft in het burenenrecht echter nog wel betekenis omdat deze bepaling duidelijk maakt dat de wetgever vindt dat het 'onthouden van licht of lucht' via het leerstuk van de onrechtmatige daad dient te worden bestreden. Er bestaat in ons burenenrecht geen zelfstandig recht op licht of lucht, en al helemaal geen recht op uitzicht. Dat is onzes inziens een terechte benadering.³³ Het opnemen van een recht op licht, lucht of

32 Voormelde overwegingen zijn uit L.C.A. Verstappen, *Vast en Goed*, liber amicorum Van Velten, Deventer: Kluwer 2003.

33 Zo ook het Duitse recht. Zie bijv. Simon en Busse/F. Dirnberger, Bayerische Bauordnung, 121ste EL, München, September 2015, nr. 441: 'Das öffentliche Recht gewährt grundsätzlich keinen Schutz darauf, dass die freie Aussicht auf Stadt-, Orts-, Straßen- und Landschaftsbilder (Berge, Seen, Wälder, Grünflächen usw.) nicht verbaut wird. Die Minderung der Aussicht und damit des Verkehrswertes des Grundstücks ist kein Eingriff in das Eigentumsrecht, da die Aufrechterhaltung einer ungeschmälernten Aussicht lediglich eine Chance ist (BVerwG, Urt. v. 13.6.1969, DVBl. 1970; Beschl. v. 9.2.1995, DÖV 1995, 823 = NVwZ 1995, 895 = ZfBR 1995, 216; vgl. auch OVG Lüneburg, Urt. v. 13.3.2002, ZfBR 2003, 54). Im Allgemeinen muss jedem Grundstückseigentümer mit Bautätigkeit auf den Nachbargrundstücken und der damit verbundenen Beschränkung seiner

uitzicht klinkt enerzijds positief ter bescherming van de belangen van eigenaars van erven, maar zou anderzijds ook weer onaanvaardbaar structureel ingrijpen in de gebruiksmogelijkheden van eigenaars van naburige erven. In de onderlinge afweging van deze uiteenlopende belangen en mede gelet op de uiteenlopende casuïstiek, lijkt het een goede benadering om de wenselijkheid van voldoende inval van licht, het verkrijgen van voldoende lucht en het minder belangrijke leuke uitzicht, via de leerstukken hinder en misbruik van bevoegdheid op te lossen.

2.8 Beplantingen bij erfgrans

Van Schaick heeft het in art. 5:42 BW gemaakte onderscheid tussen bomen en heesters/heggen terecht bekritiseerd.³⁴ Het gaat om de hoogte van de begroeiing en niet over de vraag of iets een boom of een heester/heg is. Een bonsaiboompje moet meer dan twee meter afstand houden. En wat te denken van heesterbomen? Door niet de soort beplanting centraal te stellen, maar de hoogte van de beplanting als beslissend criterium te geven, wordt het artikel veel beter hanteerbaar in de praktijk. Voorstelbaar ware de bepaling te herformuleren als volgt:

Artikel 42

“1. Het is niet geoorloofd binnen de in lid 2 bepaalde afstand van de grenslijn van eens anders erf ~~de in lid 2 bedoelde begroeiing bomen, heesters of heggen~~ te hebben, tenzij ~~de eigenaar daartoe toestemming heeft gegeven~~ of dat erf een openbare weg of een openbaar water is.

2. De in lid 1 bedoelde afstand bedraagt voor ~~bomen twee meter te rekenen vanaf het midden van de voet van de boom en voor de heesters en heggen een halve meter~~, *begroeiing die hoger dan twee meter is: twee meter, en voor begroeiing die hoger dan*

Aussicht rechnen. Die nachbarschützenden Vorschriften des öffentlichen Rechts dienen nicht dazu, einem Grundstückseigentümer die ungestörte Aussicht von seinem Grundstück zu erhalten; insoweit muss sich der Grundstückseigentümer durch privatrechtliche Vereinbarungen mit seinen Nachbarn sichern (BayVGH, Urt. v. 22.11.1971 – 83 II 71 –), beispielsweise durch Erwerb einer Grunddienstbarkeit mit entsprechenden Nutzungsregelungen.’

34 A.C. van Schaick, ‘Kroniek van het zakenrecht (2001-2008), deel II’, *NTBR* 2008, 45.

een halve meter is: een halve meter, te rekenen vanaf het midden van de voet van de begroeiing, tenzij ingevolge een verordening of een plaatselijke gewoonte een kleinere afstand is toegelaten.

3. De nabuur kan zich niet verzetten tegen de aanwezigheid van ~~bomen, heesters of heggen~~ *begroeiing* die niet hoger ~~reiken~~ *reikt* dan de scheidsmuur tussen de erven.

4. Ter zake van een volgens dit artikel ongeoorloofde toestand is slechts vergoeding verschuldigd van de schade, ontstaan na het tijdstip waartegen tot opheffing van die toestand is aangemaand."

Dit voorstel impliceert dat zodra de begroeiing hoger groeit dan twee meter, een toestand intreedt die strijdig is met deze regel uit het burennrecht en pas vanaf dat moment verwijdering mag worden gevorderd. Het impliceert daarmee ook dat de jurisprudentie van de Hoge Raad, inhoudende dat de verjaringstermijn aanvangt vanaf het moment van planten van een begroeiing,³⁵ hierdoor wordt achterhaald. De verjaringstermijn vangt in het voorstel pas aan vanaf het moment waarop de begroeiing boven een halve meter respectievelijk twee meter uitkomt. Bonsaiboompjes mogen dus voortaan gepland worden binnen een halve meter van de grens.

Gräler heeft betoogd dat de hoofdregel van art. 5:42 BW te ongenueanceerd is. Beter is volgens hem de gedetailleerde wettelijke regeling in het Duitse Nordrhein-Westfalen waarin rekening wordt gehouden met de aard van de beplanting en de aard van het gebruik van de naburige onroerende zaken.³⁶ Men onderscheidt verschillende categorieën van gewassen, die zich op verschillende afstanden van de grens moeten bevinden (van 0,5, 0,75, 1, 1,5, 2 en 4 meter). De vraag is of we een dergelijke gedifferentieerde regeling nodig hebben. Ons is niet gebleken dat de huidige regeling met twee categorieën van een halve en twee meter, te algemeen is en behoefte zou bestaan aan meer categorieën begroeiing.

³⁵ Vgl. HR 18 december 1992, *NJ* 1993/152.

³⁶ J.G. Gräler, 'Beplantingen bij de grenslijn. Enkele rechtsvergelijkende opmerkingen', *WPNR* 2002/6493, p. 439 e.v.

2.9 Grensafscheiding

Art. 5:49 BW bepaalt in lid 1 dat iedere eigenaar van aangrenzende erven in een aaneengebouwd gedeelte van een gemeente te allen tijde kan vorderen dat de andere eigenaar ertoe meewerkt, dat op de grens van de erven een scheidsmuur van twee meter hoogte wordt opgericht, voor zover een verordening of een plaatselijke gewoonte de wijze of de hoogte der afscheiding niet anders regelt. Volgens lid 2 is dit echter niet toepasselijk, indien een der erven een openbare weg of een openbaar water is.

De vraag is of deze laatste uitzondering op het recht om een grensafscheiding op te richten, logisch is. Het argument van privacybescherming, dat met name ook ten grondslag heeft gelegen aan de mogelijkheid een muur van twee meter, gerelateerd aan de lengte van de mens, op te richten, gaat *mutatis mutandis* natuurlijk ook op voor de grens met een openbare weg of (doch in mindere mate) een openbaar vaarwater.³⁷ Juist de aanwezigheid van een openbare weg (en in mindere mate een openbaar vaarwater) kan zorgen voor meer frequente en ernstigere privacy schending, reden waarom deze uitzondering eigenlijk goede reden mist. Met name de achtertuinen van hoekwoningen of van woningen die aan de zijkant worden begrensd door tussen woningen liggende openbare wandel- of fietspaden, zijn op dit punt kwetsbaar. Te overwegen is om deze uitzondering te beperken tot de gevallen waarin de openbare weg of het openbaar vaarwater zich aan de voorkant van de woning bevindt. Wat de voorkant van een woning is, zal in de meeste gevallen wel duidelijk zijn.

Eveneens is vanuit dezelfde redenering te overwegen om de mogelijkheid om de hoogte van de grensafscheiding bij verordening nader vast te stellen, geheel te laten vervallen. Van privacybescherming komt immers niets terecht als een plaatselijke verordening voorschrijft dat de grensafscheiding slechts één meter hoog mag zijn.

De vraag of onder grensafscheiding ook mag worden verstaan een ondoorzichtige beplanting, is hiervoor al aan de orde geweest. Het gegeven dat de wetgever uit een oogpunt van privacybescherming de ondoorzichtigheid van de grensafscheiding als allesbepalend criterium tot uitgangspunt heeft genomen, rechtvaardigt om eenzelfde betekenis toe te

37 MO, *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 202.

kennen aan de in de wet tot uitgangspunt genomen twee meter. Een doorzichtige erfafscheiding van twee meter maakt vrijwel evenveel inbreuk op de privacy als een erfafscheiding die door een plaatselijke verordening is beperkt tot vijftig centimeter. Met de almaar langer wordende Nederlander in het achterhoofd, zou zelfs kunnen worden betoogd dat de regeling flexibeler zou moeten zijn opdat de hoogte ook op meer dan twee meter kan worden bepaald.

Een andere kwestie is hoe moet worden omgegaan met het antwoord op de vraag wat de hoogte, de dikte, de lengte en het materiaal van die muur moeten zijn als burens hieromtrent geen overeenstemming hebben. Titel 7 Boek 3 BW kan nog niet toegepast worden omdat de muur nog niet bestaat en dus nog geen sprake is van mede-eigendom. De gang naar de rechter is de enige route die gevolgd kan worden als men er niet uitkomt.

Het vorenstaande leidt ertoe dat art. 5:49 BW als volgt dient te worden gewijzigd:

“Artikel 49

1. Ieder der eigenaars van aangrenzende erven in een aaneengebouwd gedeelte van een gemeente kan te allen tijde vorderen dat de andere eigenaar ertoe meewerkt, dat op de grens van de erven een scheidsmuur van twee meter hoogte wordt opgericht, ~~voor zover een verordening of een plaatselijke gewoonte de wijze of de hoogte der afscheiding niet anders regelt.~~ De eigenaars dragen in de kosten van de afscheiding voor gelijke delen bij.

2. Het vorige lid is niet toepasselijk, indien een der erven een openbare weg of een openbaar water is, *gelegen aan de voorzijde van het andere erf.*”

2.10 Grens onder niet bevaarbaar stromend water

Wibbens-de Jong merkt op dat art. 5:59 lid 3 BW, waarin wordt bepaald dat een door de eigenaars overeengekomen afwijkende regeling inzake bovengenoemde grens ook bindend is voor hun rechtverkrijgenden, overbodig is naast art. 3:168 lid 4 BW.³⁸ Echter, uitgangspunt is dat geen

³⁸ Wibbens-de Jong 2009, p. 79.

sprake is van mede-eigendom, maar dat de aangrenzende erfeigenaars dezelfde bevoegdheden en verplichtingen als een mede-eigenaar hebben. Daarmee wordt nog niet titel 7 Boek 3 BW van overeenkomstige toepassing verklaard. Om die reden zien wij nog wel nut voor die bepaling en is schrapping niet te overwegen. Men kan zich zelfs afvragen of de bepalingen over mandeligheid van toepassing zouden moeten worden verklaard op oevereigenaars.

2.11 Grensoverschrijdende gebouwen of werken

De regeling van art. 5:54 BW is een uitwerking van wat rechtens is als de eigenaar op, boven of onder wiens grond is gebouwd, zich daartegen verzet door bijvoorbeeld een vordering tot verwijdering in te stellen. Het is een voorbeeld hoe de wetgever concreet heeft willen aangeven wat een billijke oplossing zou zijn. Dit is niet zonder kritiek gebleven. Met name na het arrest *AVO/Petri*³⁹ is wel gesteld dat deze regel te ver gaat omdat het eigendomsrecht te ingrijpend wordt aangetast. Eigenrichting zou zodoende beloond worden. Vgl. ook de noot van Vranken onder dit arrest.⁴⁰ Wij zouden persoonlijk wel zijn voor beperking in de tijd van de te vestigen erfdiensbaardheid tot zolang het gebouw zich daar bevindt. Verder hoeft de bescherming van de onschuldige overbouwer immers niet te gaan.⁴¹

Een tweede punt is de verhouding tussen art. 5:54 BW en art. 3:13 BW inzake misbruik van recht. Op grond van het hiervoor aangehaalde arrest *AVO/Petri* moet aangenomen worden dat beide bepalingen toegepast kunnen worden, dat dus art. 5:54 BW niet de toepasselijkheid van art. 3:13 BW uitsluit. Art. 3:13 BW gaat immers over het recht verwijdering te vorderen dat de eigenaar heeft, terwijl art. 5:54 BW het recht van de eigenaar van het gebouw of werk bevat om te eisen dat de eigenaar van de grond waarop de overbouw staat het stukje grond waarop de over-

39 HR 15 november 2002, *NJ* 2003/48 m.nt. J.B.M. Vranken, waarin de Hoge Raad oordeelde dat art. 5:54 BW niet kan worden beschouwd als *lex specialis* van art. 3:13 BW omdat het toepassingsgebied van art. 5:54 BW slechts gedeeltelijk valt binnen dat van art. 3:13 BW.

40 Alsmede Van Nispen 1982, p. 96, noot 12. Kritisch over de oplossingen die Vranken aandraagt: A.C. van Schaick, 'Kroniek van het zakenrecht (2001-2008), deel II', *NTBR* 2008, 45, p. 7.

41 HR 28 maart 2008, *NJ* 2008/353 (*Nelemans/Scheepswerf*) m.nt. F.M.J. Verstijlen, over de positie van de verkrijger van grensoverschrijdend bouwsel.

bouw staat in eigendom overdraagt of hierop een erfdiensbaarheid vestigt.⁴² Een en ander neemt niet weg dat die artikelen onderling verband houden en dat het verstandig is in procesrechtelijk opzicht beide procedures op elkaar af te stemmen, opdat verwijdering niet wordt toegewezen als de vordering tot overdracht of vestiging erfdiensbaarheid nog aanhangig is. De afwijzing van de vordering tot verwijdering wegens misbruik van bevoegdheid laat onverlet dat de eigenaar op wiens eigendomsrecht inbreuk is gemaakt, op grond van art. 6:162 BW kan vorderen dat zijn schade wordt vergoed.⁴³

2.12 Noodleiding

In art. 5:58 BW over het mogen hebben van een noodleiding, zoals onlangs uitgebreid door de Warmtewet⁴⁴, ontbreken ten onrechte de woorden 'te allen tijde'. Hierop heeft reeds Van Acht gewezen.⁴⁵ Het zou beter zijn deze woorden aan deze bepaling toe te voegen.

Men kan zich voorts de vraag stellen of de regeling van de 'noodleiding' beperkt zou moeten zijn tot alleen de aanvoer. Waarom zou de afvoer van afvalwater via bijvoorbeeld een riolering, niet ook hieronder kunnen vallen? Wij zien weinig verschil tussen de noodzaak van aanvoer van water en afvoer van afvalwater.

Voorts dient in overweging te worden genomen het belang van de 'aan- en afvoer' van data, waarvoor naar de huidige stand der technologie leidingen (bijvoorbeeld glasvezelkabels) worden gebruikt. Wij menen dat vandaag de dag toch wel gezegd kan worden dat die aan- en afvoer van data voor menigeen in soortgelijke mate als essentiële levensbehoefte kan worden gekwalificeerd.⁴⁶ Art. 5:58 BW zou derhalve kunnen worden uitgebreid als volgt:

42 Volgens HR 15 november 2002, *NJ* 2003/48 (*AVO/Petri*) kan art. 5:54 BW niet worden beschouwd als een *lex specialis* van art. 3:13 BW.

43 A.C. van Schaick, 'Kroniek van het zakenrecht (2001-2008), deel II', *NTBR* 2008, 45.

44 Wet van 17 juni 2013, houdende regels omtrent de levering van warmte aan verbruikers (Warmtewet), *Stb.* 2013, 326.

45 Van Acht 1990, p. 161.

46 Vgl. reeds J.Th. Smalbraak, 'Het burenrrecht in het Gewijzigd Ontwerp Boek 5 NBW', *WPNR* 1973/5242, p. 543.

Artikel 58

“1. De eigenaar van een erf die water, elektriciteit, *data*, gas en warmte dat elders te zijner beschikking staat, door een leiding *of kabel* wil aanvoeren, kan *te allen tijde* tegen vooraf te betalen of te verzekeren schadevergoeding van de eigenaars der naburige erven vorderen te gedogen dat deze leiding *of kabel* door of over hun erven gaat. *Hetzelfde geldt voor de afvoer van afvalwater door leidingen naar afvoer- en opvangpunten die elders gelegen zijn.*

2. De laatste vier leden van het vorige artikel vinden daarbij overeenkomstige toepassing.”

3 Mandeligheid (titel 5)

3.1 Inleiding

Op 1 januari 1992 trad de vernieuwde regeling van mandeligheid van titel 5 Boek 5 BW in werking. Deze nieuwe regeling kent twee soorten mandelige zaken, te weten:

1. De onroerende zaken die door een *meerzijdige rechtshandeling* mandelig worden gemaakt, in de praktijk aangeduid als contractuele mandeligheid. Art. 5:60 BW bepaalt dat mandeligheid ontstaat wanneer een onroerende zaak gemeenschappelijk eigendom is van de eigenaars van twee of meer erven en door hen tot gemeenschappelijk nut van die erven wordt bestemd bij een tussen hun opgemaakte notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers.

Men kan zich afvragen of deze bestemmingshandeling een causale rechtshandeling is. Hierover wordt verschillend gedacht.⁴⁷ Voor de praktijk lijkt dit geen groot probleem, nu niemand zal betwijfelen dat, om een onroerende zaak mandelig te maken, overeenstemming tussen de betrokken eigenaars van de erven nodig is, die door de gezamenlijke ondertekening

47 Vgl. hierover W. Wijting, ‘Mandeligheid in de bouw’, *Bouwrecht* 2000, p. 384 e.v., in het bijzonder nr. 2 van zijn bijdrage, en K.F.M. Berger, *Burenrecht, mandeligheid, erfdiensbaarheden*, Deventer: Kluwer 2001, en m.n. ook J.G. Gräler, *Mandeligheid* (diss. Nijmegen) (Ars Notariatus 121), Deventer: Kluwer 2003, p. 151 e.v.

van de notariële akte van mandeligheid gestalte krijgt.⁴⁸ Ons inziens is de bestemmingshandeling geen handeling die rechtstreeks of via de schakelbepaling van art. 3:98 BW onder art. 3:84 BW en het titelvereiste valt, waardoor geen geldige titel nodig is. Als men al zou aannemen dat een onderliggende titel, een obligatoire overeenkomst tot bestemming nodig is, zal geen verschil zichtbaar zijn tussen de goederenrechtelijke overeenkomst en de verbintenisrechtelijke overeenkomst zodat de verklaring van partijen tegelijk kan worden uitgelegd als een verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke.

2. De onroerende zaken die *van rechtswege* mandelig zijn. Art. 5:62 BW bepaalt dat van rechtswege een vrijstaande scheidsmuur, een hek of een heg waaronder in de lengterichting de grens tussen twee erven loopt, gemeenschappelijk eigendom en mandelig is. Lid 2 van dit artikel bepaalt hetzelfde ten aanzien van de niet-vrijstaande gemeenschappelijke scheidsmuur van twee gebouwen of werken, die aan verschillende eigenaars toebehoren.⁴⁹ Hoewel dit niet expliciet uit de wettekst blijkt, mag een boom die op de grens staat ook wel als gemeenschappelijke eigendom en mandelig worden beschouwd.⁵⁰

Het wezenskenmerk van *het recht op* een mandelige zaak is dat het een afhankelijk recht is en dat de gemeenschap van een mandelige zaak niet vatbaar is voor verdeling (art. 5:63 BW). Het wezenskenmerk van *een mandelige zaak zelf* is dat het tot gemeenschappelijk nut van meerdere erven dient.

- 48 In dit opzicht is deze rechtshandeling te vergelijken met de akte van splitsing. Ook over de splitsingsakte zullen de eigenaars overeenstemming moeten hebben bereikt voordat die wordt getekend. De wet vereist niet dat er een voorafgaande overeenkomst tot het mandelig maken van een onroerende zaak bestaat. Het mandelig maken van een onroerende zaak is op zichzelf beschouwd ook geen rechtshandeling waarbij goederen worden verkregen. De daaraan voorafgaande verkrijging van het aandeel in de mandelig te maken onroerende zaak uiteraard wél. Het onderscheid tussen causaal en abstract past daar dan ook minder bij. Problematisch is deze discussie in de praktijk niet.
- 49 Volgens art. 5:43 BW wordt onder muur in de titels 5.4 en 5.5 verstaan: iedere van steen, hout of andere daartoe geschikte stof vervaardigde, ondoorzichtige afsluiting.
- 50 Aldus HR 20 mei 2011, *NJ* 2011/241, waarover S.E. Bartels, *AA* 2011, p. 636 en G.E. van Maanen, *NTBR* 2012, 1, nr. 2.

Wat is er nu – na bijna 25 jaar na invoering – op de regeling aan te merken? Mandeligheid ziet volgens de wettekst op *eigendom* van een onroerende zaak die dienstbaar is aan de *eigenaars* van onroerende zaken. Hier dient zich de reeds aanstonds sinds 1992 opgeworpen vraag aan of deze rechtsfiguur ook kan worden toegepast op beperkte genotsrechten op onroerende zaken en of ook beperkt gerechtigden kunnen deelnemen in een mandeligheid. In de praktijk bestaat grote behoefte aan een duidelijke regeling nu de literatuur verdeeld is. Zonder enige twijfel verdient de wettelijke regeling hier aanpassing. Verder noemen wij in de inleiding ook de behoefte aan een organisatiestructuur voor de deelgenoten in mandelige zaken. Een dergelijke regeling ontbreekt in het geheel. Voorts bestaat behoefte om de wettelijke regeling op onderscheiden andere punten, die hierna allemaal aan de orde komen, te verbeteren.

Naast deze beperkingen die de wettelijke regeling in juridische zin bevat, mag getwijfeld worden of de mandeligheid in maatschappelijk opzicht in alle opzichten een succesvolle rechtsfiguur is. De gemeenschapsgedachte (gezamenlijk nut gaat gepaard met gezamenlijke verantwoordelijkheid) die achter deze rechtsfiguur schuilgaat, spreekt weliswaar zeer aan, maar de vraag is of die ook goed in praktijk kan worden gebracht. Niet alle projecten zijn geslaagd. Zo bestaan moeilijkheden in plaatsen waar gemeenten de groenstroken via een mandelighedsconstructie hebben overgedragen aan de bewoners. Men denke aan situaties waarin tussen de gerechtigden meningsverschillen ontstaan of wanneer sommige gerechtigden weigeren mee te betalen aan het onderhoud.⁵¹

3.2 De mandeligheid als bijzondere vorm van gemeenschap

Mandeligheid is een bijzondere vorm van gemeenschap van een onroerende zaak. Dat betekent dat de eerste afdeling van titel 7 van Boek 3 BW daarop ook van toepassing is, voor zover de bepalingen van titel 5.5 zich daartegen niet verzetten.⁵² De deelgenoten van een mandelige zaak zijn kwalitatief bepaald: het zijn eigenaars van erven tot nut waarvan de

51 Vgl. de gevallen in Almere die Gräler noemt in *Mandeligheid en erfdiensbaaaheden*, Mon. BW nr. B27, Deventer: Kluwer, 2014/5. Zie ook de voorlichting via mandeligheid.nl.

52 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 222; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/158; Gräler, 2014/2; Hof Arnhem 24 december 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AF3498; Hof 's-Gravenhage 22 mei 2008, *NJF* 2008, 279.

mandelige zaak strekt. Mandeligheid is geen beperkt zakelijk recht. Zoals hiervoor al opgemerkt is het bijzondere van de mandeligheid dat het recht op een mandelige zaak een afhankelijk recht is en dat een mandelige zaak niet vatbaar is voor verdeling (art. 5:63 BW).

Het afhankelijke karakter van het recht op een mandelige zaak manifesteert zich bij vervreemding. Een mede-eigenaar van een mandelige onroerende zaak kan bij contractuele mandeligheid zijn aandeel niet afzonderlijk, los van de eigendom van zijn erf ten nutte waarvan de mandelige zaak strekt, vervreemden of bezwaren. Op deze regel is één uitzondering: een mede-eigenaar van een mandelige zaak kan zijn aandeel wel aan de overige mede-eigenaars van de mandelige zaak overdragen (art. 5:66 lid 1 BW). Mandeligheid eindigt onder meer als de mede-eigenaars bij notariële akte de bestemming tot gemeenschappelijk nut opheffen, alsmede zodra het nut van de zaak voor elk van de erven is geëindigd, bijvoorbeeld als een mandelig gebouw is tenietgegaan door brand (zie art. 5:61 lid 1 sub b en c BW).

De tweede bijzonderheid is – zoals reeds opgemerkt – dat de gemeenschap van een mandelige zaak niet vatbaar is voor verdeling zolang de onroerende zaak nog mandelig is (art. 5:63 lid 2 BW). Dit is een uitzondering op de regel dat deelgenoten in principe te allen tijde verdeling van de gemeenschap kunnen vorderen (art. 3:178 lid 1 BW).

Omvat het mandelige karakter van een zaak ook de mede-eigendom van de ondergrond? Wordt alleen een gebouw of grensmuur mandelig of ook de ondergrond? Kan de figuur van de mandeligheid inbreuk maken op de algemene regels van natrekking (art. 5:20 lid 1 BW)?

Met betrekking tot de van rechtswege mandelige zaken lijkt het antwoord op deze vraag besloten te liggen in art. 5:36 BW, handelende over grensafscheidingen. Dit artikel bepaalt dat wanneer een muur, hek, of greppel, dan wel een niet-bevaarbaar stromend water, een sloot, gracht of dergelijke watergang als afscheiding van twee erven dient, het midden van zulk een afscheiding vermoed wordt de grens tussen deze erven te zijn. De strook grond onder de grensafscheiding komt dan voor de ene helft in volle eigendom toe aan de ene buurman, en voor de andere helft in volle eigendom aan de andere buurman. Geen mede-eigendom van de strook grond onder de grensafscheiding en derhalve een inbreuk op de natrekkingregel voor bepaalde, in art. 5:62 BW genoemde grensafscheidingen ('is gemeenschappelijk eigendom en mandelig (...) indien de grens van

twee erven die aan verschillende eigenaars toebehoren, er in de lengterichting onder doorloopt').⁵³

Met betrekking tot de onroerende zaken die bij notariële akte mandelig zijn gemaakt ligt het antwoord op de gestelde vraag besloten in de omschrijving van art. 5:60 BW zelf. Art. 5:60 BW bepaalt immers, dat een onroerende zaak mandelig kan worden gemaakt wanneer deze gemeenschappelijk eigendom is van de eigenaars van twee of meer erven. Mandeligheid ex art. 5:60 BW kan dus slechts betrekking hebben op onroerende zaken die al gemeenschappelijk eigendom zijn. Hier derhalve geen inbreuk op de algemene regels van natrekking.

3.3 Contractuele mandeligheid; dubbele eigendomseis

Reeds vrij snel na de invoering van de nieuwe wettelijke regeling van mandeligheid ontstond onduidelijkheid over de vraag of de wettelijke regeling toegepast kan worden op alleen mede-eigendom en of alleen eigenaars van onroerende zaken deze mandelig kunnen maken. Hierover wordt nog steeds verschillend gedacht. Sommige auteurs,⁵⁴ onder wie één van de auteurs van dit preadvies, wijzen op de tekst van de wet en het ontbreken van bepaalde regelingen. Anderen interpreteren de wet ruimer.⁵⁵ Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat de wetgever het mogelijk heeft willen maken om beperkte rechten mandelig te maken. De wetgever spreekt consequent van 'onroerende zaak' en '(gemeenschappelijk) eigendom' enzovoort. Nergens wordt in de parlementaire geschiedenis gemeld dat het ook mogelijk zou zijn beperkte zakelijke gebruiksrechten mandelig

53 Vgl. hierover ook L.C.A. Verstappen, 'Enige beschouwingen over de juridische toepassingsmogelijkheden van de figuur van de mandeligheid naar NBW (I)', *WPNR* 1991/6008, p. 401, en W. Wijting, 'Mandeligheid in de bouw', *Bouwwrecht* 2000, p. 384 e.v., nr. 4 van zijn bijdrage.

54 L.C.A. Verstappen, 'Enige beschouwingen over de juridische toepassingsmogelijkheden van de figuur van de mandeligheid naar NBW (I en II)', *WPNR* 1991/6008 en 6009; L.C.A. Verstappen, 'De ondernemende projektontwikkelaar en mandeligheid', in: *Onderneming en nieuw Burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 261 e.v.; R.J. Holtman, 'Mandeligheid en splitsing (deel II, slot)', *WPNR* 1992/6043 en R.J. Holtman, 'Mandeligheid en beperkte rechten', *WPNR* 1993/6085; Gräler 2003, p. 158 e.v.

55 Wibbens-De Jong, *Mandeligheid en erfdienstbaarheden* (Mon. BW B27) 2006/3; Gräler 2014/7,2, W. Wijting, 'Mandeligheid in de bouw', *Bouwwrecht* 2000, p. 384 e.v., nr. 3 van zijn bijdrage, en Asser/Mijnssen/Van Velten & Bartels 5*2008/162; zie de in deze werken verder aangehaalde literatuur.

te maken. Integendeel, uit de wetsgeschiedenis blijkt veeleer dat de wetgever dat niet mogelijk heeft willen maken.⁵⁶ Met evenveel gemak kan echter ook het tegenovergestelde worden beargumenteerd, dat de wetgever het ook niet verbiedt. Wellicht is ook een argument dat de wetgever destijds helemaal niet aan deze mogelijkheid heeft gedacht omdat de maatschappelijke behoefte ook (nog) niet bestond.

In de meer beperkte visie is contractuele mandeligheid alleen mogelijk indien aan de dubbele eigendomseis wordt voldaan. Een erfpachtrecht waartoe meerdere erfeigenaars gerechtigd zijn mandelig maken is in deze visie dus niet mogelijk. Dat kan echter wel als de mede-eigendom op een opstalrecht is gebaseerd, ook al is dit type eigendom een ander dan dat van art. 5:1 BW. Evenmin kan in deze visie een erfpachter participeren in mandeligheid. Een eigendomsrecht ingevolge een zelfstandig opstalrecht kan weer wel. Het recht van opstal verschaft immers een eigendomsrecht. Het recht op de mandelige zaak wordt met andere woorden afhankelijk gemaakt van het recht van opstal dat eigendom impliceert, waardoor aan de eis van 'eigenaars van twee of meer erven' is voldaan. Datzelfde geldt wanneer erfeigenaars gezamenlijk een appartementsrecht hebben dat hun een aandeel in de eigendom van een in appartementsrechten gesplitst gebouw verschaft. Of de appartementseigenaar die een aandeel in de eigendom van een in appartementsrechten gesplitst gebouw heeft en mede-eigenaar van de mandelige onroerende zaak is.

Wat er zij van de juistheid van de ene dan wel de andere uitleg, vast staat dat deze onduidelijkheid in de rechtspraktijk voor rechtsonzekerheid zorgt en dat notarissen alleen al om die reden terughoudend zouden moeten zijn om mandeligheid te combineren met beperkte rechten. Daarom is het

56 Vgl. ook *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 1042: 'Het spreekt vanzelf dat de overacht, nodig voor het maken tot gemeenschappelijk eigendom, en de bestemming tot gemeenschappelijk nut bij een akte kunnen plaatsvinden.' *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 221 ('Voor een gemeenschappelijke eigendom dient men overigens wel te onderscheiden een gemeenschappelijk gebruik van een zaak krachtens een beperkt zakelijk recht, waarmede geen eigendom van de zaak gepaard gaat. Zo kan het bij erfdiensbaarheden voorkomen dat een werk gemeenschappelijk door de eigenaars van verschillende erven mag worden gebruikt, zonder dat de eigendom van dat werk gemeen is. Alsdan is er geen mandeligheid.'), 225 en 242 ('Terwijl in de gehele titel wordt gesproken van "eigenaars" en "mede-eigenaars", wordt in dit door het regeringsontwerp toegevoegde artikel plotseling gesproken van "deelgenoten". Beter is te redigeren: "door de betrokken mede-eigenaars".')

wenselijk dat de wetgever hieromtrent duidelijkheid verschaft. Het volgende onderdeel gaat erover wat rechtens is als een dergelijke kwestieuze combinatie is toegepast maar niet als een eigenlijke mandeligheid wordt erkend.

3.4 Gevolgen beperkte uitleg wettelijke toepassingsmogelijkheden contractuele mandeligheid

Een gevolg van de in de vorige paragraaf geconstateerde onduidelijkheid is dat de mandeligheid minder kan worden gebruikt dan wenselijk is. Indien een notaris toch een akte heeft gepasseerd waarin een erfpachtrecht mandelig wordt gemaakt, gevolgd door de inschrijving van deze akte in de openbare registers, terwijl de rechter achteraf oordeelt dat een erfpachtrecht niet mandelig kan worden gemaakt, in welke rechtsverhouding staan de medegerechtigden dan tot het erfpachtrecht?⁵⁷

Mandeligheid of niet, er is altijd sprake van een gemeenschap in de zin van titel 7 Boek 3 BW. Mandeligheid op zich voegt slechts een bijzonder karakter toe aan de gemeenschap. Men mag aannemen dat in de notariële akte waarin het erf(pachtrecht) tot gemeenschappelijk nut van twee of meer erven is bestemd, een beheersregeling in de zin van art. 5:69 jo. art. 3:168 BW is opgenomen, waarin de tussen de deelgenoten bestaande rechtsverhouding nader is bepaald en gestalte gegeven, al dan niet in afwijking van de wettelijke regels van titel 7 Boek 3 BW en titel 5 Boek 5 B. Het aardige van zo'n beheersregeling is nu dat een dergelijke regeling ook bindend is voor rechtverkrijgenden (onder algemene of bijzondere titel) van een deelgenoot (art. 3:168 lid 4 BW). Zonder inschrijving in de openbare registers (vgl. art. 31 Kadw) is de rechtsopvolger onder bijzondere titel in beginsel toch gebonden. Art. 3:168 lid 4 BW bepaalt dit immers. En verder is het mede-eigendomsaandeel in de, achteraf gezien, niet-mandelige zaak waarschijnlijk een kwalitatief recht zodat het automatisch in eigendom overgaat bij de onroerende zaak waaraan het is gekoppeld (art. 6:251 BW). Wanneer men een aandeel in een mandelige zaak verkrijgt, behoort men in beginsel te begrijpen dat er een beheersregeling

57 De hierna volgende analyse is uit L.C.A. Verstappen, 'Enige beschouwingen over de juridische toepassingsmogelijkheden van de figuur van de mandeligheid naar NBW (I en II)', *WPNR* 1991/6008 en 6009.

kan zijn en daarnaar navraag te doen.⁵⁸ Het is uiteraard wenselijk dat zo'n beheersregeling wordt ingeschreven in de openbare registers (art. 3:17 lid 1 sub d BW). Regels van derdenbescherming (met name de art. 3:24, 3:25 en 3:26 BW) kunnen er namelijk toe leiden dat de verkrijger, indien hij niet op de hoogte is van de (juiste) regeling, beschermd wordt.

Aldus kan materieel, tussen de deelgenoten onderling, een rechtsverhouding worden gecreëerd, bindend voor rechtverkrijgenden, die veel lijkt op de figuur van de mandeligheid. Het is dus mogelijk om zo een oneigenlijke vorm van mandeligheid te creëren. Men kan zich overigens nog wel afvragen of de beheersregeling blijft gelden nadat de rechter heeft geconstateerd dat mandeligheid niet tot stand is gekomen. Ons inziens is dit het geval omdat het gegeven dat geen eigenlijke mandeligheid tot stand is gekomen onverlet laat dat partijen een beheersregeling zijn overeengekomen. De nietige poging tot het creëren van mandeligheid kan daarom op grond van conversie (art. 3:42 BW) worden veranderd in de geldige rechtshandeling van het overeenkomen van een beheersregeling. Wezenlijke verschillen met de eigenlijke mandeligheid zullen er niettemin blijven. Wij denken hierbij aan het (goederenrechtelijk) afhankelijke karakter van een recht op een mandelige zaak en het bepaalde in art. 5:63 lid 2 BW, dat een vordering tot verdeling van een mandelige zaak niet mogelijk is.

Maar wat te denken van de bepaling die in de beheersregeling zou kunnen worden opgenomen, inhoudende dat de deelgenoten jegens elkander verplicht zijn om het aandeel in het tot gemeenschappelijk nut bestemd erfpachtrecht over te dragen aan de verkrijger van het erf tot gemeenschappelijk nut waarvan dat erfpachtrecht mede strekt? De vraag is of een dergelijke bepaling in een beheersregeling kan worden opgenomen, aangezien dit een bepaling is die niet het beheer of gebruik betreft. Het zou neerkomen op een beperking van de bevoegdheid tot vervreemding, iets wat zonder wettelijke grondslag alleen verbintenisrechtelijk mogelijk is. Wellicht zou dit probleem te ondervangen zijn door bij afzonderlijke overeenkomst tussen de deelgenoten deze verplichting in de vorm van een kettingbeding aan ieder van de deelgenoten op te leggen. Wat de vordering tot verdeling betreft, menen wij dat de aard van zulk een gemeenschap zich tegen een vordering tot verdeling verzet (art. 3:178 lid 1 BW).

58 Aldus *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 583.

In ieder geval kan de verdeling voor vijf jaar worden uitgesloten op grond van art. 3:178 lid 5 BW. Hoezeer ook de wenselijke rechtsverhouding nog 'gered' kan worden, zij is verre van optimaal.

Hieraan verwant is de vraag of slechts eigenaars van onroerende zaken of erven hun gemeenschappelijke eigendom in een andere onroerende zaak mandelig kunnen maken. Kunnen twee eigenaars en één erfpachter van erven, die tezamen eigenaar zijn van een onroerende zaak, deze tot gemeenschappelijk nut bestemmen van de erven die zij in eigendom respectievelijk erfpacht hebben en aldus mandelig maken? Zoals hiervoor reeds opgemerkt geeft de wet noch de parlementaire geschiedenis er blijk van dat ook beperkt zakelijk gerechtigden zoals erfpachters mandeligheid in het leven zouden kunnen roepen. In de parlementaire geschiedenis wordt er met geen woord over gerept, dat ook beperkt zakelijk gebruiksgerechtigden zoals erfpachters of vruchtgebruikers, een onroerende zaak waartoe zij gerechtigd zijn, mandelig zouden kunnen maken. Eveneens kan men dit afleiden uit het ontbreken van een regeling analoog aan art. 5:84 BW bij erfdiensbaarheden.⁵⁹ In dit kader moet ook de volgende vraag beantwoord worden: aan wie komt het aandeel in de mandelige zaak toe bij het einde van het beperkt zakelijk gebruiksrecht? Aan de hoofdgerechtigde of aan de overige mede-gerechtigden van de mandelige zaak?

3.5 Voorstel voor een nieuwe regeling van de contractuele mandeligheid

Uit het vorige onderdeel is gebleken dat mandeligheid in de praktijk wel wordt gecombineerd met beperkte rechten en ook wel constructies denkbaar zijn en ook toegepast worden om zoveel mogelijk mandeligheid na te bootsen. Ideaal is dit allemaal niet. Beter is de wet aan te passen en daarin gewoon te verduidelijken dat beperkte rechten met mandeligheid gecombineerd kunnen worden.

Zoals aan het einde van de vorige paragraaf al bleek is één van de aandachtspunten daarbij aan wie het aandeel in de mandelige onroerende

59 Art. 5:84 BW geeft voorzieningen voor de situatie dat het erfpachtrecht, opstalrecht of recht van vruchtgebruik op een onroerende zaak eindigt, terwijl ten nutte of ten laste van deze onroerende zaak een erfdiensbaarheid is gevestigd door de beperkt gerechtigde erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker.

zaak toekomt als een beperkt recht waarvan dat aandeel afhankelijk is gemaakt, eindigt. Voor de hand ligt om dat aandeel te laten toekomen aan de eigenaar van de grond waarop het geëindigde beperkte recht rustte, zoals dat ook min of meer in art. 5:84 BW is geregeld voor door de beperkt gerechtigde gevestigde erfdienstbaarheden. Onderscheid moet wel worden gemaakt tussen de situatie waarin de bloot-eigenaar medewerking aan de totstandkoming van de mandeligheid heeft verleend, en de situatie waarin hij dat niet heeft gedaan. In beide gevallen moet bij het einde van het beperkte recht het aandeel in de mandelige zaak naar de eigenaar, zij het dat, wanneer voormelde medewerking van de bloot-eigenaar ontbreekt, hij het recht behoort te hebben om zijn verkregen aandeel dwingend te kunnen overdragen aan de overige deelgenoten. Aldus kan hij niet in een situatie geraken, dat hij ongewild met een aandeel in een mandelige zaak opgezadeld wordt, met alle lasten van dien.⁶⁰

In de praktijk wordt mandeligheid vooral in het leven geroepen bij bouwprojecten. Bij bouwprojecten is het meestal de bedoeling dat de regeling van meet af aan begint te werken. Maar als een mandelige zaak dienstbaar wordt gemaakt aan tien erven waarvan de eigendom zich nog in handen van de projectontwikkelaar of de gemeente bevindt, wanneer moeten we mandeligheid dan laten ontstaan? Deze situatie zal zich vermoedelijk vaker voordoen dan de situatie dat de mandelig te maken zaak zich al in handen van verschillende eigenaars bevindt.⁶¹ Algemeen wordt aanvaard dat de mandeligheid bij de eerste overdracht pas kan ontstaan; pas vanaf dat moment is immers sprake van mede-eigendom. We moeten dan aannemen dat bij verdere overdrachten steeds een splitsing van het restant plaatsvindt overeenkomstig een vooraf bepaald stramien.⁶² Uiteraard zal niemand hiervan een probleem maken als dit ook van meet af aan de opzet is geweest en deze opzet ook is neergelegd in de akte waarin de bestemming tot gemeenschappelijk nut is opgenomen. Maar eleganter zou het zijn om de mandeligheid ook al eerder in het leven te kunnen roepen. Zoals een gebouw ook al is het nog niet gebouwd 'op papier' in appartementsrechten kan worden gesplitst, zo zou dat ook moeten kunnen bij mandeligheid.

60 Gräler, *Mandeligheid en erfdienstbaarheden*, (Mon. BW nr. B27), nr. 7.1.

61 Zie voor beide situaties *Parl. Gesch. Inv.wet Boek 5 BW*, p.1042.

62 Vgl. Van Velten 2015, par. 9.4.2; R.J. Holtman, 'Mandeligheid en splitsing II', *WPNR* 1992/6042 en 6043 en K.F.M. Berger, 'Mandeligheid', *WPNR* 1992/6051.

Het splitsen van percelen (eventueel: in appartementsrechten) waaraan het aandeel in de mandelige zaak dienstbaar is gemaakt werpt ook nog een andere vraag op: mag het aandeel in de mandelige zaak worden toegewezen aan één van de deelgenoten na verkaveling/ splitsing? In wezen wordt een gedeelte van het aandeel in de mandelige zaak dan ontkoppeld.⁶³ Mits de positie van de overige mede-eigenaars daardoor maar niet nadelig wordt beïnvloed⁶⁴ valt niet in te zien waarom dit niet mogelijk zou kunnen zijn. Zo daarover twijfel in de praktijk bestaat, is art. 5:63 BW aan te passen. Het moet mogelijk zijn om bij de splitsing te bepalen dat het aandeel in de mandelige zaak toekomt aan één van de gesplitste delen, mits de mandelige zaak ook ten behoeve van dat deel van nut is en de belangen van de overige mede-eigenaars daardoor maar niet nadelig worden beïnvloed. Dat kan bewerkstelligd worden door te bepalen dat daarmee alle rechten en verplichtingen van de mandeligheid vanaf de splitsing voortaan aan de mede-eigenaar van dat gesplitste deel toekomen, met dien verstande, dat de eigenaar van het andere deel hoofdelijk aansprakelijk blijft voor de eventuele verplichtingen tot dat moment.

Een verder probleem in de praktijk is het ontbreken van een regeling wat rechtens is als een onroerende zaak waaraan het aandeel in de mandelige zaak dienstbaar is gemaakt, anders dan volgens de oorspronkelijk vastgelegde bestemming tot gemeenschappelijk nut wordt gesplitst (fysiek of in appartementsrechten) en vervolgens gedeeltelijk wordt vervreemd.⁶⁵ Hierdoor wordt het aantal deelgenoten groter en daarmee vermoedelijk ook de intensiteit waarmee van de mandelige zaak gebruik wordt gemaakt. Anders dan bij erfdienstbaarheden (art. 5:76 BW), bestaat geen bijzondere bepaling die dit regelt voor mandeligheid. Tot op heden is niet gebleken dat deze problematiek speelt in de praktijk. Vooral nog kan worden volstaan met de leerstukken hinder en misbruik van bevoegdheid om uitwassen te bestrijden. Een afzonderlijke regeling om deze problematiek te adresseren, lijkt niet nodig.

63 Gräler 2003, p. 193 e.v., die een wettelijke regeling voor splitsing van het erf van één der deelgenoten bepleit.

64 Vgl. ook K.F.M. Berger, 'Mandeligheid, commentaar op commentaar', *WPNR* 1992/6059 en Gräler, *Mandeligheid en erfdienstbaarheden* (Mon. BW nr. B27), nr. 7.1.

65 Vgl. Gräler 2014/7.1 en zijn discussie hierover met K.F.M. Berger in *WPNR* 1992/6042, 6043, 6051 en 6059.

De hiervoor genoemde problemen bij mandeligheid leiden tot het voorstel de tekst van art. 5:60 en 63 BW als volgt aan te passen:

Artikel 60

"Mandeligheid ontstaat, wanneer *de eigendom, een erfpachtrecht of een opstalrecht met betrekking tot een onroerende zaak* ~~gemeenschappelijk eigendom is van de eigenaars van twee of meer erven en door hen toebehoort aan één of meer eigenaars, erfpachters of opstallers van erven en die onroerende zaak door hen tot gemeenschappelijk nut van die erven wordt bestemd bij een tussen hun opgemaakte notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers. De bestemming tot gemeenschappelijk nut kan ook geschieden als de eigendom, het erfpachtrecht of het opstalrecht met betrekking tot de tot gemeenschappelijk nut te bestemmen onroerende zaak, zich nog in één hand bevindt.~~"

Artikel 63

"1. Het recht op een mandelige zaak kan niet worden gescheiden van de eigendom der erven of van een *erfpachtrecht of opstalrecht waaraan de mandelige zaak afhankelijk is gemaakt. Indien een erf waartoe een recht op een mandelige zaak behoort wordt gesplitst, kan evenwel bepaald worden dat het recht voortaan aan één van de gesplitste delen toekomt, mits de mandelige zaak uitsluitend tot nut van dat gesplitste deel kan strekken. In dat geval blijft de gerechtigde tot het andere gesplitste deel hoofdelijk aansprakelijk voor schulden terzake van de mandeligheid die zijn ontstaan tot aan de splitsing.*

2. *Wanneer een aandeel in een mandelige zaak of in een beperkt recht daarop toekomt aan een erfpachter of een opstaller, dan valt dat aandeel bij het einde van het erfpachtrecht dan wel het opstalrecht toe aan de eigenaar.*

23. *Een vordering tot verdeling van een mandelige zaak of een beperkt recht daarop is uitgesloten.*"

Artikel 64

“Mandeligheid brengt mede dat ieder mede-eigenaar, *mede-erfpachter of mede-opstaller* aan de overige mede-eigenaars, *mede-erfpachters of mede-opstallers* toegang tot de mandelige zaak moet geven.”

3.6 Beheer

Omdat de wettelijke regeling aanknoopt bij de titel gemeenschap, zal het beheer van de gemeenschappelijke zaak in beginsel geschieden op basis van consensus van de deelgenoten, tenzij een onderlinge regeling anders bepaalt. Dat blijkt in de praktijk in voorkomende gevallen lastig te zijn. Er bestaat voor bepaalde mandelige zaken behoefte aan een regeling op grond waarvan rondom zaken van beheer bij (versterkte) meerderheid kan worden beslist, zoals bij appartementensplitsing de vereniging van eigenaars.⁶⁶ Problematisch is echter dat de wet helemaal niet voorziet in een regeling zoals de vereniging van eigenaars bij appartementensplitsing. Er bestaat thans geen mogelijkheid om een lidmaatschap van een ‘beheervereniging’ kwalitatief aan het aandeel in de mandelige zaak te koppelen. Daar bestaat wel behoefte aan. Zoals het aandeel in de mandelige zaak afhankelijk is van de onroerende zaak waaraan het dienstbaar is gemaakt, zo zou dat lidmaatschap van de beheersvereniging ook daarvan afhankelijk moeten zijn. Het gaat dus om een kwalitatief lidmaatschap waarvan men zich niet kan ontdoen zonder het aandeel in de mandelige zaak te vervreemden. Dat voorkomt ‘free riders’-gedrag.⁶⁷

Het preadvies van Van Velten hierna in deel VIII⁶⁸ biedt een uitgewerkte regeling voor terreinbeheer die hier goed van pas kan komen. Daarom wordt voorgesteld om – mocht deze regeling tot wet worden verheven – in art. 5:65 BW deze regeling van overeenkomstige toepassing te verklaren.

66 Vgl. ook Van Velten 2015, nr. 9.4.3. en W. Wijting, ‘Mandeligheid in de bouw’, *Bouwrecht* 2000, p. 384 e.v., nr. 6 van zijn bijdrage.

67 J. Kampherbeek, ‘Mandeligheid en splitsing in appartementsrechten als rechtsfiguren voor parkmanagement’, *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2009-03.

68 Vgl. ook diens pleidooi over gereguleerd eigendom in Van Velten 2015, onderdeel 19, en zijn rechtspraakbespreking met een aantal sprekende gevallen in *WPNR* 2011/6889 en *WPNR* 2013/ 6981 en de special ‘Parkmanagement’, *VFC* 2009/3.

Artikel 65

"1. Mandelige zaken moeten op kosten van alle mede-eigenaars, mede-erfpachters of mede-opstallers worden onderhouden, gereinigd en, indien nodig, vernieuwd.

2. De artikelen 148 en verder zijn van overeenkomstige toepassing."

3.7 Overdracht aandeel

Wanneer de gerechtigde de eigendom van zijn erf overdraagt, dan gaat van rechtswege het aandeel in de mandelige zaak over op de verkrijger van het erf. Vgl. art. 5:63 lid 1 BW jo. art. 5:66 lid 1 BW; in dit laatste wetsartikel staat enigszins misplaatst het woord 'ook', nu de daarin vermelde overdracht de enige mogelijkheid is om het aandeel in een mandelige onroerende zaak over te dragen los van het erf waaraan het dienstbaar is gemaakt. Het is beter het woord 'ook' te laten vervallen.

In art. 5:66 lid 2 BW is bepaald dat indien een mede-eigenaar op zijn kosten wil overgaan tot overdracht van zijn aandeel uit hoofde van de lasten van onderhoud, reiniging en vernieuwing in de toekomst, de overige mede-eigenaars gehouden zijn tot die overdracht mee te werken, mits hij hun zo nodig een recht van opstal of erfdienstbaarheid verleent, waardoor zij met betrekking tot de zaak hun rechten kunnen blijven uitoefenen.⁶⁹

In de praktijk wordt deze bepaling in de contractuele mandeligheid vrijwel steeds uitgesloten. De mandelighedsconstructie is wankel als elke deelgenoot er zomaar uit kan stappen en de lasten van de mandeligheid kan afschuiven op andere deelgenoten. Naarmate die lasten substantieel zijn, is het risico dat een deelgenoot daadwerkelijk ervan af wil groter. Naarmate het nut niet evident aanwezig is voor elke mede-eigenaar, zal dat risico ook groter zijn (op een mandelige tennisbaan zit niet iedereen te wachten).⁷⁰ Het ligt meer in de rede in de wet te bepalen dat de deelgenoten dit in een beheerovereenkomst *kunnen* bepalen.

69 Vgl. J.Th. Smalbraak, 'De mandeligheid in het gewijzigd ontwerp boek 5 NBW', *WPNR* 1974/5272, p. 523, over hoe men het motief van overdracht juridisch dient te plaatsen.

70 Vgl. L.C.A. Verstappen, 'Enige beschouwingen over de juridische toepassingsmogelijkheden van de figuur van de mandeligheid naar NBW (II)', *WPNR* 1991/6009.

Een vraag die in dit verband ook rijst is of een deelgenoot aan alle deelgenoten moet overdragen of dat hij ook kan overdragen aan bepaalde andere deelgenoten.⁷¹ Denkbaar is ook de deelgenoten het recht te geven af te zien van het afnemen van het aandeel mits de andere deelgenoten daarmee instemmen.

De vraag is welk nut het vestigen van een opstalrecht heeft.⁷² De betreffende zinsnede kan ons inziens worden geschrapt.

Art. 5:66 leden 1 en 2 BW zijn derhalve aan te passen als volgt:

Artikel 66

“1. Een mede-eigenaar, *mede-erfpachter of mede-opstaller* van een mandelige zaak kan zijn aandeel in *het recht met betrekking tot* die zaak ~~ook~~ afzonderlijk van zijn erf aan de overige mede-eigenaars, *mede-erfpachters of mede-opstallers* overdragen.

2. *De mede-eigenaars, mede-erfpachters of mede-opstallers kunnen in een overeenkomstig artikel 168 van Boek 3 getroffen regeling bepalen dat* ~~Indien mede-eigenaar, mede-erfpachter of mede-opstaller hiertoe vanwege de lasten van onderhoud, reiniging en vernieuwing in de toekomst op zijn kosten wil overgaan, uit hoofde van de lasten van onderhoud, reiniging en vernieuwing in de toekomst, zijn,~~ de overige mede-eigenaars, *mede-erfpachters of mede-opstallers* gehouden *zijn* tot die overdracht mede te werken, mits hij hun zo nodig een ~~recht van opstal~~ erfdienstbaarheid verleent, waardoor zij met betrekking tot de zaak hun rechten kunnen blijven uitoefenen.

3. De vorige leden zijn niet van toepassing op een muur die twee gebouwen of werken gemeen hebben, noch op een muur, hek of heg waardoor twee erven in een aaneengebouwd gedeelte van een gemeente van elkaar worden gescheiden.”

3.8 Hypotheekrecht

Is het mogelijk de mandelige zaak te belasten met een hypotheek? Bij ‘kleine’ mandelige zaken, bijvoorbeeld parkeerplaatsen of groenstroken zal de behoefte aan het vestigen van een hypotheek veelal niet aanwezig

71 Gräler 2014/12.

72 Aldus terecht A.C. van Schaick, ‘Mandeligheid’, *WPNR* 1992/6069.

zijn. Het wordt anders als het gaat om bijvoorbeeld mandelige gebouwen. Er kunnen zich situaties voordoen waarbij hypothecaire financiering gewenst is bij de bouw van bijvoorbeeld een meer verdiepingen tellende mandelige parkeergarage. Voorstelbaar is dat twee of drie eigenaars van grote flatgebouwen de koppen bij elkaar steken en gezamenlijk een stuk grond kopen waarop zij een grote parkeergarage willen bouwen, die zij willen bestemmen tot gemeenschappelijk nut van hun erven. Is het mogelijk om de bouw van zo'n parkeergarage door hypothecaire financiering mogelijk te maken?

Op het eerste gezicht lijkt deze vraag ontkennend te moeten worden beantwoord. Immers, het recht op een mandelige zaak is een afhankelijk recht, het kan niet worden gescheiden van de eigendom der erven (art. 5:63 BW). Men kan het recht op een mandelige zaak niet vervreemden anders dan aan de overige mede-eigenaars (zie art. 5:66 leden 1 en 2 BW). Bij executie van het hoofdrecht, de eigendom van één van de mede-eigenaars van de mandelige zaak, verkrijgt de koper op de veiling van rechtswege ook het aandeel in de mandelige zaak. Een hypotheek op een erf van een mede-eigenaar van een mandelige zaak omvat ook het aandeel in die mandelige zaak. Een openbare verkoop van de mandelige zaak zelf lijkt niet mogelijk, derhalve hypothecaire financiering evenmin.

Hypothecaire financiering kan eigenlijk maar op één manier tot stand komen naar huidig recht: door simpelweg de hypotheekakte het eerst te passeren en in te schrijven en vervolgens de onroerende zaak bij notariële akte tot gemeenschappelijk nut te bestemmen, gevolgd door de inschrijving daarvan. Het eerder gevestigd beperkt recht van hypotheek gaat dan voor op de 'vestiging' van de mandeligheid.

Maar hoe te handelen als het wenselijk is, bijvoorbeeld voor renovatie, dat er een tweede of derde hypotheek gevestigd wordt op een mandelige zaak?

Teneinde in dit geval de tweede en verdere hypotheek voor te laten gaan op de mandeligheid kan op de eerste plaats worden gedacht aan de rangwisseling bij notariële akte, art. 3:262 lid 2 BW.⁷³ Deze bepaling heeft het evenwel uitsluitend over rangwisseling tussen een hypotheek en een ander beperkt recht. Weliswaar kan ter ondervanging van dit probleem worden teruggegrepen op het 'opstaan' of 'lichten' van een inschrij-

73 Vgl. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/167 e.v.

ving, zoals thans nog gebruikelijk is om rangwisseling tussen verschillende hypotheekten te bewerkstelligen.

Het is echter beter zulks expliciet in de wet te regelen. Art. 3:262 BW is als volgt aan te passen:

Artikel 262

“1. Bij een notariële akte die in de registers wordt ingeschreven, kan worden bepaald dat een hypotheek ten aanzien van een of meer hypotheekten op hetzelfde goed een hogere rang heeft dan haar volgens het tijdstip van haar inschrijving toekomt, mits uit de akte blijkt dat de gerechtigden tot die andere hypotheek of hypotheekten daarin toestemmen.

2. Met overeenkomstige toepassing van het eerste lid kan ook worden bepaald dat een hypotheek en een ander beperkt recht *of de bestemming tot gemeenschappelijk nut als bedoeld in artikel 60 Boek 5 Burgerlijk Wetboek* ten aanzien van elkaar worden geacht in andere volgorde te zijn ontstaan dan is geschied.”

3.9 Einde wettelijke mandeligheid

De in art. 5:61 BW genoemde wijzen waarop mandeligheid eindigt, dient men blijkens de parlementaire geschiedenis niet als een limitatieve opsomming te beschouwen. Mogelijk zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat de mandeligheid eindigt door het in vervulling gaan van een ontbindende voorwaarde of tijdsbepaling of door ontbinding van de overeenkomst waarbij een onroerende zaak mandelig gemaakt wordt. Wellicht is opzegging van de mandeligheid ook mogelijk.

De wet bepaalt thans niet hoe de ‘wettelijke’ mandeligheid van art. 5:62 BW eindigt. In dat verband komt de vraag op of het mogelijk is een recht van opstal te vestigen ten behoeve van de ene of de andere buur, zodat de gehele muur voortaan diens eigendom en dus ook diens verantwoordelijkheid betreft. In de thans geldende regeling is onduidelijk of burenen kunnen afwijken van het van rechtswege mandelig zijn van grensmuren, hekken of heggen. De huidige wettelijke regeling gaat uit van het keurslijf van de gedwongen mede-eigendom. Wat is er tegen als de grensmuur uitsluitend eigendom is van één van de erfeigenaars?

Niet alleen moet het ontstaan van mandeligheid met betrekking tot een te realiseren grensmuur, hek of heg kunnen worden voorkomen, ook moet de wettelijke mandeligheid met betrekking tot een bestaande grensmuur,

hek of heg kunnen worden beëindigd. Een andersluidende regeling kan er bijvoorbeeld in bestaan dat bepaald wordt dat één van de eigenaars eigenaar is van de grensmuur, hek of heg en dat de andere eigenaar een recht van opstal of erfdienstbaarheid van overbouw vestigt.

Om dit te bewerkstelligen is te overwegen art. 5:62 lid 1 BW aan te passen en een nieuw lid 3 toe te voegen:

Artikel 62

“1. Een vrijstaande scheidsmuur, een hek of een heg is gemeenschappelijk eigendom en mandelig, indien de grens van twee erven die aan verschillende eigenaars toebehoren, er in de lengterichting onderdoor loopt, *tenzij de eigenaars anders hebben bepaald bij een in de openbare registers ingeschreven notariële akte.*

2. De scheidsmuur die twee gebouwen of werken, welke aan verschillende eigenaars toebehoren, gemeen hebben, is eveneens gemeenschappelijk eigendom en mandelig, *tenzij de eigenaars anders hebben bepaald bij een in de openbare registers ingeschreven notariële akte.*

3. *Mandeligheid die is ontstaan ingevolge de vorige twee leden, eindigt:*
a. wanneer de gemeenschap eindigt;
b. zodra het nut van de zaak voor elk van de erven is geëindigd.”

Wat als de scheidsmuur niet meer vrijstaand is? Bijvoorbeeld wanneer een garage tegen de muur wordt gebouwd, omdat de muur door bestanddeelvorming eigendom van garagebouwer wordt. Zo zou door bevoegde aanbouw de buurman ineens zijn recht op de muur kunnen verliezen. De buurman zou hoogstens kunnen ageren uit ongerechtvaardigde verrijking. Dat kan niet de bedoeling van de wetgever zijn.⁷⁴ Gräler heeft betoogd dat art. 5:67 BW zou moeten worden aangevuld met een bepaling in die zin dat aanbouwen slechts mogelijk is na voorafgaande toestemming van de niet-bouwende nabuur.⁷⁵ Van Schaick betoogde eerder al dat de geschrapte oorspronkelijke tekst van deze bepaling, waarin stond dat aan buurmans ‘recht op de muur en de daaraan bevoegdelijk verbonden wer-

74 A.C. van Schaick, ‘Mandeligheid’, *WPNR* 1992/6069. Zie over deze problematiek ook: O.H. Laan, *Bouwrecht* 2005/9, alwaar verdere literatuurverwijzingen te vinden zijn.

75 Gräler 2003, p. 248 e.v.

ken' geen nadeel mocht toebrengen, er ingelezen moet worden.⁷⁶ Het is evident dat het niet mogelijk moet zijn om door eenzijdige aanbouw het recht op de gemeenschappelijke muur te verliezen. Alle redenen om art. 5:67 BW aan te passen. Daarbij dient te worden geregeld dat de buurman na een dergelijke aanbouw de muur op dezelfde wijze mag blijven gebruiken als waarop hij dat voorheen deed.

Artikel 67

"1. Iedere mede-eigenaar mag tegen de mandelige scheidsmuur aanbouwen en daarin tot op de helft der dikte balken, ribben, ankers en andere werken aanbrengen, mits hij aan de muur en aan de door de muur bevoegdelyk daarmee verbonden werken geen nadeel toebrengt *en de mandelige scheidsmuur niet zonder voorafgaande toestemming van de mede-eigenaar door het aanbrengen van het werk door natrekking onderdeel wordt van dat werk. Indien de mandelige scheidsmuur door het aanbrengen van een werk onderdeel wordt van dat werk, is de voormalige mede-eigenaar bevoegd de muur te gebruiken op dezelfde wijze als waarop hij dat voorheen deed.*

2. Behalve in noodgevallen kan een mede-eigenaar vorderen dat, vóór de andere mede-eigenaar begint met aanbrengen van het werk, deskundigen zullen vaststellen op welke wijze dit kan geschieden zonder nadeel voor de muur of voor bevoegd aangebrachte werken van de eerst vermelde eigenaar."

4 Erfdienstbaarheden (titel 6)

4.1 Inleiding

De regeling van erfdienstbaarheden kan bogen op een enorme geschiedenis. Evenals de regels van het burenrecht stammen regels met betrekking tot het (dulden van) gebruik van iemands grond al uit de vroeg-Romeinse samenleving.⁷⁷ In tegenstelling echter tot de eerdergenoemde regelingen aangaande mandeligheid en burenrecht die grotendeels rege-

⁷⁶ A.C. van Schaick, 'Mandeligheid', *WPNR* 1992/6069.

⁷⁷ Zie hierover R. Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg: Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung 1856, § 1.

lend recht bevatten, betreft de regeling van erfdienstbaarheden veel dwingend recht. Slechts in een aantal – door de wetgever specifiek aangegeven – gevallen kan van de regeling worden afgeweken.

De regeling van erfdienstbaarheden is al heel lang een vast onderdeel van ons goederenrecht. Erfdienstbaarheden blijven hun waarde bewijzen; zo wordt er in de praktijk veel gebruikgemaakt van de mogelijkheid afwijkingen van het burennrecht te bewerkstelligen door middel van erfdienstbaarheden. Het is altijd een uitdaging om dogmatiek die zijn wortels heeft in een rechtsstelsel van circa 2500 jaar geleden en die veel van zijn belangrijkste kenmerken heeft behouden, te wijzigen.⁷⁸ Vorenstaande neemt niet weg dat de wetgever recent niet heeft geschroomd om enkele belangrijke elementen van de erfdienstbaarheid te schrappen⁷⁹, te weten de naburigheidseis ('*vicinitas*') en de eis dat de erfdienstbaarheid ten objectieve nutte van het heersend erf moet strekken.⁸⁰ Bovendien is een stap gemaakt in het verbreden van de inhoudelijke mogelijkheden door de toevoeging van enkele artikelleden, waarover later meer.⁸¹

Dat de erfdienstbaarheid in haar kernkenmerken bestendig is gebleken, houdt niet in dat de regeling daarmee op dit moment in alle behoeften voorziet. De nog steeds bestaande rigiditeit maakt dat in de praktijk wordt gezocht naar mogelijkheden om de beperkingen van de regeling te omzeilen en dit heeft gezorgd voor een grote opleving in het gebruik van het kettingbeding en de opkomst van de kwalitatieve verplichting. Daarnaast zien we dat de wetgever zelf om het toepassingsbereik van de erfdienstbaarheid te vergroten een aantal constructies heeft bedacht waar goed

78 Nog los van het feit dat iedere suggestie tot aanpassing van het goederenrecht zich zal moeten meten met meerdere imposante proefschriften over aard en opzet van het goederenrecht en het (al dan niet) bestaan van het gesloten stelsel van zakelijke rechten.

79 Recent in verhouding tot de bestaansduur van de erfdienstbaarheid.

80 K.F.M. Berger, *Burenrecht, mandeligheid, erfdienstbaarheden*, Deventer: Kluwer 2001, p. 133. Wel moet worden voorkomen dat de erfdienstbaarheid nog slechts een persoonlijk recht geeft en geen enkele verband meer met de erven heeft, dit om te voorkomen dat de facto sprake is van een zuiver persoonlijke rechtsverhouding. Zie MvA II Vaststelling Boek 5 BW, TK 1972, 4572, nr. 5, p. 55.

81 In deze uitbreiding heeft de wetgever zich ook op zijn zachtst gezegd 'flexibel' getoond ten opzichte van de klassieke grenzen, hetgeen mogelijkheden lijkt te bieden voor verdere aanpassingen.

beschouwd ook enkele dogmatische vraagtekens bij gezet kunnen worden.⁸²

Kijkend naar de jurisprudentie aangaande de erfdienstbaarheid springt een aantal onderwerpen in het oog. Zo blijkt de grens tussen dulden, doen en niet-doen nog steeds lastig te trekken, wordt geregeld geprocedeerd over de (on)mogelijkheid tot wijziging of opheffing van de erfdienstbaarheid en is er vrijwel geen figuur te vinden waar de verjaring een zo pregnante rol speelt als juist hier. De vraag of al dan niet door verjaring een erfdienstbaarheid is ontstaan wordt met de regelmaat van de klok aan de rechter voorgelegd en de verjaringsmogelijkheid heeft ertoe geleid dat de openbare registers geen sluitend antwoord kunnen geven op de vraag of een betreffend perceel met een recht van erfdienstbaarheid is belast. Ook in deze bijdrage zal derhalve een uitstapje gemaakt (moeten) worden naar andere boeken van het BW, nu zaken als verjaring en inschrijfbaarheid in Boek 3 te vinden zijn, terwijl we voor de regels omtrent de kwalitatieve verplichting en het kettingbeding bij Boek 6 te rade moeten gaan.

Achtereenvolgens komen aan de orde de vestigings- en vermengingsproblematiek, de mogelijke inhoud, de mogelijkheden tot opheffing of wijziging en de kenbaarheid.

4.2 Vestiging en vermenging

Zoals alle beperkte rechten wordt ook de erfdienstbaarheid gevestigd op de wijze als voorgeschreven in de art. 3:84 jo. 3:89 jo. 3:98 BW en gaat zij teniet op de wijzen als bedoeld in art. 3:81 BW. Art. 3:81 lid 2 sub e BW bepaalt dat beperkte rechten teniet gaan door vermenging. Voor erfdienstbaarheden is dit een bestending van de Romeinse regel *nulli res sua servit*.⁸³ Het Duitse recht is van de vermengingsregel afgeweken in § 889 BGB.

In afwijking van deze hoofdregel gaat in het geval een derde één der erven in huur of pacht of uit hoofde van een ander persoonlijk recht in

82 Denk aan de in art. 5:84 BW opgenomen mogelijkheid voor de erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker om de onderliggende zaak met een recht van erfdienstbaarheid te belasten dan wel ten aanzien van deze een erfdienstbaarheid te bedingen. Zie voor parallele constructies art. 5:93 BW (de ondererfpacht), art. 5:104 lid 2 BW (onderopstal) en art. 5:118 BW.

83 Paul. D. 8,2,26.

gebruik heeft, de erfdiensbaarheid pas door vermenging teniet bij het einde van dit gebruiksrecht.⁸⁴ Deze beperking in tenietgaan is een andere dan de relativiteit van het tenietgaan die volgt uit art. 3:81 lid 3 BW en die geldt bij de aanwezigheid van beperkte rechten.⁸⁵ Achtergrond ervan is dat ook bij het bestaan van persoonlijke genotsrechten tenietgaan door vermenging als onwenselijk wordt ervaren.

Anders dan in het Duitse en Zwitserse recht, waarover later meer, is het niet mogelijk voor de eigenaar van een perceel grond om vooruitlopend op de vervreemding van een ander aan hem in eigendom toebehorend perceel, op dit perceel een erfdiensbaarheid te vestigen ten behoeve of ten laste van het bij hem in eigendom verblijvende stuk grond. De regel van art. 3:81 lid 2 BW omtrent de vermenging staat hieraan in de weg. In de praktijk wordt overigens gebruikgemaakt van de mogelijkheid om een erfdiensbaarheid te vestigen onder opschortende voorwaarde van overdracht van een van de percelen.⁸⁶ Ook is het mogelijk dit perceel te vervreemden onder voorbehoud van een erfdiensbaarheid (art. 3:81 lid 1 BW).

Het oude recht kende ook de regel dat erfdiensbaarheden door vermen-
ging tenietgingen,⁸⁷ maar het oud BW bevatte twee regels die een prakti-
sche oplossing boden voor het geval één van de erven daarna weer werd
vervreemd: een regel over het laten ontstaan door bestemming en een
regel over het laten herleven van erfdiensbaarheden. Art. 747 BW (oud)
bepaalde dat wanneer de gezamenlijke eigenaar een van de erven in een
feitelijke toestand had gebracht die inhoudelijk zou kunnen worden
gekenmerkt als een voortdurende en zichtbare erfdiensbaarheid, deze
erfdiensbaarheid ontstond op het moment van vervreemding van één van
de erven (ontstaan door bestemming). Deze regel was niet alleen van
toepassing indien een erfdiensbaarheid op één van deze erven rustte en
door vermenging was vervallen, maar ook indien nooit eerder op één van
de erven een erfdiensbaarheid had gerust. Art. 748 BW (oud) bevatte
een regel die uitsluitend van toepassing was indien vóór de vermenging

84 Art. 5:83 BW. Zie *Parl. Gesch. Boek 5 BW* p. 289 e.v. en *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 309.

85 Zie Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008, nr. 173.

86 Zie Van Velten 2015, p. 36 die meent dat in een dergelijk geval bekrachtiging wenselijk is.

87 Art. 753 BW (oud) en art. 163 OBW voor de (niet-)kenbaarheid.

op één van de erven een erfdiensbaarheid rustte.⁸⁸ In uitzondering op de vermengingsregel bleef de erfdiensbaarheid voortbestaan indien bij de daarop volgende vervreemding nog steeds een zichtbaar teken van erfdiensbaarheid aanwezig was.⁸⁹ Voor erfdiensbaarheden die tegelijkertijd voortdurend en zichtbaar zijn, had de regel van art. 748 BW (oud) niet veel betekenis, maar de regel was wel van belang bij erfdiensbaarheden die uitsluitend zichtbaar maar niet voortdurend waren.⁹⁰ In bijvoorbeeld Duitsland en Zwitserland is het wel mogelijk een zogenaamde *Eigentümerdienstbarkeit* te vestigen.⁹¹ In Schotland is voor de *personal burdens* zelfs specifiek bepaald dat het enkele feit dat heersend en dienend erf in een hand zijn, geen grond is voor teniet gaan door *confusio*⁹² terwijl de *servitudes* bij vermenging wel 'verdwijnen' maar kunnen herleven.⁹³ In een rapport van de Scottish Law Commission vindt men de volgende aanbeveling aangaande de *servitudes*:

"98 (a) A deed should not be effective to create a servitude by express words unless the deed is registered against the benefited and the burdened properties.

- 88 Zie uitdrukkelijk Hof Arnhem 18 maart 1908, W. 8840: 'O, nu dat art. 748 B.W. vordert, voor alles, een zichtbaar teken van erfdiensbaarheid tusschen twee erven bestaande, vóór dat deze eenherig werden'.
- 89 Volgens de tekst van het artikel zou dat zichtbare teken aanwezig moeten zijn op het moment van vermenging, maar het dient nog steeds aanwezig te zijn ten tijde van de daarop volgende vervreemding door de gezamenlijke eigenaar. Bovendien laten dit artikel en art. 753 BW (oud) zien dat in dit geval geen sprake is van herleven maar van voortbestaan. Beide punten worden bevestigd door Rb. Zutphen 30 november 1893, W. 6438. Het Hof Arnhem 20 juni 1894, W. 6575, rechtsprekende in dezelfde zaak, gebruikte een andere formulering, namelijk het 'blijven bestaan of herleven van de in dat artikel bedoelde erfdiensbaarheden'. De vraag of de erfdiensbaarheid is blijven voortbestaan of is herleefd, bepaalt echter haar rang ten opzichte van andere beperkte rechten op dezelfde zaak.
- 90 Asser/Beekhuis II Zakenrecht, 12e druk, 1990, nr. 252.
- 91 Zie ook Everts, in: Beck'sches Notar-Handbuch, München: C.H. Beck 2015, A VII, nr.18 en Beck Online Kommentar BGB/Wegmann BGB § 1018 Rn. 19-20 en art. 733 ZGB. Zie ook J.G. Gräler, 'Mede-eigendom, mandeligheid en erfdiensbaarheden: enkele notities over het Zwitserse zakenrecht', *WPNR* 2014/7039.
- 92 Zie hierover meer uitgebreid N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting*, (diss. Utrecht), Den Haag, : BJu 2006, p. 214 en de Title Conditions (Scotland) Act, prov. 19.
- 93 D.J. Cusine & R.R.M. Paisley, *Servitudes and rights of way*, Edinburgh: W. Green & Son 1998, §17.22 e.v.

(b) It should be no objection to the validity of a servitude created under (a) that, at the time of registration, both properties were owned by the same person."⁹⁴

Dat de mogelijkheid tot het vestigen van een dergelijke 'eigenaarsdienstbaarheid' ook in Nederland voordelen biedt zette Ploeger reeds in 2000 uiteen.⁹⁵ Te denken valt onder meer aan de volgende punten:

- de eigenaar van de erven kan bij voorbaat de rangorde van de diverse te vestigen beperkte rechten bepalen;
- het vormt een alternatief voor de overdracht van een perceel onder voorbehoud van het betreffende recht van erfdienstbaarheid; en ten slotte
- het kan met name in de bouwpraktijk een prima alternatief vormen voor het gedwongen wachten op de vervreemding van de individuele kavels alvorens de erfdienstbaarheden kunnen worden gevestigd.⁹⁶

In de Nederlandse literatuur wordt weliswaar de maatschappelijke vraag onderkend, maar gaat men niet zover om te pleiten voor een mogelijkheid als in genoemde buitenlandse rechtstelsels. Zie ook het voorstel hiervoor onder 2.c voor een nieuwe regeling van de contractuele mandeligheid, waarin ook wordt voorgesteld de mandeligheid in het leven te kunnen roepen als de eigendom van de mandelige zaak zich nog in één hand bevindt.

De kwalitatieve verplichting biedt wel de mogelijkheid voor de eigenaar van twee percelen grond om zowel crediteur uit de verplichting te zijn als eigenaar van het 'dienende erf'.⁹⁷ Daar de passieve zijde van de verplichting kwalitatief is, evenals bij de erfdienstbaarheid, zien we hier een discrepantie optreden aan de actieve zijde die slechts systematisch en niet principieel te verklaren valt.

94 Report on Real Burdens, Scottish Law Commission, nr. 181, October 2000, p. 269. Dit is overigens expliciet gecodificeerd in de Title Conditions (Scotland) Act Prov. 75 (2).

95 H.D. Ploeger, 'Een erfdienstbaarheid op eigen erf, de vermenging van beperkte rechten nader bekeken', *WPvR* 2000/6396.

96 Waarbij, zo kunnen wij ons voorstellen, ook de mogelijkheid van het maken van fouten in alle betrokken 'over en weer-akten' wordt verkleind.

97 Van Oostrom-Streep 2006, p. 139.

Aan vorenstaande wens zou tegemoetgekomen kunnen worden door het aanpassen van art. 5:72 en art. 5:83 BW in de navolgende zin:

Artikel 72

"1. Erfdiensbaarheden kunnen ontstaan door vestiging en door verjaring.
2. *Onverminderd het bepaalde in artikel 81 lid 2 Boek 3 is vestiging van een erfdiensbaarheid eveneens mogelijk indien heersend en dienend erf in één hand zijn, mits de vestiging plaatsvindt onder de opschortende voorwaarde van vervreemding van een der beide erven.*"

Artikel 83

~~"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 erfdiensbaarheid pas door vermenging teniet bij het einde van dit gebruiksrecht.~~

1. In tegenstelling tot het bepaalde in artikel 81 lid 2 sub e Boek 3 gaat de erfdiensbaarheid niet teniet door vermenging indien er tegen het ongewijzigd voortbestaan van de erfdiensbaarheid geen overwegende bezwaren bestaan en het bestaan van de erfdiensbaarheid kenbaar is uit de openbare registers.

2. Indien op het tijdstip waarop het heersend en het dienend 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 erfdiensbaarheid pas door vermenging teniet bij het einde van dit gebruiksrecht."

4.3 De inhoud

Van oudsher is de inhoud van een erfdiensbaarheid beperkt tot verplichtingen tot een dulden en niet-doen. Het verbod om verplichtingen tot een doen tot inhoud van een erfdiensbaarheid te maken, valt terug te voeren op het Romeinsrechtelijke *servitus in faciendo consistere nequit*.⁹⁸

98 Pomp. D. 8,1,15,1. Hierop werd overigens een uitzondering gemaakt voor de 'servitus oneris ferendi'. Zie Ulp. D. 8,5,6,2 en J.E. Spruit, *Cunabula iuris*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 321. Zie ook R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke Grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill/Universitaire pers Leiden, 1994, nr. 155.

Slechts in beperkte mate is het toegestaan verplichtingen tot een doen tot inhoud van de erfdienstbaarheid te maken. Waar precies de grens ligt tussen *dulden* of *niet doen* respectievelijk *doen* is niet altijd even helder. Lang is bijvoorbeeld onderwerp van discussie geweest de vraag of de verplichting om een bepaalde toestand te handhaven, kwalificeerde als een verplichting tot niet-doen dan wel onder omstandigheden als een verkapte verplichting tot een doen moest worden beschouwd. Het standaard voorbeeld hiervan was onder het oude recht de verplichting om een siertuin in stand te laten wat, om met de woorden van Berger te spreken, 'onvermijdelijk zou inhouden het hanteren van schoffel en snoeimes'.⁹⁹ In de uitspraak Van Arragon/Van de Ven, werd de verplichting om te zorgen dat een beek beneden een bepaalde waterstand blijft echter wel als een verplichting tot actief handelen van de zijde van de gerechtigde tot het dienend erf aangemerkt (anders dan enkel onderhoud) en derhalve als een voor een erfdienstbaarheid ongeoorloofde inhoud.¹⁰⁰ In het arrest van 14 februari 1997¹⁰¹ werd de verplichting om water op te pompen ten behoeve van het heersende erf en dus de pomp te onderhouden, gezien als een verplichting tot actief handelen die niet aanvaard kan worden als hoofdverplichting. Maar hoe zou de zaak nu liggen als de eigenaar van het heersende erf zelf zou moeten pompen, de brandstof of elektriciteit voor de pomp en het onderhoud van de pomp zelf zou moeten verzorgen, terwijl de kosten daarvan indirect ten laste komen van de eigenaar van het dienende erf in die zin dat die kosten worden afgetrokken van de verplichting tot betalen van een marktconforme retributie?

99 K.F.M. Berger, *Burenrecht, mandigheid, erfdienstbaarheden*, Deventer: Kluwer 2001, p. 137 naar aanleiding van Hof 's-Gravenhage 1 december 1983, *NJ* 1985/181. In deze uitspraak die ook in andere handboeken veel wordt gebruikt als onderbouwing voor de mogelijkheid ook onder het oude recht verplichtingen tot een doen tot inhoud van de erfdienstbaarheid te maken lezen wij overigens niet dat er enige activiteit van de gerechtigde tot het dienend erf werd verwacht. Het Hof overweegt in r.o. 9 ten aanzien van het onderhoud (met 'appartementseigenaars' wordt hierna bedoeld op de gerechtigden tot het heersend erf): 'Aan het vorenoverwogene doet niet af dat de appartementseigenaren, om zich het behoud van de erfdienstbaarheid te verzekeren, voor het onderhoud van de tuin moeten zorgdragen, hetgeen wel menselijke activiteit vereist, aangezien het hier niet gaat om handelingen die rechtstreeks te maken hebben met de uitoefening van het servituut zelf: zij staan daarmee slechts zijdelings in verband.'

100 HR 17 februari 1967, *NJ* 1968/101 m.nt. J.H. Beekhuis.

101 HR 14 februari 1997, *PW* 1997/20834 (*Bruggeman/Vlasroterij Sint Andries*).

Bij de invoering van het huidige BW heeft de wetgever zich opvallend ontspannen getoond in de discussie rond de restricties. Waren in het oude BW verplichtingen tot een doen slechts zeer beperkt mogelijk, de uitbreiding in het huidige recht is zonder veel moeite geaccepteerd. Zo stelt de memorie van antwoord:

“Het openen van de mogelijkheid tot het vestigen van erfdienstbaarheden als in lid 2 bedoeld – zulks in overeenstemming met de derde conclusie van het praeadvies voor de Broederschap der Candidaat-notarissen in 1966 uitgebracht door Maeijer (p. 79) –, is wenselijk geacht, omdat daaraan in de praktijk grote behoefte bestaat. (...) De ondergetekende is van mening dat tegen de toelaatbaarheid van dergelijke bedingen in de vorm van een erfdienstbaarheid geen ernstige bezwaren bestaan. Tegen het gevaar dat zij op den duur een te grote belasting van het betrokken erf zouden gaan vormen, waakt artikel 8 (*het huidige art. 5:78 BW, auteurs*) dat onder de daar genoemde omstandigheden wijziging of opheffing van de erfdienstbaarheid mogelijk maakt. Voorts verdient aandacht dat lid 2 slechts op een beperkte groep verplichtingen om te doen het oog heeft. Niet alleen gaat het slechts om een verplichting tot onderhoud, maar die verplichting kan bovendien slechts worden gevestigd met betrekking tot het dienende erf of daarop aanwezige gebouwen, werken en beplantingen. En voorts volgt uit de strekking van het recht van servituut, immers een last die het dienende erf bezwaart, dat aldus slechts tot onderhoud kunnen worden verplicht hetzij de eigenaar van het erf, hetzij uit hoofde van artikel 10 de erfpachter, de vruchtgebruiker of de opstaller.”¹⁰²

Hoewel het een forse breuk met de klassieke benadering van de erfdienstbaarheid betekende, heeft de wetgever zich gevoelig getoond voor de roep van de praktijk en de grenzen van het toelaatbare fors opgerekt. Sinds 1992 toegestaan, en uitdrukkelijk in wet genoemd¹⁰³ zijn:

- een verplichting tot het aanbrengen van gebouwen, werken of beplantingen die voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid nodig zijn (die overigens slechts kan worden opgelegd als *neververplichting*);¹⁰⁴

¹⁰² *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 258 (MvA II).

¹⁰³ Art. 5:71 lid 2 BW.

¹⁰⁴ Ook de verplichting om een retributie te betalen als opgenomen in art. 5:70 lid 2 BW beschouwen wij als een bijkomende last en niet als onderdeel van de ‘hoofdverplichting’.

- een verplichting tot onderhoud van het dienende erf of van gebouwen, werken of beplantingen die zich geheel of gedeeltelijk op het dienende erf bevinden of zullen bevinden.

Hoewel het toepassingsbereik van de erfdienstbaarheid dus fors is opge-rekt buiten de genoemde verplichtingen tot een doen, de reikwijdte is dus nog steeds beperkt tot een dulden of niet-doen. De rechtspraak echter heeft zich soms ruimhartig betoond in het oprekken van de grenzen van de omschrijvingen. Zo werd mogelijk geacht een erfdienstbaarheid tot het exclusief gebruik van een onder het dienend erf gelegen kelder waarmee inhoudelijk een op erfpacht gelijkende figuur werd bewerkstelligd.¹⁰⁵ Aan de andere kant werd bepaald dat indien de verplichting tot onderhoud de facto dienstbaar is aan een (hoofd)verplichting tot een *doen* deze niet zal zijn toegestaan, wat de inzet was van het eerdergenoemde standaardar-rest Bruggeman/Vlasroterij St. Andries.¹⁰⁶ Of sprake is van een hoofd- of een nevenverplichting tot een doen zal afhankelijk zijn van de uitleg van de erfdienstbaarheid, wat de rechtszekerheid niet bevordert.¹⁰⁷

De verplichtingen beperken zich overigens alle tot feitelijke handelin-gen,¹⁰⁸ zodat een verplichting tot het niet-doen van *rechtshandelingen* niet tot inhoud van een erfdienstbaarheid kan worden gemaakt.¹⁰⁹

In de praktijk blijkt de sterke wens te bestaan naar het met zakelijke wer-king verbinden van verplichtingen tot een doen aan registergoederen, nog buiten de reeds door de wet geschapen mogelijkheden van art. 5:71 BW. Na het arrest Blaauboer/Berlips, waarin werd verduidelijkt dat con-

105 HR 25 maart 1983, *NJ* 1984/144 m.nt. W.M. Kleijn waarover o.a. Van Velten 2015, p. 617.

106 HR 14 februari 1997, *NJ* 1997/542 m.nt. W.M. Kleijn.

107 Zie bijvoorbeeld voor een in onze ogen discutabele uitleg van een erfdienstbaar-heid: Hof Amsterdam 11 juli 1974, *NJ* 1975/167 waarin een erfdienstbaarheid om een villa niet anders te gebruiken dan als woning werd erkend als een voor een erfdienstbaarheid toegelaten inhoud, terwijl het feitelijk een verkapte ver-plichting tot een doen inhoudt. Op gelijke wijze zou geoordeeld kunnen worden over een erfdienstbaarheid rustend op de eigenaar van een perceel-met-café inhoudende dat hier geen ander bier geschonken mag worden dan Heineken. Zie over uitleg in het goederenrecht o.a. J.M. Milo, S. E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht*, Den Haag: BJu 2009 en J.W.A. Biemans e.a. (red.), *Uitleg van notariële akten*, Deventer: Kluwer 2015, § 1.4.2. e.v.

108 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 257 (MvA II).

109 Maar zal moeten worden uitgeweken naar de kwalitatieve verplichting of het ket-tingbeding.

tractuele afspraken (tot een doen) niet van rechtswege mee overgaan op verkrijgers onder bijzondere titel,¹¹⁰ heeft de praktijk haar toelucht genomen tot kettingbedingen die inhoudelijk immers grenzeloos zijn.¹¹¹ De komst van de kwalitatieve verplichting in 1992 heeft weliswaar enige verlichting gebracht, maar heeft, nog sterker dan de erfdiensbaerheid, een sterke inhoudelijke beperking, namelijk tot een dulden of niet-doen. Wonderlijk is dat de 'zakelijke' erfdiensbaerheid dus wel in enige mate is uitgebreid met verplichtingen tot een doen, maar dat voor de in de basis verbintenisrechtelijke kwalitatieve verplichting stug is vastgehouden aan de beperking tot verplichtingen tot een dulden of niet-doen.¹¹²

Hoewel de kwalitatieve verplichting werd ingevoerd met de ambitie de wildgroei aan niet-kenbare kettingbedingen in te perken,¹¹³ heeft de stringente inhoudelijke beperking ervoor gezorgd dat de aandacht voor het kettingbeding allerminst is verdwenen. Geholpen door de lijn van de notariële tuchtrechter, die immers het meewerken door notarissen aan akten waarbij obligatoire bedingen werden gebroken klachtwaardig achtte, bleef de aandacht voor het beding onverkort aanwezig.¹¹⁴

In april 2015 wees de Hoge Raad het in notariële kringen lang verwachte *Novitaris*-arrest.¹¹⁵ In deze van een werkelijk prachtige conclusie vergezeldde uitspraak¹¹⁶ werd benadrukt dat obligatoire bedingen daadwerkelijk obligatoir zijn en er in beginsel geen reden bestaat waarom bij strijdende obligatoire bedingen door notariële tussenkomst één der bedingen voorrang zou krijgen op het andere.¹¹⁷

Hoewel dit naar zijn aard een civielrechtelijke uitspraak is en het ten tijde van het schrijven van deze bijdrage nog wachten is op de eerste tucht-

110 HR 3 maart 1905, W 8191.

111 Slechts ingeperkt door de wet, de openbare orde en de goede zeden.

112 Hierover uitgebreid Van Oostrom-Streep 2006, p. 56.

113 Want immers niet inschrijfbaar ex artikel 3:17 BW.

114 Zie hiervoor uitgebreid o.a. de bijdragen in het themanummer van *WPNR* 2012/6954.

115 HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479, m.nt. S. Perrick (*De Novitaris*).

116 HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479, m.nt. S. Perrick (*De Novitaris*), concl. A-G Rank-Berenschot.

117 Anders dan wanneer de wet aan een van deze bedingen voorrang toekent dan wel indien de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij de levering of bezwaring, hetgeen het geval is indien het recht van de derde door een wettelijke regel als het sterkere recht wordt aangewezen, of indien de beoogd verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen.

rechtelijke uitspraak in deze materie, zal de tuchtrechter van goeden huize moeten komen om een uitspraak te doen die haaks staat op die van de Hoge Raad.¹¹⁸

Maar ook niettegenstaande de notariële deur die door het Novitaris-arrest op een kier is gezet, waardoor wellicht vaker het kettingbeding wordt verbroken en meer naar de kwalitatieve verplichting zal worden gegrepen, blijft het eerder gesignaleerde hiaat bestaan.

Daarnaast heeft de kwalitatieve verplichting wel enkele voordelen boven de erfdienstbaarheid (ook rechtshandelingen mogen tot de inhoud behoren en zij kan worden aangegaan ten aanzien van registergoederen in plaats van slechts onroerende zaken), maar nadelen zijn er ook.

Zo valt de verplichting strikt genomen niet onder de zuiveringsbepaling van art. 3:273 BW en ontbreekt een vergoedingsrecht als bedoeld in art. 3:282 BW. Ook zal voor overdracht van de actieve zijde (het vorderingsrecht) cessie noodzakelijk zijn, tenzij het recht kan worden aangemerkt als kwalitatief recht als bedoeld in art. 6:251 BW.¹¹⁹

Mede door de strengere leer van het arrest Blaauboer/Berlips van 1905 heeft de praktijk de behoefte om verplichtingen tot een doen met zakelijke werking te binden aan registergoederen.

Thans wordt in deze behoefte voorzien door middel van allerlei rechtsfiguren als kettingbeding, kwalitatieve verplichting en zakelijk recht¹²⁰ – of combinaties van de drie – waarbij het een kwestie is van ‘trial-and-error’: welke figuur houdt stand bij verkrijging onder bijzondere titel, bij faillissement en bij executoriale verkoop? Dit alles leidt tot onoverzichtelijkheid, rechtsonzekerheid en een groter beroep op de rechter dit moet uitmaken of de diverse verplichtingen zich al dan niet lenen tot inhoud van een

118 Hoewel Hammerstein in *WPNR* 2012/6954 benadrukte dat tuchtrecht en civielrecht vanwege hun verschillende ‘werkgebied’ mogen verschillen. A. Hammerstein, ‘Tuchtrecht mag afwijken van het burgerlijk recht’, *WPNR* 2012/6954. Zie ook H.W. Heyman, ‘Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015 (De Novitaris)’, *WPNR* 2015/ 7067 onder 7 en N.C. van Oostrom-Streep, ‘De rol van de notaris bij (een op handen zijnde) wanprestatie’, *ORP* 2015/8 nr. 6.

119 Wat kan leiden tot een wonderlijke casus als beschreven door F.H.J. Mijnsen, ‘HR 5 maart 1905 is vereeuwd’, *WPNR* 2009/6781. Zie ook N.C. van Oostrom-Streep, ‘Kwalitatieve rechten uit de schaduw’, *WPNR* 2013/6986.

120 Waarbij zich dan de vraag voordoet of de betreffende verplichting kan worden beschouwd als behorend tot ‘aard en wezen van het recht’, teneinde de zo gewenste zakelijke werking te verkrijgen.

bepaalde figuur te worden gemaakt.¹²¹ In notariële akten vindt dit zijn weerslag in zogenaamde 'sleepnetbepalingen' aan het einde van de akten. Dit sleepnet is opgebouwd uit meestal drie compartimenten waarvan de eerste aangeeft 'dat alle bepalingen in de akte beoogd worden zakelijke werking te hebben'. In het tweede compartiment wordt opgemerkt dat voor zover een of meer bepalingen niet mochten behoren tot 'aard en wezen van het recht'¹²² de bepalingen worden 'gevestigd'¹²³ als kwalitatieve verplichting als bedoeld in art. 6:252 BW en dat voor zover de bepalingen zich niet lenen om tot inhoud van een kwalitatieve verplichting te worden gemaakt zij overeen worden gekomen en als kettingbeding worden opgelegd enzovoort. Het is de vraag hoe een dergelijke formulering zich verhoudt tot de verplichting ingevolge art. 24 lid 2 letter b Kadw om de wettelijke benaming in akten te vermelden. Dat vereist toch dat men niet in het midden laat wat de aard van de verplichting is.

Het verdient aanbeveling een einde te maken aan deze tenenkrommende omwegen en de 'koninklijke weg' te openen: het mogelijk maken om verplichtingen tot een doen inhoud te maken van de erfdiensbaaerheid nog buiten de reeds bestaande mogelijkheden van art. 5:71 BW.

Met deze wijziging wordt direct kenbaar welke verplichtingen aan het goed zijn verbonden, is duidelijk of de verplichtingen executoriale verkoop of faillissement overleven en is het 'sleepnet' van zakelijk recht-kwalitatieve verplichting-kettingbeding niet meer nodig. Overigens laat dit onverlet dat het nog niet mogelijk is om rechtshandelingen tot inhoud van de erfdiensbaaerheid te maken, maar hiervoor staan dan nog de kwalitatieve verplichting en het kettingbeding open.¹²⁴

Diegenen die menen dat een wijziging in deze zin zou leiden tot een ongeoorloofde breuk met het systeem wijzen wij op de toevoeging van

121 Waarover ook heel verschillend wordt gedacht. Zie o.a. F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2013, die in H. IV pleit voor een ruime toepassingsmogelijkheid. Kritisch hierover H.W. Huijgen in zijn bespreking van Voncks proefschrift in *WPNR* 2014/7029 onder 3.

122 Hiermee aansluitend op de principe-uitspraak van de Hoge Raad van HR 16 maart 1977, *NJ* 1977/399 m.nt. W.M. Kleijn.

123 Waarvan natuurlijk geen sprake kan zijn.

124 Overigens verdient het onzes inziens sterk aanbeveling ook de toegestane inhoud van de kwalitatieve verplichting uit te breiden tot verplichtingen tot een doen. Zie ook Van Oostrom-Streep 2006, §3.2, alsook N.C. van Oostrom-Streep, 'De toekomst in het verleden? Een suggestie tot herinvoering van het recht van grondrente', *FtV* 2015/57.

art. 5:71 BW, voormelde ontspannen houding van wetgever en praktijk bij de totstandkoming van deze mogelijkheid, alsook bijvoorbeeld op een figuur als art. 5:118a BW dat het zonder enig probleem mogelijk maakt een beperkt zakelijk recht te vestigen op iets wat, goed beschouwd, juridisch niet eens als te onderscheiden object kan worden beschouwd.¹²⁵

4.4 De mogelijkheden onder Duits recht

Ook het Duitse recht heeft de regel overgenomen dat een erfdiensbaarheid geen positieve verplichting mag bevatten. De Duitse praktijk heeft, net zoals de Nederlandse, regelmatig behoefte aan het opleggen van positieve verplichtingen met zakelijke werking. Daartoe is de Duitse praktijk gebruik gaan maken van de zogenaamde *Sicherungsdienstbarkeiten*. De term doet ons denken aan de *Sicherungsgrundschuld*, het functionele equivalent van ons hypotheekrecht, maar de *Sicherungsdienstbarkeit* verzekert geen vordering. De functie is enigszins vergelijkbaar met een kettingbeding. Soms wordt in de Duitse praktijk, evenals in de Nederlandse praktijk, gepoogd de regel dat een erfdiensbaarheid in beginsel geen positieve verplichtingen mag bevatten, te omzeilen door de verplichting tot positief handelen negatief te formuleren met de praktische uitkomst dat de eigenaar van het dienende erf verplicht is tot positief handelen. Deze pogingen zijn verworpen door de Duitse rechtspraak.¹²⁶ Om een voorbeeld te geven: de verplichting om verwarming niet te betrekken van een andere bron dan een bepaalde lokale energiecentrale kan niet de inhoud van een erfdiensbaarheid zijn, volgens het Beierse Oberlandesgericht in zijn oordeel van 6 augustus 1976,¹²⁷ omdat ondanks de negatieve formulering van de verplichting de verplichting gelijk kan worden gesteld met een positieve verplichting om energie te betrekken van de genoemde centrale installatie.

¹²⁵ Al is dit laatste argument wellicht meer een 'verklaring uit het ongerijmde'. Wel zijn we het van ganser harte eens met Heyman die stelt: 'If legal history has to teach us one lesson it must be that in the end practice always gains the victory over theory. And that is as it should be: theory is the servant to practice and therefore has to adapt itself to new practical needs'; H.W. Heyman, 'Dogmatic Rigidity and Pragmatic Flexibility of Dutch Property Law', In: S. Bartels, M. Milo (red.), *Contents of real rights*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

¹²⁶ Baur & Stürner, *Sachenrecht*, München: C.H. Beck 2009, § 33, nr. 14-17.

¹²⁷ BayObLG 1976/218.

In plaats van zich te begeven in woordspelletjes, waarbij de verplichting anders geformuleerd wordt in de hoop dat de rechter deze als inhoud van een erfdiensbaarheid zal accepteren, maakt de praktijk nu gebruik van de *Sicherungsdienstbarkeiten*. Deze worden voornamelijk gebruikt om een grondeigenaar te verplichten tot het afnemen van producten of diensten van de gerechtigde tot de *Dienstbarkeit*. Die *Dienstbarkeit* kan een erfdiensbaarheid zijn met heersend en dienend erf of een *persönliche Dienstbarkeit* (zonder heersend erf). De constructie bestaat uit een combinatie van een dienstbaarheid en een overeenkomst. Zo kan op het erf waarop een benzinestation staat een last worden gelegd dat de eigenaar geen enkel olieproduct van welk merk dan ook mag verhandelen. Tegelijkertijd wordt tussen een oliehandelaar en de eigenaar van het erf een overeenkomst gesloten op grond waarvan de eigenaar van de grond het recht of zelfs de verplichting heeft om olieproducten te verhandelen die aan hem worden geleverd door de oliehandelaar. Deze constructies worden ook veelvuldig gebruikt om eigenaren van erven te verplichten om bier¹²⁸ van een bepaald merk af te nemen of warmte van een bepaalde warmte-installatie.¹²⁹ De rechtspraak¹³⁰ heeft deze structuren in beginsel als geldig aangemerkt omdat de inhoud van de erfdiensbaarheid los gezien wordt van de inhoud van de begeleidende overeenkomst. Zij worden echter door sommige auteurs bekritiseerd omdat zij gezien worden als omzeiling van de regel dat een erfdiensbaarheid geen positieve verplichting mag opleggen.¹³¹ Verder kan de *Sicherungsdienstbarkeit* worden gecombineerd met een kettingbeding.¹³²

Wat afnameplichten en anticoncurrentiebedingen betreft, kent het Duitse recht overigens wel degelijk beperkingen, zowel op grond van publiek-

128 H. Amann, 'Steuerung des Bierabsatzes durch Dienstbarkeiten – Ein Beitrag zur Lehre von der Sicherungsdienstbarkeit', *DNotZ* 1986, p. 578 e.v.

129 Zie hiervoor recentelijk: Chr. Reymann, 'Wärme-Contracting beim Wohnungskauf vom Bauträger', *DNotZ* 2015, p. 883 e.v.

130 Als geldig erkend door BGH 18 mei 1979 – V ZR 70/78, BGHZ 74, 293, 296 = NJW 1979/2150; BGH NJW 1981/343, 344; BGH NJW 1988/2364 NJW-RR 1992/593 (afnameverplichting drank); BayObLGZ 1985/290, 294; BayObLGZ 1997/129, 133; OLG Karlsruhe NJW 1986/3212, 3213.

Baur & Stürner, *Sachenrecht*, München: C.H. Beck 2009, § 33, nr. 18-19.

131 J. Wilhelm, *Sachenrecht*, Berlijn: De Gruyter 2010, nr. 1986-1989.

132 Vgl. de casus in BGH NJW-RR 1992/593.

recht, privaatrecht als Europees recht. We zullen hierop niet verder ingaan.¹³³

Mayer geeft nog als verdere voordelen van deze constructie aan:

“Der Vorteil der Sicherungsdienstbarkeit liegt in der Möglichkeit, über den sachenrechtlichen Typenzwang und seine Typenfixierung hinaus weitreichende schuldrechtliche Vereinbarungen zu treffen, die den heutigen differenzierten Anforderungen, insbesondere des Wirtschaftslebens, voll gerecht werden (dazu etwa Stürner AcP 194 [1994] 265, 271 ff). Zudem ist sie ‚diskreter‘, weil sie nicht dazu zwingt, alle Vereinbarungen als Inhalt des dinglichen Rechts über die Grundbucheintragung zu publizieren.”¹³⁴

Deze constructie, die geënt is op de *Sicherungsgrundschuld* en waarbij geen juridisch verband bestaat tussen zakelijk recht/last en overeenkomst, kan bij geïsoleerde vervreemding van een van de erven tot vergelijkbare problemen leiden als de geïsoleerde vervreemding van de *Sicherungsgrundschuld*, namelijk een verdergaande zakenrechtelijke verplichting dan oorspronkelijk door partijen beoogd in hun overeenkomst.¹³⁵ Indien het heersende erf wordt vervreemd aan een derde die geen partij wordt bij de overeenkomst en die de overeenkomst niet kent en niet behoort te kennen, kan deze derde de eigenaar van het dienend erf houden aan de verplichting uit de erfdienstbaarheid. Als het dienende erf wordt overgedragen zonder dat de nieuwe eigenaar tot dezelfde overeenkomst toetreedt of een vergelijkbare overeenkomst sluit, zal een losse erfdienstbaarheid overblijven met als inhoud het totaalverbod zonder verbintenisrechtelijke ontheffingen.¹³⁶

133 Vgl. Staudinger/Jörg Mayer (2009) BGB § 1018, Rn. 118 e.v.

134 Staudinger/Jörg Mayer (2009) BGB § 1018, Rn. 115.

135 Zie hierover uitvoerig Lars van Vliet, ‘The German *Grundschuld*’, *Edinburgh Law Review*, Volume 16, Issue 2, p. 147-177.

136 Staudinger/Jörg Mayer (2009) BGB § 1018, Rn. 115.

4.5 De Nederlandse grondrente¹³⁷

Eeuwenlang heeft het Nederlandse recht positieve grondverplichtingen gekend, namelijk in de vorm van grondrente en tienden. Deze rechtsfiguren zijn in 1838 in het oud BW overgenomen. Een verschil tussen beide was dat de grondrente bestond uit regelmatig terugkerende vaste bedragen, terwijl de hoogte van de tienden (ook wel cijzen genoemd) afhankelijk was van de opbrengst van het belaste land. Met name tussen de grondrente en de hypotheek bestaat een historisch verband. Door een recht van grondrente te verkopen aan een financier, kon de grondeigenaar kapitaal ter beschikking krijgen (de waarde van de grond liquide maken) met in ruil een verplichting om aan de financier een grondrente te betalen. Om verschillende redenen bood de regeling van de hypotheek meer voordelen voor de financier waardoor de hypotheek deze functie heeft overgenomen.¹³⁸ Bij de Tiendwet van 1907 werd bepaald dat bestaande tienden afgeschaft zouden worden en nieuwe tienden niet opnieuw konden worden gevestigd. De reden hiervoor was dat tienden gezien werden als een belemmering van de economische ontwikkeling van landbouwgrond. De grondrente bleef daarbij buiten schot. Dit instituut werd zelfs door Meijers opgenomen in het Ontwerp Meijers voor het nieuw BW (titel 9). Als reden gaf Meijers aan dat grondrenten, hoewel nog zelden gevestigd, nog steeds af en toe gevestigd worden.¹³⁹ Het instituut werd echter weer geschrapt bij memorie van toelichting, met twee argumenten. Ten eerste wijst de minister erop dat, anders dan bij hypotheek, bij de grondrente een persoonlijke verbondenheid ontbreekt: de grondrente creëert slechts een verhaalsrecht op de grond. De minister stelt dat het ook bij een hypothecaire lening mogelijk is te bepalen dat de schuld slechts kan worden verhaald op het verhypothekerde goed, waardoor de grondrente uit dit oogpunt overbodig is. Ten tweede geeft de minister aan dat de grondrente als groot nadeel heeft dat bij executie van de belaste grond de grondrente blijft voortbestaan en niet, zoals een hypo-

137 Zie hiervoor in het algemeen Asser/Beekhuis II, *Zakenrecht*, 1990, hoofdstuk X. Zie voor de afschaffing van feodale en handhaving of herstel van contractuele tienden F.C.J. Ketelaar, *Oude zakelijke rechten*, Zwolle 1978.

138 Zie Asser/Beekhuis II *Zakenrecht*, 1990, nr. 342.

139 *TM in Parl. Gesch. Boek 5 BW*, 1981, p. 367.

theekrecht, vervalt door zuivering.¹⁴⁰ Dit zal vaak een sterk waardedruk-
kend effect hebben, zelfs als de koper op de veiling direct of op den duur
een afkooprecht kan uitoefenen. Zeker bij een afkooprecht dat pas op
termijn kan worden uitgeoefend, en waarbij de afkoopsom afhangt van de
marktrente op dat moment, zal de koper rekening houden met een daling
van de rente waardoor de afkoopsom zal toenemen.¹⁴¹

Indien wordt overwogen om positieve verplichtingen in te voeren in het
BW, zal terdege rekening moeten worden gehouden met deze argumen-
ten en ook met de ervaring die in bijvoorbeeld het Duitse recht is opge-
daan met verplichtingen tot betaling van een grondrente (*Reallast* en
Rentenschuld)¹⁴² Deze rechtsfiguren mogen niet misbruikt worden om de
dwingendrechtelijke bepalingen van het hypotheekrecht te omzeilen.

Naar Duits recht is het mogelijk de *Reallast* te gebruiken als zekerheids-
middel voor de terugbetaling van een krediet of voor een andere beta-
lingsverplichting.¹⁴³ In dat geval bestaan er naast elkaar drie *Haftungen*.
Allereerst een persoonlijke verbondenheid uit de overeenkomst van geld-
lening (die verzekerd moet worden met de *Reallast*), ten tweede een ver-
haalsrecht op de onroerende zaak (*dingliche Haftung*) op grond van de
Reallast en ten derde, tenzij wegbedongen, een persoonlijke verbonden-
heid voor die *Reallasttermijnen* die verschenen zijn tijdens de duur dat de
huidige eigenaar eigendom van de grond heeft gehad (§ 1108 Abs 1
BGB). De verplichting uit *Reallast* (de tweede en derde *Haftung*) is on-
afhankelijk van de verplichting uit overeenkomst, dat wil zeggen, niet-
accessoir. In dat geval ontstaat het gevaar, dat ook is ontstaan bij de
Grundschild, dat aflossingen van de persoonlijke vordering uit overeen-
komst niet in mindering komen op de verplichting op grond van de *Real-
last*. Om dat gevaar te voorkomen moet een uitdrukkelijke *Sicherungs-
abrede* worden gesloten of een stilzwijgende *Sicherungsabrede* worden
aangenomen die inhoudt dat de afbetalingen van de persoonlijke schuld

140 Dit is uiteraard anders indien een hoger gerangschikte hypotheekhouder op de
grond tot executie overgaat. Hij kan verkopen vrij van het recht op grondrente dat
door het prioriteitsbeginsel niet tegen hem kan worden ingeroepen.

141 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, 1981, p. 367-368.

142 De *Rentenschuld* in het Duitse recht niet echt van de grond is gekomen, omdat
het alternatief van de *Reallast* een flexibeler instrument is. Zie Staudinger/Hans
Wolfsteiner (2015), Vorbemerkungen zu §§ 1199 ff, nr. 5. De *Rentenschuld* zal
om die reden hier niet verder worden besproken.

143 Staudinger/Jörg Mayer (2009) Einl. zu §§ 1105-1112.

ook in mindering komen op de omvang van de verplichting uit *Reallast*. Verder ontstaat het gevaar dat de vordering uit overeenkomst wordt geceedeerd zonder overdracht van de *Reallast* of omgekeerd, dat de *Reallast* wordt overgedragen zonder cessie van de vordering uit geldlening. Ook dat kan ertoe leiden dat de eigenaar van de belaste grond meer moet betalen dan oorspronkelijk de bedoeling was, omdat de verkrijger van de *Reallast* niet zonder meer kan weten dat de verplichting uit *Reallast* inmiddels kleiner is geworden. Hij zal dan wellicht met een beroep op goede trouw de eigenaar van de grond mogen aanspreken voor het volle bedrag dat in de openbare registers is ingeschreven en zich voor dat bedrag op de opbrengst van de grond mogen verhalen.

Het zijn exact deze gevaren die zich bij de *Grundschild* hebben gerealiseerd en ertoe hebben geleid dat de Duitse wetgever in 2008 praktisch gezien een einde heeft gemaakt aan de niet-accessoriteit van de *Grundschild* (§ 1192 Abs 1 a BGB).¹⁴⁴ Mayer pleit er daarom voor om op de *Reallast* deze nieuwe bepaling van § 1192 Abs 1 a BGB analoog toe te passen.¹⁴⁵

Naar Nederlands recht zal een eventuele positieve grondverplichting vergelijkbaar met een *Reallast* overigens geen al te aantrekkelijk alternatief zijn voor een hypotheekrecht omdat vele voordelen van het hypotheekrecht ontbreken, zoals bijvoorbeeld het recht van parate executie, voorrang van de vordering en separatisme in faillissement. Wellicht dat deze nadelen al een voldoende rem vormen op omzeiling van de hypotheekvoorschriften.

4.6 De Duitse *Reallast* en de Zwitserse *Grundlast*

In veel Europese landen stond de wetgever na de afschaffing van feodale verhoudingen zeer kritisch tegenover positieve verplichtingen die op een persoon rusten in zijn hoedanigheid van eigenaar van een stuk grond. De mogelijkheden nieuwe positieve grondverplichtingen op te leggen werden vaak sterk ingeperkt. In de periode voorafgaande aan de nationale codificaties waren in veel Europese landen positieve grondverplichtingen mogelijk, niet op grond van het Romeinse recht waarin strak de hand

144 Lars van Vliet, 'The German *Grundschild*', *Edinburgh Law Review*, Volume 16, Issue 2, p. 147-177.

145 Staudinger/Jörg Mayer (2009) Einl. zu §§ 1105-1112, nr. 63a.

werd gehouden aan de regel dat een erfdienstbaarheid niet mocht verplichten tot een actief handelen, maar op grond van lokaal (vaak feodaal) recht. Het Duitse en Zwitserse recht, dat positieve grondverplichtingen deels handhaafde in hun codificaties, hebben voorzorgsmaatregelen genomen om het gevaar van het opleggen van langdurige en vergaande verplichtingen uit te sluiten.

Het gevaar van vergaande en langdurige grondverplichtingen wordt in deze landen op twee manieren tegengegaan; door *ex ante* toelatingsvereisten en door *ex post* methoden om de verplichting te beëindigen. Daarna zullen we onze aandacht richten op voor het Nederlandse recht relevante voorbeelden.

In de 19e eeuw bestond in veel Duitse gebieden lokaal recht ten aanzien van *Reallasten*: verplichtingen die op een erf rusten en als inhoud een positief handelen hebben. Er heerste grote rechtsverscheidenheid. In de gebieden links van de Rijn, die onderdeel van het Franse Rijk waren geweest, had de Franse wetgeving de *Reallasten* afgeschaft.¹⁴⁶ In veel andere Duitse gebieden waren beperkingen ingevoerd voor de *Reallast*, in de vorm van inhoudelijke beperkingen en/of in de vorm van opzegbaarheid (meestal tegen betaling: dus afkoop). De ontwerpers van het BGB stonden voor de vraag of het wenselijk was om voor het Duitse Rijk een uniforme regeling in te voeren. De ontwerpers hebben ervoor gekozen om de *Reallast* te handhaven omdat in bepaalde delen van het Duitse Rijk nog steeds behoefte bestond aan deze rechtsfiguur. Maar de diverse vormen van het *Landesrecht*, die vaak beperkingen kenden of de *Reallast* zelfs geheel uitsloten, zouden voorrang krijgen.¹⁴⁷ De oplossing bestond hierin dat in het BGB op vergaande wijze *Reallasten* mogelijk gemaakt werden, maar dat de bepalingen van het *Landesrecht* voorrang zouden hebben.¹⁴⁸ Op die manier bleef en blijft de rechtsverscheidenheid van de 19e eeuw dus voortbestaan. Bij de bespreking van de regeling uit het BGB moeten we ons er dus van bewust zijn dat deze regeling vrijwel ner-

146 In het gedeelte van Nordrhein-Westfalen links van de Rijn werd later de *Reallast* heringevoerd door Pruisische wetgeving. Zie Art. 30 Abs. 1 AGBGB. Oorspronkelijke uitgave: *Die Preussischen Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen und zu den 1879 in Kraft getretenen Reichsjustizgesetzen in der vom 1. Januar 1900 ab geltenden Fassung*, deel 1, Berlijn 1900.

147 *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, deel III, Sachenrecht*, Berlin/ Leipzig 1888, p. 579-580.

148 Zie § 115 EGBGB.

gens in Duitsland onbeperkt geldt. Een voorbeeld van een beperking die in *Landesrecht* voorkomt is dat een recht op rente dat langer kan duren dan levenslang¹⁴⁹ alleen geldig kan worden gevestigd indien tevens een afkoopmogelijkheid bestaat en een afkoopsom wordt ingeschreven.¹⁵⁰ Ook het Zwitserse ZGB heeft de positieve grondverplichting gehandhaafd (*Grundlast*: art. 782 ZGB), maar in een iets andere vorm dan het Duitse recht. Naar Duits recht moeten de prestaties van terugkerende aard zijn (hoewel regelmaat niet is vereist), terwijl naar Zwitsers recht ook een eenmalige prestatie in de vorm van een *Grundlast* kan worden neergelegd. Naar Duits recht legt de *Reallast* op de eigenaar van het belaste erf ook een persoonlijke verplichting die verhaal mogelijk maakt op het gehele vermogen van de schuldenaar, hoewel die persoonlijke verplichting wegbedongen kan worden. Naar Zwitsers recht daarentegen *haftet* alleen het erf, oftewel, de verplichting kan alleen worden afgedwongen door gedwongen verkoop van het erf en verhaal op de opbrengst van het erf. Het heet daarom wel een *Verwertungsrecht* of *Wertrecht*.¹⁵¹ Om een terugkeer naar feodale verhoudingen te voorkomen, heeft de Zwitserse wetgever de inhoud van de mogelijke verplichting beperkt tot prestaties die voortvloeien uit de economische aard van het belaste grondstuk en/of nodig zijn voor de economische behoeften van een eventueel heersend grondstuk.¹⁵² Dit staat niet in de weg aan een *Grundlast* die bestaat uit een verplichting tot betaling van een geldsom, mits de grond of rechtstreeks geld opbrengt (burgerlijke vruchten) of althans de opbrengst van het land (zoals natuurlijke vruchten) zich door verkoop in geld laat omzetten.¹⁵³ Naar Duits recht geldt deze beperking niet. De *Reallast* kan afhan-

149 In casu: levenslang, maar minimaal 10 jaar, dat wil zeggen dat bij overlijden van de gerechtigde binnen een periode van 10 jaar na vestiging de verplichting nog doorloopt tot het einde van deze 10-jaarperiode. Daarna vervalt de verplichting bij het overlijden van de gerechtigde. De eigenaar had zijn huis verkocht tegen een lijfrente die minimaal 10 jaar zou duren en daarna bij zijn overlijden zou eindigen.

150 OLG Koblenz 27 oktober 2005, 5 U 215/05, NJW-RR 2006/523 met verwijzing naar § 22 RPAGBGB.

151 H. Honsell / N.P. Vogt / T. Geiser, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, Basel 2015, Vor Art. 782-792, Nr. 1 (D. Jenny). H. Honsell / N.P. Vogt / T. Geiser, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, Basel 2015, Art. 782, Nr. 2 (D. Jenny).

152 H. Honsell / N.P. Vogt / T. Geiser, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, Basel 2015, Art. 782, Nr. 9 (D. Jenny).

153 H. Honsell / N.P. Vogt / T. Geiser, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, Basel 2015, Art. 782, Nr. 12 (D. Jenny).

kelijk worden gemaakt van een tegenprestatie door de *Reallast* zelf (het stamrecht) of de afzonderlijke prestaties die uit het stamrecht voortvloeien afhankelijk te maken van een opschortende voorwaarde.¹⁵⁴ Voor zover de prestaties niet in geld luiden, moeten zij in ieder geval een bepaalde geldwaarde hebben omdat de *Reallast* een verhaalsrecht is dat gericht is op verhaal op de opbrengst van gedwongen verkoop van de grond.¹⁵⁵ Afgaande op de rechtsgeleerde literatuur lijkt de *Grundlast* in Zwitserland niet veel praktische betekenis te hebben.¹⁵⁶ Het lijkt erop dat daarentegen de *Reallast* in Duitsland op iets grotere schaal wordt gebruikt.¹⁵⁷

4.7 Voorbeelden van een *Reallast*¹⁵⁸

Een heel traditioneel voorbeeld is een *Reallast* ter verzorging van oudere mensen, de zogenaamde *Leibgedinge*. In BGH 13 juli 1995¹⁵⁹ droeg een moeder een stuk grond aan haar kinderen over onder voorbehoud van een *Reallast* die hen ertoe verplichtte hun moeder te verzorgen in een mate die, gezien hun beroep, van de kinderen kon worden gevergd.

Een *Reallast* kan ook verplichten tot de levering van elektriciteit, water, warmte en warm water (BayObLG 9 december 1992)¹⁶⁰ en andere zaken, zelfs wanneer die zaken niet gewonnen worden op of uit de belaste grond. Om even bij één van de aan Nederland grenzende Bundesländer te blijven: de uitspraak van het Oberlandesgericht Düsseldorf 2 april 1986¹⁶¹ dat *Reallasten* in Nordrhein-Westfalen alleen kunnen bestaan in de vorm van een grondrente is waarschijnlijk fout.¹⁶²

In de uitspraak van 27 oktober 2005¹⁶³ werd een particulier woonhuis verkocht waarbij de koopprijs bestond uit een lijfrente waarbij maandelijks DM 9000 (geïndexeerd) zou worden betaald aan de verkoper. Deze ver-

154 Staudinger/Jörg Mayer (2009) BGB § 1105, nr. 47.

155 BGH 13 juli 1995, V ZB 43/94, BGHZ 130, 342, 345, NJW 1995/2780.

156 H. Honsell / N.P. Vogt / T. Geiser, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, Basel 2015, Vor Art. 782-792, Nr. 11 (D. Jenny).

157 Staudinger/Jörg Mayer (2009) Einl zu §§ 1105-1112.

158 Zie voor vele voorbeelden: Staudinger/Jörg Mayer (2009) BGB § 1105, nr. 15 e.v. en Münchener Kommentar zum BGB/Joost (2013), § 1105, nr. 23.

159 V ZB 43/94, NJW 1995/2780.

160 2Z BR 106/92, NJW-RR 1993/530, 531.

161 (9 U 228/85) *MittRhNotK* 1986/119.

162 H. Custodis: 'Reallasten in Nordrhein-Westfalen', *MittRhNotK* 1986/ 177.

163 OLG Koblenz 27 oktober 2005, 5 U 215/05.

plichting werd in de vorm van een *Reallast* gegoten. Dit voorbeeld laat tevens de sterke verwantschap zien met het instituut hypotheek, waarmee een grotendeels vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt. Deze vorm van *Reallast*, ook wel *Sicherungsreallast* genoemd, wordt wel gebruikt om beperkingen in de Duitse regeling van de *Grundschild* te omzeilen. Zo is het met een *Sicherungsreallast* gemakkelijker om terugkerende schulden te verzekeren van variërende hoogte of schulden die aan inflatiemaatstaven moeten worden aangepast.¹⁶⁴

In het geval van een *Sicherungsreallast* wordt een veelal contractuele vordering verzekerd met een *Reallast*. In zo'n situatie bestaan drie verschillende bindingen naast elkaar: de zakelijke binding van de grond (*Reallast*), de contractuele binding op grond van de overeenkomst en de binding op grond van § 1108 BGB waarin staat dat de grondeigenaar, tenzij anders bepaald, verbonden is voor de tijdens de duur van zijn eigendom opeisbaar geworden prestaties.¹⁶⁵

Een laatste voorbeeld: in OLG Düsseldorf 20 januari 2004¹⁶⁶ diende een *Reallast* ter verzekering van de kosten van instandhouding en gebruik en onderhoud van een gebouw.

Terug naar het Nederlandse recht. Aan eerdergenoemde wens ten aanzien van de verplichtingen tot een doen zou tegemoet gekomen kunnen worden door het aanpassen van art. 5:71 BW in de navolgende zin:

Artikel 71

"1. De last die een erfdiensbaaerheid op het dienende erf legt, bestaat in een verplichting om op, boven of onder een der beide erven iets te dulden, *doen*, of niet te doen. In de akte van vestiging kan worden bepaald dat de last bovendien een verplichting inhoudt tot het aanbrengen van gebouwen, werken of beplantingen die voor de uitoefening van diene erfdiensbaaerheid nodig zijn, mits deze gebouwen, werken en beplantingen zich geheel of gedeeltelijkge deeltelijk op het dienende erf bevinden of zullen bevinden.

2. De last die een erfdiensbaaerheid op het dienende erf legt, kan ook bestaan in een verplichting tot onderhoud van het dienende erf of van gebouwen, werken of beplantingen die zich geheel of gedeeltelijk op het

164 Staudinger/Jörg Mayer (2009) Einl. zu §§ 1105-1112.

165 Staudinger/Jörg Mayer (2009) Einl. zu §§ 1105-1112, nr. 61.

166 3 Wx 262/03, NJW-RR 2004/811.

~~dienende erf bevinden of zullen bevinden.~~ *Betreft de last een verplichting tot een doen, dan mag deze niet inhouden de enkele verplichting voor de eigenaar van het dienend erf tot het dragen van kosten of voldoen van betalingen. Dit lijdt uitzondering indien de verplichting nauw samenhangt met een andere in de erfdienstbaarheid opgenomen verplichting die niet tot inhoud heeft het dragen van kosten of voldoen van betalingen.*"

4.8 Wijziging/opheffing/verlegging

Zeker indien gekozen zou worden voor uitbreiding van de reikwijdte van de erfdienstbaarheid, kan gevaar bestaan voor 'overbelasting van de grond'.¹⁶⁷ Het bestaan van voldoende mogelijkheden voor het wijzigen of opheffen van de erfdienstbaarheid is dan belangrijk. Vgl. in dit verband het recentelijk in Zuid-Afrika verdedigde proefschrift van Sonja van Staden,¹⁶⁸ waarin zij in de samenvatting stelt:

"A comparative and theoretical overview indicates that a recent shift has taken place in the regulation of servitudes from an ex ante approach focussing on security and stability of property rights, towards a flexible regulation of servitudes by way of ex post controls that allow amendment or termination of obsolete or undesirable burdens on land. This shift is underpinned by the reality of changed circumstances and the need for servitudes, as long-standing property arrangements, to adapt to changes so as to ensure the productive use of land as a resource. With reference to Dutch, Scots, English and Louisiana state law, this dissertation considers ways to incorporate flexibility in servitude law, usually by way of statutory intervention."

En specifiek over het Nederlands recht:

"From the wide range of options provided in the BW for amendment of servitudes and for termination in a more limited capacity, the balance between the ex post and ex ante regulation of servi-

167 Een uitdrukking die in de parlementaire geschiedenis werd gebruikt om de beperkingen in de kwalitatieve verplichting te rechtvaardigen.

168 Sonja van Staden, *Ancillary rights in servitude law* (diss. Stellenbosch) december 2015.

tudes in Dutch law becomes apparent. BW 5:78-80 was specifically introduced to eliminate (or provide relief for) the unfair outcomes often resulting from the strict enforcement of longstanding legal relationships. Although servitudes are required to fall within the strict *numerus clausus* of permissible property rights, the content of any specific servitude is to a large extent up to the parties to determine. The *ex post* control measures available to regulate servitudes after creation are extensively formulated to ensure that the rights remain effective or are otherwise terminated. These *ex post* controls introduce a measure of flexibility into the regulation of servitudes. However, the strict rules regulating the allowable amendments to existing rights suggest that the stability of property law remains a high priority. Moreover, the discretion given to a judge in determining the most suitable remedy in a certain situation is an extremely valuable tool to ensure the fair outcome of applications for amendment or termination. Providing a judge with the discretion to create a remedy suitable to the specific facts of each case is a perfect example of the interest-outcome model in property disputes which will be discussed in further detail in Chapter 4. In conclusion, the flexibility provided in the Dutch servitude system not only advances the effective use of property, but also provides realistically for the needs of property owners to regulate their ownership entitlements according to their needs.¹⁶⁹

Op dit moment zijn er maar liefst vier bepalingen die wijziging of opheffing van een erfdienstbaarheid mogelijk maken, te weten de art. 5:73, 78, 79 en 80 BW.

Gaat het om wijziging op verzoek van de eigenaar van het heersend erf dan staat hem art. 5:80 BW ten dienste. Gezien de mogelijkheid om afstand te doen bestaat immers geen behoefte hem een separate opheffingsmogelijkheid te geven. Hierbij past wel een opmerking, namelijk dat art. 5:82 lid 2 BW de mogelijkheid opent dat in de akte van vestiging wordt bepaald dat de eerste twintig jaar afstand niet mogelijk is, wat onder omstandigheden vervelend kan uitpakken.¹⁷⁰

169 Te vinden op p. 85 van haar proefschrift.

170 Zie voor een schrijnende casus hierbij K. Everaars, 'De goederenrechtelijke *imprévision*-regeling: vuistregels voor de rechtspraak', *WPNR* 2015/7059.

Bij de eigenaar van het dienend erf echter zijn er meerdere opties. Gaat het om wijziging dan kan hij kiezen tussen de verleggingsregeling van art. 5:73 lid 2 BW of de wijzigingsmogelijkheid van art. 5:78 BW. Voor opheffing bestaat de keuze tussen art. 5:78 en 5:79 BW.

Als we uitgaan van de eigenaar van het *dienend* erf die wijziging van de erfdienstbaarheid verlangt, kan deze:

- a) zelf overgaan tot aanwijzing van een andere deel van het dienend erf mits deze verplaatsing zonder vermindering van genot voor de eigenaar van het heersend erf mogelijk is (het *ius variandi*);¹⁷¹
- b) aan de rechter verzoeken de erfdienstbaarheid te wijzigen op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding niet van de eigenaar van het dienende erf kan worden gevergd;
- c) aan de rechter verzoeken de erfdienstbaarheid te wijzigen indien ten minste twintig jaren na het ontstaan van de erfdienstbaarheid zijn verlopen en het ongewijzigd voortbestaan van de erfdienstbaarheid in strijd is met het algemeen belang.

Vraag is of de wijzigingsmogelijkheden niet eenduidiger en eenvoudiger kunnen worden gemaakt. In de praktijk blijkt het namelijk een lastige klus om na te gaan voor welk anker men moet gaan liggen om de kans op succes zo groot mogelijk te maken en is bovendien de succeskans gering.¹⁷² Bekijken we de wijzigingsmogelijkheden, dan zien we dat ex art. 5:78 sub a BW voor de eigenaar van het dienend erf de grond voor wijziging gelegen moet zijn in 'onvoorziene omstandigheden', een andere grond dan 'onvoorzienbare omstandigheden'. Voor het instellen van deze vordering wordt niet de eis gesteld dat tenminste een termijn van twintig jaar is verstreken, dit om een discrepantie tussen deze regeling en die van de kwalitatieve verplichting te voorkomen.¹⁷³

Voor de wijziging sub b geldt deze termijn wel, waarbij als rechtvaardiging hiervan is gewezen op de stabiliteit die in het goederenrecht gewenst zou zijn. Of stabiliteit eerst bereikt wordt indien een periode van ten minste twintig jaar is verstreken vragen we ons af nu de keuze voor een termijn van twintig jaar een arbitraire is geweest. Bij de bespreking van de

171 Hierover meer uitgebreid N.C. van Oostrom-Streep, 'Over verjaring, non-usus en verleggingsrechten: tot waar en wanneer strekt de erfdienstbaarheid?', *WPNR* 2013/6794.

172 Everaars 2015.

173 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 277 (MvA II).

termijn in de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer gaf regeringscommissaris Snijders aan dat het 'een kwestie is van de knoop doorhakken'.¹⁷⁴ Dat voor een termijn van twintig jaar werd gekozen en niet voor tien jaar, zoals bij de kwalitatieve verplichting¹⁷⁵ had te maken met het feit dat erfdiensbaarheden zakelijke rechten zijn en aan beide zijden gebonden. Nu de zakelijke rechten in beginsel de verhoudingen tussen burens bepalen is veel waarde gehecht aan de bestendigheid. Of de behoefte aan deze lange termijn nog bestaat is de vraag. De keuze voor erfdiensbaarheid, kwalitatieve verplichting of kettingbeding zal zoals gezegd dikwijls meer worden gemaakt op basis van de inhoudelijke mogelijkheden en stabiliteit in faillissement of executoriale verkoop. Hoe begrijpelijk de eis van stabiliteit in de wereld van het zakenrecht ook is, de stringente eisen die worden gesteld staan op gespannen voet met de wensen die leven in de praktijk. De grotere behoefte aan flexibiliteit zal naar onze mening maken dat een periode van tien jaar waarna wijziging of opheffing kan worden gevraagd meer in lijn is met de maatschappelijke vraag zonder afbreuk te doen aan de eis van bestendigheid. Hierbij komt dat met de verkorting van de termijn tot tien jaar aangesloten wordt bij de termijn van art. 6:259 BW die wordt gebruikt voor wijziging van kettingbeding of kwalitatieve verplichting zodat hier eenheid in bestaat. Die wens tot aansluiting bij genoemde figuren blijkt ook nadrukkelijk uit de parlementaire geschiedenis.¹⁷⁶

Uitgaande van de beide hiervoor genoemde uitgangspunten (eenheid in termijn en groeperen aanpassingsmogelijkheden) zou art. 5:78 BW er als volgt uit kunnen zien:

Artikel 78

"1. De rechter kan op vordering van de eigenaar van het dienende erf een erfdiensbaarheid ~~wijzigen of opheffen~~:

a. op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de erfdiensbaarheid niet van de eigenaar van het dienende erf kan worden gevergd;

174 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 280 (V.C. II).

175 Art. 6:259 lid 1 sub a BW (in de ontwerpfase nog art. 6.5.3.12). Grappig is dat Snijders vermeldt dat bij het beslissen over de termijn het driemanschap een termijn 'uit de termijntrommel van Meijers had gehaald'.

176 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 284 (MvA II).

b. indien ten minste twintig *tien* jaren na het ontstaan van de erfdienstbaarheid zijn verlopen en het ongewijzigd voortbestaan van de erfdienstbaarheid in strijd is met het algemeen belang.

2. *De eigenaar van het dienende erf kan de rechter verzoeken de erfdienstbaarheid op te heffen:*

a. *op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding niet van de eigenaar van het dienende erf kan worden gevergd;*

b. *indien ten minste twintig jaren na het ontstaan van de erfdienstbaarheid zijn verlopen en het ongewijzigd voortbestaan van de erfdienstbaarheid in strijd is met het algemeen belang;*

c. *indien de uitoefening daarvan onmogelijk is geworden of de eigenaar van het heersende erf geen redelijk belang bij de uitoefening meer heeft en het niet aannemelijk is dat de mogelijkheid van uitoefening of het redelijk belang daarbij zal terugkeren."*

Voor de onvoorziene omstandigheden en de complexe bewijslast die hierbij op de eigenaar van het dienend erf ligt verwijzen wij naar hetgeen hierboven over wijziging is vermeld. Hetzelfde geldt voor de termijn van twintig jaar.¹⁷⁷

In de praktijk is het problematisch dat het op grond van art. 165 OW niet mogelijk is om erfdienstbaarheden die zijn ontstaan onder het oude recht op te heffen op basis van art. 5:78 BW. Ratio hiervan is dat, nu een mogelijkheid als in art. 5:78 BW destijds niet bestond, partijen bij de vestiging van de erfdienstbaarheid er ook geen rekening mee hebben kunnen houden. Dit argument bevredigt niet in die zin dat ook onder het oude recht partijen er niet vanuit konden gaan dat hun recht te eeuwigden dage zou blijven bestaan en het klemt om erfdienstbaarheden die al gedurende lange tijd hun werking hebben kunnen laten voelen zonder meer te bevoordelen boven die welke veel korter bestaan.

Het verdient dan ook aanbeveling art. 165 OW te schrappen en de opheffingsmogelijkheid van art. 5:78 BW onverkort van toepassing te laten zijn op reeds onder het oud BW bestaande erfdienstbaarheden.¹⁷⁸

177 Sonja van Staden, Ancillary rights in servitude law, diss. Stellenbosch december 2015.

178 Omdat in deze systematiek de opschoning ook erfdienstbaarheden zou moeten betreffen die vóór de invoering van het oud BW al bestonden zouden ook de overgangswetten die daarop betrekking hebben moeten worden aangepast.

Gräler bekijkt de opheffingsproblematiek vrij van het dogmatisch kader en stelt: 'zonder (subjectief of objectief) nut geen erfdiensbaarheid'.¹⁷⁹ Hij pleit ervoor de drempels die nu nog bestaan voor het wijzigen of opheffen van een erfdiensbaarheid zo veel mogelijk te slechten.

Onder oud recht bestond de mogelijkheid dat een erfdiensbaarheid tenietging indien de gerechtigde ertoe gedurende een bepaalde periode geen gebruik van de erfdiensbaarheid had gemaakt (*de non-usus*).¹⁸⁰ Onder het huidige recht bestaat de figuur van *non-usus* niet meer,¹⁸¹ maar kan een erfdiensbaarheid tenietgaan door verjaring van de rechtsvordering tot opheffing van de onrechtmatige toestand (art. 3:81 lid 2 sub e BW jo. art. 3:306 BW). De vordering verjaart indien een met de erfdiensbaarheid strijdige toestand bestaat, en de eigenaar van het heersende erf gedurende twintig jaar geen gebruik heeft gemaakt van zijn rechtsvordering tot opheffing ervan. Belet de strijdige toestand de uitvoering van de erfdiensbaarheid, dan gaat met het tenietgaan van de rechtsvordering tot opheffing ook de erfdiensbaarheid teniet.¹⁸² Voor erfdiensbaarheden die niet zichtbaar of voortdurend zijn, zal het erg lastig zijn om verjaring te bewijzen. Gaat het bijvoorbeeld om een erfdiensbaarheid van overpad, op basis waarvan een buurman over de grond mocht lopen en het hek mocht openen, dan zal het feit dat er een hek staat niet te kwalificeren zijn als 'een met de erfdiensbaarheid strijdige toestand'. De eigenaar van het dienend erf zal dan een ondoorzichtige muur moeten plaatsen om een dergelijke toestand te creëren, het afsluiten met een hangslot lijkt me onvoldoende althans bewijstechnisch problematisch.

Het herinvoeren van de beëindigingsmogelijkheid op grond van *non-usus* biedt in dat kader wel degelijk meerwaarde en kan met name soelaas bieden in de situatie dat er op zich nog wel een belang aan te voeren valt, maar de eigenaar van het heersend erf gedurende twintig jaar gewoon ervoor heeft gekozen van uitoefening van de erfdiensbaarheid af te zien.

179 J.G. Gräler, 'Mede-eigendom, mandeligheid en erfdiensbaarheden: enkele notities over het Zwitserse zakenrecht', *WPNR* 2014/7039.

180 Art. 754 Oud BW dat luidde: 'Erfdiensbaarheden gaan ook teniet wanneer daarvan in dertig achtereenvolgende jaren geen gebruik is gemaakt. Deze dertig jaren beginnen niet te lopen dan van den dag waarop men eene blijkbare en met de erfdiensbaarheid strijdige daad heeft verrigt.'

181 Al heeft de Rb. Rotterdam op 24 december 2008 nog een uitspraak over *non-usus* gedaan, LJN BH1040.

182 Art. 3:106 BW.

Om te voorkomen dat *non-usus* leidt tot tenietgaan van rechtswege (met als gevolg dezelfde ondoorzichtigheid als bij verjaring) verdient het aanbeveling de *non-usus* op te nemen als afzonderlijke grond voor opheffing. Uitgaande van het harmoniseren van de termijnen en het groeperen van de acties zou art. 5:79 BW kunnen luiden als volgt:

Artikel 79

“De rechter kan op vordering van de eigenaar van het dienende erf een erfdienstbaarheid ~~wijzigen of~~ opheffen:

a. op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de erfdienstbaarheid niet van de eigenaar van het dienende erf kan worden gevergd;

b. indien ten minste tien jaren na het ontstaan van de erfdienstbaarheid zijn verlopen en het ongewijzigd voortbestaan van de erfdienstbaarheid in strijd is met het algemeen belang;

c. indien de uitoefening daarvan onmogelijk is geworden of de eigenaar van het heersend erf geen redelijk belang bij de uitoefening meer heeft en het niet aannemelijk is dat de mogelijkheid van uitoefening of het redelijk belang daarbij zal terugkeren;

d. indien van de erfdienstbaarheid gedurende een aaneengesloten periode van twintig jaar geen gebruik is gemaakt.”

4.9 Kenbaarheid oude erfdienstbaarheden

In de praktijk is een probleem het gebrek aan duidelijkheid over het al dan niet bestaan van erfdienstbaarheden alsook over de precieze inhoud en omvang ervan.¹⁸³ Onder het oude recht konden erfdienstbaarheden ontstaan door vestiging¹⁸⁴ en, voor wat betreft voortdurende en zichtbare erfdienstbaarheden door acquisitieve verjaring,¹⁸⁵ bestemming¹⁸⁶ en ‘herleving.’¹⁸⁷

Het zijn met name de drie laatstgenoemde categorieën die ervoor hebben gezorgd dat de openbare registers geen sluitend overzicht bieden van

183 Zie ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/520.

184 Art. 742 BW (oud).

185 Art. 744 BW (oud).

186 Art. 747 BW (oud).

187 Art. 748 BW (oud).

geldende erfdiensbaarheden. Weliswaar zijn erfdiensbaarheden die op grond van genoemde artikelen tot stand zijn gekomen inschrijfbaar in de openbare registers, maar ex 163 OW is art. 3:24 BW dat verkrijgers bescherming biedt tegen inschrijfbaar, maar de facto niet ingeschreven feiten, niet van toepassing indien inschrijving achterwege is gebleven. Ook voor verkrijging door verjaring onder het huidige BW is de bescherming van art. 3:24 BW uitgesloten door lid 2 sub e. Weliswaar is het Kadaster bezig met een inhaalslag in het zichtbaar maken van erfdiensbaarheden, maar sluitend is de registratie, mede door kadastrale vernumeringen, niet.

Daverschot signaleert terecht dat er enorme registervervuiling optreedt omdat niet steeds kenbaar is op welk (gedeelte van een) perceel de erfdiensbaarheid precies ziet en wat de exacte inhoud is.¹⁸⁸ Ook is geregeld niet duidelijk of de erfdiensbaarheid nog van kracht is, bijvoorbeeld als deze geacht wordt slechts te gelden gedurende een bepaalde periode ('gedurende de bouw'). Omdat notarissen vrezen niet aan hun zorgplicht te voldoen indien ze niet alle erfdiensbaarheden in hun akten opnemen, worden geregeld alle passages in voorgaande titels van aankomst betreffende erfdiensbaarheden gekopieerd. Niettegenstaande de goede aanbevelingen die Daverschot doet om toekomstige vervuiling tegen te gaan blijft het verleden de praktijk achtervolgen en zijn draconischer acties noodzakelijk.

Omdat het een '*mer à boire*' zou zijn om alle bepalingen die rechtstreeks of zijdelings met voormelde problematiek te maken hebben te wijzigen, lijkt er ruimte te bestaan voor een 'stoutmoedig' voorstel, gebaseerd op een Schots voorbeeld.

Op 28 november 2004 (*the Appointed Day*) werd in Schotland het feodale stelsel afgeschaft. Met de afschaffing van dit systeem werd tevens een einde gemaakt aan het bestaan van een groot aantal grondgebonden verplichtingen die niet kenbaar waren uit de openbare registers. Om gerechtigden toch de kans te geven hun rechten geldend te maken werd hun voorafgaande aan de *Appointed Day* de (zeer beperkte) mogelijkheid geboden een aanspraak op een perceel grond in te schrijven in de openbare registers op straffe van verval van hun aanspraken.¹⁸⁹

188 M.K. Daverschot, 'Voorkoming kadastrale besmetting in de notariële praktijk', *WPNR* 2013/6984.

189 Zie voor een uitgebreid overzicht A.J.M. Steven, 'Revolution in Scottish land law', *EJCL*, Vol. 8.3 October 2004, via ejcl.org/83/art83-5.html.

In lijn met deze ingreep zou het voorstel zijn het vaststellen van een moment waarop alle erfdienstbaarheden geacht worden ingeschreven te zijn in en derhalve kenbaar uit de openbare registers. Door het vaststellen van een dergelijke *Appointed day* kan het tijdstip van aanvang van de verjaring echter nooit verder liggen dan twintig jaar voorafgaand aan deze dag, wat de bewijsbaarheid ten goede komt.

Erfdienstbaarheden die niet aangemeld en ingeschreven zijn vervallen met ingang van de *Appointed Day* waarna de registers hiermee in overeenstemming kunnen worden gebracht. Voordeel van een dergelijke ingreep zou zijn dat de registers kunnen worden 'opgeschoond' en erfdienstbaarheden die slechts nog op papier bestaan maar de facto niet meer worden uitgeoefend ook uit de registers verdwijnen.¹⁹⁰

Een dergelijke schoonmaakactie, die in het verleden bij ons enkele malen is toegepast bij oude hypotheke, lijkt echter niet gerechtvaardigd voor erfdienstbaarheden waartoe een poging tot geldige vestiging is gedaan, maar die door een fout van bijvoorbeeld de notaris niet tot stand zijn gekomen. Degene die te goeder trouw meent deze erfdienstbaarheid te hebben verkregen, zal niet op het idee komen om deze erfdienstbaarheid die hij wellicht in de tussentijd door verjaring heeft verkregen, te laten inschrijven.¹⁹¹

De rechtsgeschiedenis levert wel meer voorbeelden op zoals een schoonmaakactie in het Kanton Glarus in 1842, waarbij houders van ongeregistreerde rechten op onroerend goed werden opgeroepen om hun rechten binnen een bepaalde periode te laten registreren. Het ongebruikt laten verstrijken van de deadline liet het recht dan vervallen. Recent moest deze wetgeving worden toegepast door het Kantonsgericht Glarus.¹⁹²

5 Conclusie

De wijzigingen die in dit preadvies voor het burendrecht, de mandeligheid en erfdienstbaarheden worden voorgesteld, bestaan voor een deel uit

¹⁹⁰ In lijn met het betoog van Gräler, die overigens ook pleit voor een eenvoudige administratieve mogelijkheid om 'nutteloze' erfdienstbaarheden uit de openbare registers te verwijderen: Gräler 2014.

¹⁹¹ Zie voor een dergelijk voorbeeld: HR 2 februari 2010, NJ 2010/294 (*Rode-wijk/Bouwman*).

¹⁹² Vonnis van 20 december 2012 (*Ewiges Licht*) ZG.2011.00992.

kleinere aanpassingen die niet heel erg ingrijpen in ons goederenrecht en vermoedelijk ook niet op veel bezwaren zullen stuiten. De belangrijkste voorstellen zijn die over de verbetering van de registratie van verjaringsverkrijging, de verruiming van de toepassingsmogelijkheden van mandeligheid en de introductie van de mogelijkheid om ook verplichtingen tot een doen kwalitatief aan onroerende zaken te koppelen. Het eerste en het laatste voorstel geven aanleiding tot ook meer fundamentele vragen over de wenselijkheid van verjaringsverkrijging zoals dat naar huidig recht is vorm gegeven en over de wenselijkheid van het verbinden van verplichtingen aan onroerende zaken. Discussies zullen ongetwijfeld ook gaan over de technische uitwerking. Moge dit preadvies dienen als een eerste aanzet daartoe.

In de voetnoten verkort aangehaalde literatuur

Van Acht 1990

R.J.J. van Acht, *Burenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990.

Everaars 2015

K. Everaars, 'De goederenrechtelijke imprévision-regeling: vuistregels voor de rechtspraak', *WPNR* 2015/7059.

Gräler 2003

J.G. Gräler, *Mandeligheid* (diss. Nijmegen) (Ars Notariatus 121), Deventer: Kluwer 2003.

Gräler 2014

J.G. Gräler, *Mandeligheid en erfdiensbaaheden*, Mon. BW nr. B27, Deventer: Kluwer 2014.

Van Nispen 1982

C.J.J.C. van Nispen, 'Het burenrecht in het NBW', in: *Rechtsgeleerde opstellen*, Vervaardigd door leden van het Leids Juridisch Dispuut 'Juri Sacrum' ter gelegenheid van het honderdjarig bestaan van het dispuut, Deventer: Kluwer 1982.

Van Oostrom-Streep 2006

N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting*, (diss. Utrecht), Den Haag: BJu 2006.

Van Velten 2015

A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed (Ars Notariatus 120)*, Deventer: Kluwer 2015.

Wibbens-de Jong 2009

A.C. Wibbens-de Jong, *Burenrecht*, Mon. BW, nr. B26, Deventer: Kluwer 2009.

VI Erfpacht en opstal (titels 7 en 8)

If it ain't broke, don't fix it

*Prof. mr. S.E. Bartels, prof. dr. V. Sagaert, mr. V. Tweehuysen
en mr. F.J. Vonck*

1 Inleiding

Is wijziging van de regelingen van erfpacht en opstal in het Nederlandse BW dringend nodig? Gebeuren er (anders) ongelukken? Vormt Boek 5 op dit moment een obstakel voor het realiseren van gerechtvaardigde wensen van de praktijk? Is er sprake van fnuikende rechtsonzekerheid waaraan alleen de wetgever een einde kan maken? Nee hoor, wees gerust. Onze indruk is dat de praktijk heel behoorlijk uit de voeten kan met de wettelijke regeling. De rechtsonzekerheden die er zijn, zijn inherent aan elke regeling. Elke alternatieve regeling zal een bron zijn van nieuwe twijfelgevallen. Open normen en vage normen zijn onvermijdelijk en nuttig en leiden ertoe dat je niet steeds op voorhand met zekerheid zult kunnen vaststellen of een bepaalde constructie 'het zal houden'. Kort samengevat is er wat ons betreft geen reden om Boek 5 met de sloophamer te lijf te gaan. Wie niet al te strikt in de dogmatische leer is, kan met de bestaande wettelijke regeling goed uit de voeten.

Het voorgaande betekent niet dat we in het geheel geen wensenlijstje hebben. In deze bijdrage staan we stil bij enkele mogelijke knelpunten in de regeling van erfpacht en opstal en onderzoeken we op welke wijze de wet gewijzigd zou kunnen worden teneinde gesignaleerde knelpunten op te lossen. De ideeën die we daarbij ontwikkelen, zijn deels geïnspireerd door het Belgische recht. Aan dat rechtstelsel ontleen we bijvoorbeeld de principiële gedachte dat de erfpachter – voor de duur van het erfpachtrecht – eigenaar wordt van de gebouwen, werken en beplantingen die zich op of in de in erfpacht gegeven onroerende zaak bevinden. Het recht van opstal heeft dan geen zelfstandig bestaansrecht meer en kan worden afgeschaft. Deze gedachte werkt uiteraard door in tal van andere vraagstukken. Deze bijdrage is te beschouwen als een verkenning van een wettelijke regeling, zoals wij die zouden opstellen als we niet te maken zouden hebben met een behoorlijk functionerend wettelijk stelsel. Anders

gezegd: als we op een wit vel papier zouden beginnen, hoe zouden wij de regeling dan vormgeven? We doen daarnaast suggesties voor enkele wat minder ingrijpende aanpassingen van de wet, voor het geval de wetgever wel open mocht staan voor kleine retouches, maar niet voor een meer fundamentele ombouw.

2 De opzet van dit preadvies en wat we niet bespreken

Er zijn rechtsvragen van goederenrechtelijke aard die *kunnen* spelen als een erfpacht- en/of opstalrecht betrokken is, maar die niet specifiek zijn voor deze beperkte rechten. Gedacht kan worden aan de relativering van het tenietgaan van beperkte rechten door vermenging, aan rangwisseling en aan stapeling van beperkte rechten. We hebben besloten sommige van deze rechtsvragen wel te behandelen en andere niet. We hebben een soft criterium beslissend laten zijn: hebben wij het gevoel dat de kwestie in de praktijk in het bijzonder van belang is als erfpacht en opstal in het spel zijn? Bij de keuze van de onderwerpen hebben wij ons bovendien laten inspireren door de suggesties die ons vanuit het notariaat bereikten: M. Straatman en L. Hartman vestigden onze aandacht op het belang van rangwisseling tussen andere beperkte rechten dan hypotheek; G. van Driel en G. Mulder benadrukten het belang van een duidelijker opzeggings- en vergoedingsregime in art. 5:87 BW. De door hen aangedragen pijnpunten komen hierna goeddeels aan bod. Wij bespreken achtereenvolgens de noodzaak en het nut van een afzonderlijke regeling van het opstalrecht (par. 3), het zogenoemde stapelverbod (par. 4), de vermeende onmogelijkheid van rangwisseling (par. 5) en de wenselijke wijzigingen in de opzeggingsregeling (par. 6).

Er zijn ook vragen waarover in de praktijk zenuwachtigheid bestaat, maar die naar onze mening niet door de wetgever kunnen of zouden moeten worden beantwoord. Zo wordt er verschillend gedacht over het antwoord op de vraag of het appartementsrecht 'exclusief' is in die zin dat men niet door middel van opstalrechten een quasi-splitsing tot stand kan brengen. Naar onze mening bestaat een dergelijke exclusiviteit niet; de wet bepaalt dat immers nergens en het vloeit evenmin voort uit het wettelijk systeem. Elk van de regelingen – opstal (titel 8) en appartementsrechten (titel 9) – hebben hun eigen toepassingsgebied dat wordt afgegrensd door de wet-

telijke omschrijving. Blijft men daarbinnen, dan is het oké.¹ Het is onwenselijk de niet-exclusiviteit met zoveel woorden in de wet op te nemen, omdat dat de gedachte zou kunnen doen postvatten dat allerlei andere goederenrechtelijke rechten wel hun eigen exclusieve domein hebben. En dat is niet zo. Een overbouw kan op tal van manieren goederenrechtelijk legaal zijn: omdat er een erfdiensbaarheid is gevestigd, of een opstalrecht of een erfpachtrecht. Er is geen reden de wetgever te vragen een voorkeur uit te spreken. De vraag kan ook rijzen óf men binnen de kaders van de wettelijke omschrijving en het wettelijk systeem blijft. Is het mogelijk een erfpachtrecht te vestigen op de grond met als inhoud het genotsrecht van de bovenste verdieping van een flatgebouw? Kan dezelfde bovenste verdieping worden verzelfstandigd door het vestigen van een opstalrecht? De antwoorden op deze vragen liggen besloten in de begrippen 'gebouwen' en 'werken' en de feiten van het concrete geval. Wij menen dat het niet wijs zou zijn om te proberen door middel van wetgeving een duidelijke grens te trekken. Dit zou de praktijk en de rechtsontwikkeling alleen maar in de weg zitten.

3 Het bestaan van het opstalrecht naast het erfpachtrecht

3.1 Algemeen

Bij de totstandkoming van het huidige Burgerlijk Wetboek kwam reeds de vraag aan de orde wat de noodzaak is van het bestaan van het recht van opstal naast het recht van erfpacht.² Ook na de invoering van het BW in 1992 is de rechtvaardiging voor het bestaan van het recht van opstal in de rechtsliteratuur ter discussie gesteld.³ Inderdaad kan vanuit *juridisch*

- 1 Zie en vgl. voor eenzelfde benadering in het Belgische recht: V. Sagaert, 'Volume-eigendom. Een verkenning van de verticale grenzen van het eigendomsrecht', *TPR* 2009, p. 69-73.
- 2 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 355 e.v. De redenen waarom de wetgever ervoor heeft gekozen om het opstalrecht als afzonderlijke rechtsfiguur te handhaven, zijn, kort gezegd, erin gelegen dat de praktijk er behoefte aan heeft af te kunnen wijken van de regel van verticale natrekking en historisch gezien het opstalrecht betrekking heeft op eigendom van opstallen en het erfpachtrecht niet.
- 3 A. Slaski, 'Stapelning van beperkte rechten op onroerende zaken', *WPNR* 2009/6789, p. 200-207. Zie ook Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/247; H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 175-176.

oogpunt de vraag gesteld worden wat de meerwaarde is van het opstalrecht.

Tussen het erfpachtrecht en het opstalrecht bestaan veel overeenkomsten. Dit blijkt alleen al uit de overeenkomstige toepassing van diverse bepalingen uit titel 7 van Boek 5 betreffende erfpacht op het recht van opstal (art. 5:104 BW). Maar ook kunnen partijen, door de ruimte die de wet biedt, aan het recht van erfpacht en het recht van opstal vergelijkbare rechtsgevolgen verbinden.

De gerechtigde tot het recht van opstal verkrijgt de eigendom van de opstallen waarop het opstalrecht betrekking heeft (art. 5:101 lid 1 BW), maar de bevoegdheden van de opstaller in relatie tot de opstallen kunnen in de vestigingsakte worden beperkt (art. 5:102 BW). Voor het overige heeft de opstaller ten aanzien van de zaak waarop het opstalrecht rust, de bevoegdheden die voor het genot van zijn recht nodig zijn, maar ook hiervan kan in de vestigingsakte worden afgeweken (art. 5:103 BW), waarbij de bevoegdheden kunnen worden beperkt of uitgebreid. Het erfpachtrecht geeft de erfpachter hetzelfde genot van de zaak als een eigenaar (art. 5:89 lid 1 BW), maar ook daarvoor geldt dat van dit uitgangspunt in de akte van vestiging kan worden afgeweken, waardoor de bevoegdheden van de erfpachter kunnen worden ingeperkt.⁴

De erfpachter is dus in beginsel gerechtigd tot het volledige genot van de gehele onroerende zaak – dat wil zeggen de eigendom van de grond, die de opstallen omvat (art. 5:20 lid 1 onder e en f BW) – terwijl het recht van de opstaller primair ziet op de opstallen en slechts in beperkte mate op de grond. Deze uitgangspunten kunnen door middel van een regeling in de vestigingsakte echter geheel worden verlaten, zo volgt uit de zojuist besproken wetsartikelen. Zo kan een erfpachtrecht, hoewel het rust op de gehele zaak, inhoudelijk beperkt zijn tot bevoegdheden met betrekking tot een bepaald gebouw. En zo kan een opstalrecht net als een erfpachtrecht het genot van de zaak als een eigenaar geven, niet alleen ten aanzien van de opstal, maar ook ten aanzien van de grond.⁵ Ook tussenvarianten zijn denkbaar en mogelijk. Het doet daarvoor niet ter zake of het

4 Vgl. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/221, 247, 252-254. Zie ook F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2013, p. 141-145.

5 Mits deze bevoegdheden maar in voldoende verband staan met het opstalrecht, zie *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 361.

een erfpacht- of opstalrecht betreft. De constatering dat in een bepaald geval een erfpachtrecht of juist een opstalrecht is gevestigd, zegt daarom nog niet zo veel; steeds zal aan de hand van de vestigingsakte moeten worden bepaald wat de precieze inhoud van het recht is.

Niettemin bestaat er natuurlijk wél een verschil tussen erfpacht en opstal. Het verschil tussen het erfpachtrecht en opstalrecht is gelegen in de eigendom van de opstallen die het opstalrecht – in tegenstelling tot het erfpachtrecht – met zich brengt. De verticale natrekking van art. 5:20 lid 1 onder e en f BW kan door het opstalrecht worden doorbroken en de gerechtigde tot het opstalrecht verkrijgt de eigendom van de betrokken gebouwen, werken of beplantingen.⁶

Dat is althans het wettelijke kader. In de literatuur is erop gewezen dat het eigendomsrecht van de opstaller wel een merkwaardige – atypische – vorm van eigendom is. Heyman karakteriseert het als economische eigendom. Het eigendomsrecht van de opstaller is namelijk afhankelijk van het opstalrecht (art. 3:7 BW). De eigendom van de opstallen kan niet zelfstandig overgedragen of bezwaard worden. Beschikken over dat eigendomsrecht kan alleen door overdracht of bezwaring van het opstalrecht. Het eigendomsrecht gaat teniet wanneer het opstalrecht tenietgaat. Voorts kan, zoals gezegd, op grond van art. 5:102 BW het eigendomsrecht van de opstaller inhoudelijk en in tijd beperkt worden. Deze kenmerken laten zien dat het hier geen normaal eigendomsrecht betreft; de opstaller verkrijgt eigenaarsbevoegdheden, maar in zekere zin niet de normale, juridische eigendom.⁷

Hét kenmerkende verschil met het erfpachtrecht, het eigendomsrecht, is bij nader inzien dus toch niet zo kenmerkend voor het opstalrecht. Zowel het erfpachtrecht als het opstalrecht kan eigenaarsbevoegdheden ver-

- 6 Het opstalrecht kan ook gebruikt worden als bevoegdheidsgrondslag voor het in eigendom hebben van gebouwen of werken die ook zonder het opstalrecht aan een andere eigenaar dan de eigenaar van de grond zouden toebehoren, zoals in geval van een horizontaal nagetrokken overbouw (Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/248), maar daarin is de meerwaarde van het opstalrecht niet gelegen, omdat dit resultaat ook door middel van (bijvoorbeeld) een erfdienstbaarheid kan worden bereikt.
- 7 H.W. Heyman, 'Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller', in: W.G. Huijgen (red.), *2000 jaar eigendom en beperkte rechten. Bundel ter gelegenheid van het afscheid van mr. A.J.H. Pleysier*, Deventer: Kluwer 2005, p. 19-31. Zie ook A. Slaski, 'Stapelning van beperkte rechten op onroerende zaken', *WPNR* 2009/6789, p. 200-207.

schaffen; het uitgangspunt is dat het opstalrecht dat doet ten aanzien van de opstallen en dat erfpacht dat doet ten aanzien van de onroerende zaak (dat wil zeggen, de grond inclusief daarmee duurzaam verenigde opstallen) in zijn geheel,⁸ maar van deze uitgangspunten kan door partijen worden afgeweken. Doordat het opstalrecht in zekere zin geen échte eigendom aan de opstaller verschafft, kan ieder resultaat dat met het opstalrecht wordt beoogd ook met het erfpachtrecht worden bereikt: beide rechten bieden absolute, faillissementsbestendige en door partijen vorm te geven gebruiks- en genotsrechten ten aanzien van object.

3.2 Samenvoeging erfpacht en opstal tot één beperkt recht?

Nu het opstalrecht *juridisch* geen meerwaarde biedt ten opzichte van erfpacht, is de vraag gerechtvaardigd of dit beperkte recht afgeschafst dient te worden, of dat het opstalrecht en het erfpachtrecht op enigerlei wijze 'ineengeschoven' moeten worden tot één type. Beide oplossingen zijn in de literatuur bepleit.⁹ Uiteraard is de derde mogelijkheid dat het opstalrecht naast het erfpachtrecht blijft voortbestaan.

Alleen al omdat de rechtspraktijk vertrouwd is met het opstalrecht en dit beperkte recht naar behoren functioneert, zien wij geen reden tot afschaffing ervan. Het opstalrecht is bovendien vanuit *praktisch* oogpunt wél van waarde. Het eigendomsrecht van de opstaller is op dogmatische gronden weliswaar geen gewoon eigendomsrecht, maar desalniettemin wordt in de praktijk waarde toegekend aan het eigenaar zijn op grond van een opstalrecht.¹⁰ Alleen al om die reden moet het opstalrecht in enigerlei

- 8 Ploeger ziet in dit verschil een rol voor het opstalrecht weggelegd: bij het opstalrecht staat, in tegenstelling tot bij het erfpachtrecht, niet de exploitatie van de grond centraal, maar van de opstal, zie Ploeger 1997, p. 177-178.
- 9 Slaski pleit voor afschaffing, A. Slaski, 'Stapelning van beperkte rechten op onroerende zaken', *WPNR* 2009/6789, p. 200-207. Van Velten bepleit dat de erfpachter eigenaar zou moeten worden van de door hem gestichte opstallen, A.A. van Velten, 'Privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht', in: A.A. van Velten e.a., *Erfpacht. Preadvies (...) voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap te houden te Nijmegen op 22 september 1995*, Lelystad: Koninklijke Vermande B.V. 1995, p. 77-78. Zie ook Asser/Mijnsen, Van Velten & Bartels 5* 2008/221; F.J. Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, Boek 5, Titel 8, Algemeen, aant. 14.1 (online, laatst bijgewerkt op 28 september 2015).
- 10 F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2013, p. 54-55.

vorm behouden blijven. Zou men toch overwegen het opstalrecht geheel af te schaffen, dan zou onderzoek nodig zijn naar de consequenties van die afschaffing voor het gedrag van, met name buitenlandse, actoren die waarde hechten aan het zijn van eigenaar op grond van hun opstalrecht. Sterker nog, dat in de praktijk waarde wordt toegekend aan het predicaat *eigenaar* dat de opstaller heeft, roept de vraag op of de erfpachter niet ook die titel verdient. Hiervoor bleek immers dat de positie van de erfpachter en de opstaller niet wezenlijk verschilt. De erfpachter kan net zo goed als de opstaller een positie hebben die te kwalificeren is als economische eigendom.¹¹ Van Velten wees er in het preadvies van 1995 al op dat het voor een niet-jurist niet goed te begrijpen is dat hij als erfpachter geen eigenaar van de door hem gestichte opstallen wordt. Hij bepleitte dat de wet in deze zin gewijzigd zou moeten worden.¹²

In het Belgische recht verkrijgt de erfpachter al van rechtswege eigendom van de opstallen.¹³ Dit was ook voorzien in het ontwerp voor een nieuw Nederlands BW uit 1898.¹⁴ Voor het huidige BW heeft de wetgever bewust van een dergelijke regeling afgezien, overigens zonder al te overtuigende toelichting.¹⁵ Indien Boek 5 BW gewijzigd wordt, verdient

11 F.J. Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, Boek 5, Titel 7, Algemeen, aant. 25 (online, laatst bijgewerkt op 28 september 2015).

12 A.A. van Velten, 'Privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht', in: A.A. van Velten e.a., *Erfpacht. Preadvies (...) voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap te houden te Nijmegen op 22 september 1995*, Lelystad: Koninklijke Vermande B.V. 1995, p. 77-78.

13 Zie par. 3.5.

14 In een opstalrecht was in het ontwerp uit 1898 niet voorzien. Art. 54 lid 2 van het ontwerp bepaalde: 'Niettemin is hij, die den grond van een ander krachtens zake-lijk of persoonlijk recht onder zich heeft, eigenaar van de met dien grond verbonden zaken, indien en zoolang hij het recht heeft ze weg te nemen.' *Ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek der Koningin aangeboden door de Staatscommissie tot voortzetting der herziening ingesteld bij Besluit van wijlen Zijne Majesteit Koning Willem III van 22 augustus 1887, no. 24. Tweede boek*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1899, p. 155.

15 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 355: 'Het is ongewenst dat bestanddelen van een onroerende zaak een afzonderlijke eigenaar zouden kunnen hebben zonder dat daarvan naar buiten blijkt. Daarom kan volgens het ontwerp, behalve in enkele speciale gevallen (erfdienstbaarheid, mandeligheid) een afzonderlijk eigendomsrecht van gebouwen, werken en beplantingen slechts ontstaan als een recht van opstal in de openbare registers is ingeschreven.' Het door de wetgever genoemde bezwaar doet zich slechts voor bij de persoonlijke rechten, die in art. 54 lid 2 van het ontwerp van 1898 werden genoemd, maar niet in geval de erfpachter eigenaar wordt gemaakt. Dan blijkt immers uit de openbare registers dat er een erfpachter is.

het aanbeveling de erfpachter alsnog de eigendom van de opstallen toe te kennen. Dit doet recht aan de economische en maatschappelijke positie van de erfpachter. Een wetsbepaling die dit mogelijk maakt, zou kunnen worden toegevoegd aan art. 5:85 BW als nieuw lid 3 en zou als volgt kunnen luiden:

Artikel 85

“1. Erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken.

2. In de akte van vestiging kan aan de erfpachter de verplichting worden opgelegd aan de eigenaar op al dan niet regelmatig terugkerende tijdstippen een geldsom – de canon – te betalen.

3. *De erfpachter is eigenaar van de gebouwen, werken en beplantingen waarvan hij krachtens zijn erfpachtrecht het exclusieve genot heeft.*”

Hetzelfde resultaat is overigens op dit moment al te bereiken door een (van het erfpachtrecht afhankelijk) opstalrecht te vestigen, wat in belangrijke mate de urgentie aan ons idee ontnemt. Helemaal zonder belang is toekenning van eigendom aan de erfpachter echter niet. Wanneer een erfpachter aan een derde eigendom van *bepaalde* opstallen zou willen verlenen, is een stelsel waarin hij dat zonder meer kan realiseren door het vestigen van een ondererfpachtrecht (hierover straks meer) minst genomen duidelijker dan een stelsel waarin men zich moet afvragen of het vestigen van een ondererfpacht tot gevolg heeft dat het reeds gevestigde opstalrecht wordt gesplitst als gevolg van het afhankelijke karakter.

Mocht de keuze worden gemaakt in de wet op te nemen dat de erfpachter eigenaar is van de zich op of in de grond bevindende gebouwen, werken en beplantingen, dan kan het opstalrecht in de vorm zoals dat nu bestaat afgeschaft worden, zodat niet meer twee sterk op elkaar gelijkende beperkte rechten naast elkaar bestaan. Er bestaat dan slechts één recht, het erfpachtrecht, waaraan op de gebruikelijke wijze door partijen invulling gegeven kan worden en dat van rechtswege eigendom van de opstallen die zich daarvoor lenen met zich brengt. De twee beperkte rechten worden dus samengevoegd tot één type. Dit is niet alleen een kwestie van systematische elegantie, maar bovendien wordt op deze manier het probleem van ‘kruisingse stapeling’, waarop in de volgende paragraaf ingegaan wordt, weggenomen.

Op dit moment bestaat namelijk onzekerheid over het antwoord op de vraag of een erfpachter een opstalrecht en een opstaller een erfpachtrecht kan vestigen,¹⁶ terwijl hieraan in de praktijk behoefte bestaat.¹⁷ Naar onze mening zou het mogelijk moeten zijn dat een erfpachter een (onder)opstalrecht vestigt op zijn erfpachtrecht (en andersom), uiteraard onder vergelijkbare beperkingen die thans gelden voor het recht van ondererfpacht en -opstal uit art. 5:93 BW, dat wil zeggen dat deze mogelijkheid bij de vestiging van de erfpacht uitgesloten kan worden en het opstalrecht in beginsel eindigt indien het erfpachtrecht eindigt. In het nemo plus-beginsel zien wij geen bezwaar, juist vanwege het feit dat het 'eigendomsrecht' dat de opstaller verkrijgt de atypische kenmerken heeft waarover wij eerder in deze paragraaf schreven.

Indien het erfpachtrecht en het opstalrecht op de beschreven wijze ineen-geschoven worden, doet de problematiek van de kruisingse stapeling zich niet meer voor. Er is dan immers alleen nog maar sprake van erfpachtrechten, en erfpachters kunnen op grond van art. 5:93 BW hun erfpachtrecht in ondererfpacht uitgeven. De erfpachter, die eigenaar is van de opstallen, kan dan een ondererfpachtrecht vestigen dat ook betrekking heeft op die opstallen.

In de hier beproefde gedachte wordt de erfpachter onder alle omstandigheden van rechtswege eigenaar van de opstallen die vatbaar zijn voor eigendom. Alternatieven zijn echter denkbaar. Wij hebben nagedacht over verschillende manieren waarop de eigendom van de erfpachter vorm gegeven zou kunnen worden en hoe dit uit zou werken. Zo zou de mogelijkheid van het verkrijgen van eigendom door de erfpachter kunnen worden beperkt, in die zin dat dit slechts mogelijk zou zijn, wanneer het door de erfpachter te stichten opstallen betreft (vgl. art. 5:118a BW voor het appartementsrecht), of wanneer de erfpachter een wegneemrecht (art. 3:89 lid 3 BW) of vergoedingsrecht (art. 5:99 BW) heeft. Dit laatste zou aansluiten bij de economische positie die de erfpachter in die gevallen heeft. Anderzijds worden dergelijke beperkingen ook niet aan het huidige opstalrecht gesteld. Om die reden zouden wij deze beperkingen ook niet

16 Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/248.

17 A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariusus 120), Deventer: Kluwer 2015, par. 12.11; H.W. Heyman, 'Kan een opstalrecht worden gevestigd door een erfpachter of een appartementseigenaar?', *WPNR* 1999/6542, p. 52.

willen stellen aan het eigendomsrecht van de erfpachter, indien daarmee een afschaffing van het huidige opstalrecht gepaard gaat.

We hebben ook overwogen het verkrijgen van eigendom van de opstallen door de erfpachter aan de keuze van partijen over te laten, door in de wet te bepalen dat dit in de vestigingsakte geregeld kan worden. Wij dachten daarbij vooral aan een regeling waarin de optie 'eigendom' in beginsel 'aan' staat, maar door partijen in de vestigingsakte 'uit' kan worden gezet. Ook dit idee hebben we laten varen. Naar onze mening is het om de genoemde redenen wenselijk dat erfpachters de eigendom verkrijgen van de opstallen. Daarmee rijmt niet dat partijen de keuze gegeven wordt om de erfpachter al dan niet eigendom te verschaffen. Naar ons idee geldt dit zowel voor bestaande erfpachtrechten als voor toekomstige erfpachtrechten. Om die reden zouden wij een uitzondering willen aanvaarden op het overgangsrechtelijke systeem dat voor de Boeken 3 tot 10 BW is neergelegd in art. 69 aanhef en onder a Overgangswet NBW en zou de voorgestelde regeling met onmiddellijke werking moeten worden ingevoerd.

Het is van belang op te merken dat de erfpachter die geen exclusief gebruiksrecht heeft van een object dat zich leent voor afzonderlijke eigendom, ook geen eigendomsrecht zal verkrijgen op grond van deze voorgestelde regeling. Hiermee bedoelen wij dat indien een erfpachter op grond van zijn erfpachtrecht bijvoorbeeld het genot heeft van slechts een kamer binnen een gebouw,¹⁸ de erfpachter géén eigenaar wordt van deze kamer, omdat dit geen object is dat zich leent voor zelfstandige eigendom. Evenals bij het huidige opstalrecht is voor het verkrijgen van eigendom vereist dat de bevoegdheden van de erfpachter betrekking hebben op een gebouw, werk of beplanting. Hebben die bevoegdheden daar geen betrekking op, dan heeft de erfpachter weliswaar een erfpachtrecht, maar is daaraan niet het eigendomsrecht van de opstallen verbonden.

3.3 Eigendomsverlies erfverpachters niet in strijd met art. 1 EP

Het voorgaande betekent dat, indien een wetsbepaling zoals hiervoor geformuleerd in werking zou treden, erfverpachters hun eigendomsrecht van de opstallen verliezen. Hierbij moet echter bedacht worden dat het

¹⁸ Over of dit überhaupt mogelijk is, bestaat overigens discussie, zie hierover Vonck 2013, p. 64-65.

verkrijgen van eigendom door de erfpachter om commerciële of gevoelsmatige redenen voor partijen van belang kan zijn, maar, zoals besproken ten aanzien van het huidige opstalrecht, tegelijkertijd niet meer dan een 'label' is. De erfpachter die eigenaar van de opstallen wordt, verkrijgt niet ineens meer bevoegdheden dan hij had op grond van zijn erfpachtrecht. Bovendien is het eigendomsrecht dat de erfpachter verkrijgt afhankelijk van het erfpachtrecht, net zoals het eigendomsrecht dat de opstaller naar huidig recht verkrijgt afhankelijk is van het opstalrecht. Het eigendomsrecht van de erfpachter kan dus niet zelfstandig worden overgedragen of bezwaard, en het gaat ook teniet wanneer het erfpachtrecht tenietgaat. Wij voorzien om deze redenen geen problemen in het kader van art. 1 Eerste Protocol EVRM, maar dit punt zou nog wel nadere aandacht verdienen.

3.4 Wetswijziging geboden?

Als gezegd zijn wij van mening dat een wetswijziging geen prangende kwestie is. De titels over erfpacht en opstal kunnen zonder problemen naast elkaar blijven bestaan, zeker als men bereid is bij de toepassing ervan niet al te rigide te werk te gaan (zie hierna).

Naar ons idee zou het invoeren van een wetsbepaling op grond waarvan de erfpachter eigenaar wordt van de opstallen echter zeker het overwegen waard zijn, indien renovatie van Boek 5 op de agenda zou komen te staan. Dat zou dan gepaard moeten gaan met het afschaffen van het opstalrecht uit titel 8 van Boek 5, omdat dat die rechtsfiguur door de nieuwe regeling geïncorporeerd wordt in het erfpachtrecht. Het spreekt vanzelf dat in de wet dan ook een voorziening moet worden getroffen voor bestaande opstalrechten. Hiervoor zou kunnen worden bepaald dat zij worden geconverteerd in erfpachtrechten of dat op bestaande opstalrechten de oude regeling van de huidige titel 8 van Boek 5 van toepassing blijft.

Bij het afschaffen van het opstalrecht moet nog rekening gehouden worden met een (andere) bijzondere eigenschap van het huidige opstalrecht: anders dan erfpacht kan het afhankelijk gemaakt worden van een ander zakelijk recht of een recht van huur of pacht op onroerende zaken (art. 5:101 lid 2 BW, zie hierover ook par. 6). Onzes inziens zou, indien het opstalrecht als zelfstandig type beperkt recht wordt afgeschaft en de erf-

pachter eigenaar van de opstallen wordt, hetzelfde voor het erfpachtrecht dienen te worden bepaald.¹⁹

3.5 Erfpacht naast opstal in het Belgische recht

Ook naar Belgisch en Frans recht bestaat het recht van erfpacht naast het recht van opstal. En ook naar Belgisch recht is de co-existentie van die beide figuren problematisch. Erfpacht en opstal worden in het Belgische recht nog steeds geregeld door de twee 'Hollandse' wetten van 10 januari 1824, die nog in het oud-Nederlands zijn geschreven en nochtans bepalend zijn voor een zeer veelvuldig gebruik van deze figuren *anno* 2016.²⁰

Evenwel zijn de andere dan historische redenen voor het samenbestaan van deze rechten verre van evident. Het criterium van de doorbreking van de natrekking – dat in het Nederlands recht het verschilpunt uitmaakt – is in het Belgische recht alvast geen adequaat criterium. Het eigene van een opstalrecht is dat het de natrekking doorbreekt, waardoor de opstalhouder (tijdelijk) eigenaar blijft van de opgerichte opstallen. Ook een erfpachter blijft – anders dan naar huidig Nederlands recht – echter voor de duur van het recht van erfpacht eigenaar van de door hem opgerichte gebouwen, werken en beplantingen. Dit wordt verklaard op grond van een zogenoemd 'accessoir opstalrecht', dat gekoppeld is aan de hoedanigheid van erfpachter en aan de duurtijd van het erfpachtrecht. Dat accessoir opstalrecht is van rechtswege aan een erfpacht gekoppeld, maar kan contractueel worden uitgesloten. De uitsluiting van de natrekking vormt dus geen onderscheidingscriterium tussen erfpacht en opstal. Op dit accessoire opstalrecht wordt dieper ingegaan in par. 6.5 van dit preadvies.

- 19 T.E. Booms, 'De oorsprong der soorten en het afhankelijke opstalrecht', *WPNR* 2015/7075, p. 757-764 wijst erop dat het afhankelijk maken van een opstalrecht vaak geen toegevoegde waarde heeft ten opzichte van een zelfstandig opstalrecht. Desalniettemin zouden wij die mogelijkheid niet willen afsluiten. Zie hierna in par. 6.
- 20 De redenen voor het veelvuldig gebruik zijn vaak fiscaal ingegeven, aangezien er maar een overdrachtsbelasting van 2% geldt bij erfpacht en opstal, i.t.t. 10% bij eigendomsoverdracht. Zie V. Sagaert, *Goederenrecht*, in: *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen: Kluwer 2014, p. 552-556.

Op het vlak van het toepasselijke regime bestaat er nochtans één substantieel verschilpunt, met name op het vlak van de duurtijd: een opstalrecht heeft geen minimumduurtijd en een maximumduurtijd van 50 jaar, terwijl een recht van erfpacht een minimumduurtijd heeft van 27 jaar en een maximumduurtijd van 99 jaar.²¹ Het opstalrecht biedt dus perspectieven voor kortere termijn, een recht van erfpacht voor langere termijn. Maar tussen de 27 en 50 jaar bestaat er in de praktijk een grote overlap tussen beide.

Bestaan er geen verschillen qua bevoegdheden? Evenals naar Nederlands recht, ziet men ook in het Belgische recht de bevoegdheden van de erfpachter vooral op de grond, terwijl men die van de opstalhouder vooral situeert op het niveau van de opstallen. Een opstalhouder heeft in de traditionele zienswijze beperktere gebruiks- en genotsbevoegdheden op de grond dan een erfpachter. Hij heeft immers geen werkelijk recht van gebruik en genot op het onroerend goed, maar enkel het recht om gebouwen op te richten op de grond, waarvan hij dan tijdelijk eigenaar wordt.²² Die traditionele zienswijze zou tot gevolg hebben dat een opstalrecht altijd gepaard zou moeten gaan met het vestigen van een erfdienstbaarheid van overgang, die de opstalhouder zou moeten toelaten om het door hem opgerichte gebouw te bereiken.

Die klassieke zienswijze wordt recenter betwist.²³ Wanneer men, zoals een opstalhouder, immers de bevoegdheid heeft om een gebouw op te richten waarvan men naderhand exclusief eigenaar wordt, houdt zulks dan niet a fortiori de bevoegdheid in om ook andere, beperktere gebruiks- en genotsrechten uit te oefenen? Men kan aan een opstalhouder niet het recht ontzeggen om gebruiksrechten uit te oefenen indien hij wel de bevoegdheid heeft om een volume op te richten waarvan hij exclusieve eigenaar wordt ('qui peut le plus, peut le moins'). In die zienswijze zouden de bevoegdheden van de opstalhouder op de grond ook een veel ruimere draagwijdte hebben.

21 Een erfpacht gevestigd voor kortere duur dan 27 jaren wordt geconverteerd in een huurrecht, terwijl een erfpacht voor een langere duur dan 99 jaren wordt herleid tot 99 jaren.

22 H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel: Bruylant 1954, VI, nr. 687; R. Derine, F. Van Neste & H. Vandenberghe, *Zakenrecht*, in *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen: Standaard 1974, IIB, nr. 1024. Vgl. F. Laurent, *Principes de droit civil belge*, Brussel: Bruylant 1878, VIII, nr. 423.

23 Sagaert 2014, nr. 773.

4 Afscheid van de 'constructie-Beekhuis'?

4.1 Algemeen

Een veel bediscussieerd thema met betrekking tot Boek 5 BW is het zogenoemde 'stapelverbod': de regel dat Boek 5-rechten slechts kunnen worden gevestigd op zaken en dus niet op elkaar. Deze rechten verschillen daarmee van de in Boek 3 BW geregelde figuren, die wel ook op vermogensrechten kunnen rusten. Uit dit onderscheid wordt bijvoorbeeld afgeleid dat een opstalrecht wel met een recht van vruchtgebruik of hypotheek kan worden bezwaard, maar niet met een recht van erfpacht.

Op verschillende plaatsen neemt de wet de materiële betekenis van het stapelverbod weer weg. Art. 5:84 BW regelt bijvoorbeeld dat beperkt gerechtigden wel degelijk een erfdienstbaarheid kunnen vestigen. Daarbij blijft de wettelijke systematiek overeind: deze erfdienstbaarheid wordt geacht niet te rusten op het beperkte recht, maar rechtstreeks op de onroerende zaak. Eenzelfde constructie geeft art. 5:93 BW voor de ondererfpacht. En omdat art. 5:104 BW die bepaling van overeenkomstige toepassing verklaart op het opstalrecht – en dus de opstalgerechtigde een recht van onderopstal kan vestigen – leidt het stapelverbod hooguit in een klein aantal gevallen daadwerkelijk tot praktische onmogelijkheden. 'Hooguit', omdat zelfs voor de niet in de wet geregelde combinaties omstreden is of de systematiek van Boek 5 hun verbiedt. Het gaat dan om de vestiging van een erfpachtrecht door een opstalgerechtigde en om de vestiging van een opstalrecht door een erfpachter. Onder anderen Snijders – tussen 1972 en 1995 regeringscommissaris voor Boek 5 BW – stelt bijvoorbeeld dat, hoewel een wettelijke grondslag daarvoor ontbreekt, een opstaller wat hem betreft een recht van erfpacht kan vestigen, rechtstreeks op de onroerende zaak.²⁴ De erfpachter kan daarmee

24 W. Snijders, 'Boekbespreking Th.F. de Jong, De structuur van het goederenrecht, diss. Groningen, 2006', *WPNR* 2006/6689, p. 835. Zie in dezelfde zin eerder al H.W. Heyman, 'Kan een opstalrecht worden gevestigd door een erfpachter of een appartementseigenaar', *WPNR* 1999/6342, p. 53, die pleit voor analogische toepassing van art. 5:93 jo. art. 5:104 BW, alsmede A. Slaski, 'Stapelning van beperkte rechten op onroerende zaken', *WPNR* 2009/6789, p. 200-207, naar wier oordeel uit het wettelijk systeem voldoende aanknopingspunten voortvloeien om te kunnen concluderen dat stapeling van Boek 5-rechten wel degelijk mogelijk is. Volgens T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 378 is er evenmin een

nog geen opstalrecht vestigen, maar dat volgt – als men de benadering van Snijders volgt – niet uit het stapelverbod, maar uit het feit dat een erfpachter geen eigenaar is en dus ook geen eigendom kan verschaffen. Hierbij tekenen we nog aan dat volgens verschillende schrijvers zelfs dat geen bezwaar is tegen de geldigheid van een door de erfpachter gevestigd opstalrecht.²⁵

Wat er verder zij van het standpunt van Snijders; het potentiële probleem van deze 'kruislingse stapeling' is eenvoudig op te lossen met de – in par. 3 besproken – toekenning van eigendom aan de erfpachter. Als we eenmaal aanvaarden dat de erfpachter eigenaar is van de opstallen waarvan hij het exclusieve genot heeft, zou hij die eigendom ook aan een ondererfpachter kunnen verstrekken. Aan een door de erfpachter te vestigen opstalrecht bestaat dan geen behoefte meer. Er lijkt daarom weinig reden voor een kritische beschouwing over het stapelverbod zelf. Wij achten die evenwel toch wenselijk. De reden daarvoor is het bezwaarlijke van de gekozen juridische constructie, waarin de beperkt gerechtigde het object van zijn recht bezwaart en niet zijn eigen recht zelf. Deze zogeheten 'constructie-Beekhuis'²⁶ zou wat ons betreft – uiteindelijk – moeten wijken voor een systeem waarop alle beperkte rechten op dezelfde wijze rusten op het recht van degene die het vestigt.

bezwaar tegen de vestiging van een erfpachtrecht door een opstaller. Hij stelt dat voldoende is dat een dergelijk erfpachtrecht – in lijn met de in art. 5:85 BW gegeven definitie – indirect, betrekking heeft op een onroerende zaak. In de visie van Th.F. de Jong, *De Structuur van het Goederenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 93, waarin vestiging van een beperkt recht tot een gewijzigde machtsverhouding ten aanzien van het – uiteindelijke – object leidt, is de vestiging van een erfpachtrecht door een opstaller eveneens mogelijk. Vgl. ten slotte nog de Toelichting Meijers bij art. 5:85 BW: 'De onroerende zaak die in erfpacht wordt gegeven, kan een al of niet bebouwd stuk grond zijn, doch ook een afzonderlijk gebouw dat ten gevolge van een recht van opstal voorwerp van afzonderlijke eigendom is. Aangezien nooit behoefte is gebleken aan erfpacht op rechten, is dit recht beperkt tot zaken.' Zie *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 300 en hierna in par. 4.2.

25 Zie bijv. K.J.H. Hoofs, *Doorbreking van de natrekking* (diss. Maastricht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 116 en A.F. Mollema, *Het beperkte recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 203-208. Die gedachte hangt dan samen met de door Heyman ontwikkelde idee dat een opstaller geen echte, maar slechts economische eigendom van de opstallen heeft. Zie H.W. Heyman, 'Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller', in: W.G. Huijgen (red.), *2000 jaar eigendom en beperkte rechten. Bundel ter gelegenheid van het afscheid van mr. A.J.H. Pleysier*, Deventer: Kluwer 2005, p. 19-31.

26 Deze term wordt onder meer gehanteerd door Van Velten 2015, par. 2.3.2.

4.2 Herkomst en rechtvaardiging van de constructie-Beekhuis

De constructie-Beekhuis wordt veelal gepresenteerd als een poging van regeringscommissaris Beekhuis om enerzijds het systeem van Boek 5 – met enkel rechten die rechtstreeks op zaken rusten – te redden en anderzijds tegemoet te komen aan de behoefte van de rechtspraak aan Boek 5-rechten die zijn gevestigd door beperkt gerechtigden.²⁷ Die benadering doet niet helemaal recht aan de historische werkelijkheid, nu de systematiek van deze constructie al ver vóór Beekhuis' geboorte werd gevolgd voor door beperkt gerechtigden gevestigde erfdiensbaarheden. Art. 711 BW (oud) bepaalde:

“Hij [een erfpachter; auteurs] is bevoegd om zijn regt te vreemden, met hypotheek te belasten, en den grond, in erfpacht uitgegeven, met erfdiensbaarheden te bezwaren, voor het tijdvak van zijn genot.”²⁸

Die bepaling stamt al uit de in 1825 ingevoerde Erfpachtwet, terwijl ook de – nooit ingevoerde – ontwerpen voor een Burgerlijk Wetboek die J.M. Kemper in 1815 en 1820 voorbereidde, ervan uitgingen dat een door de erfpachter gevestigde erfdiensbaarheid rustte op 'het goed', terwijl een hypotheekrecht zou rusten op 'dit regt'.²⁹

- 27 Vgl. bijv. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/9. Nog strenger is Mijnssen in zijn – nog mede door Beekhuis geschreven – eerste bewerking van het Asserdeel over het goederenrecht. Zie Asser/Beekhuis, Mijnssen & De Haan 3-I 1985/48: 'Anderzijds kon niet voorkomen worden dat ook beperkte rechten op rechten in Boek 5 NBW een regeling vinden. Erfdiensbaarheid rustend op erfpacht, vruchtgebruik of opstal (art. 5.6.10) heeft immers niet een zaak maar een recht tot voorwerp. Hetzelfde geldt t.a.v. ondererfpacht dat rust op erfpacht (art. 5.7.1.5b). Ten aanzien van deze figuren merkt men op dat ook in deze gevallen de grond met erfdiensbaarheid of ondererfpacht is belast en tracht daarmee deze figuren in het systeem van de zakelijke rechten in te passen. Een verdediging van het systeem die weinig overtuigend voorkomt.'
- 28 Vgl. over deze regel ook Mollema 2013, p. 195 e.v. Eenzelfde regel gaf art. 759 BW (oud) voor het opstalrecht.
- 29 Zie M.J.E.G. van Gessel-de Roo, *Zakenrecht 1978-1820*, Zutphen: Walburg Pers 1991, p. 286. Vgl. ook art. 205 van het Ontwerp 1898: 'De erfpachter is bevoegd om op de in erfpacht uitgegeven zaak, voor zolang zijn recht duurt, erfdiensbaarheden te vestigen.' In de toelichting op deze bepaling wordt het als volgt gezegd: '[...] dat erfpacht met vruchtgebruik en hypotheek kan worden bezwaard. Met betrekking tot het vestigen van erfdiensbaarheden moet men

De oorspronkelijke gedachte achter de keuze om een door de erfpachter gevestigde erfdienstbaarheid – anders dan een hypotheekrecht of een recht van vruchtgebruik – direct op de zaak te laten rusten, is niet helemaal duidelijk. Snijders rechtvaardigt deze systematiek met een beroep op het feit dat deze aansluit bij wat onder het voorafgaande recht was bepaald of werd aangenomen en dat bij beperkte rechten als erfdienstbaarheden, ondererfpacht en onderopstal de nadruk overwegend ligt op het gebruik of het genot van de zaak:

“Maar diezelfde constructie leidt bij pand of hypotheek op een beperkt genotsrecht tot onnodige hersengymnastiek en doet geen recht aan wat zich in werkelijkheid voordoet: het toekennen van een bevoegdheid aan een schuldeiser om zich bij voorrang te verhalen op het *beperkte recht* en niet ook op de zaak waarop dat recht rust.”³⁰

Dat we in deze construering inderdaad niet meer moeten zoeken dan een aansluiting bij de fysieke werkelijkheid is aannemelijk. Bij het opstellen van de stapelingsbepalingen lijkt men niet steeds even goed voor ogen te hebben gehad dat de fysieke zaak en het eigendomsrecht dat daarop rust, doorgaans met elkaar vereenzelvigd worden. Die gedachte komt nog sterker op bij lezing van art. 5:118 BW.³¹ Volgens die bepaling rust de door een appartementsgerechtigde gevestigde erfdienstbaarheid op het privégedeelte waarvan de betreffende appartementsgerechtigde het exclusieve genot heeft. Waar men bij art. 5:93 BW nog kan denken dat de beperkt gerechtigde die een erfdienstbaarheid vestigt kennelijk het

aannemen, dat eene erfdienstbaarheid, bij voorbeeld die van inbalking, kan worden gezegd te rusten op *de in erfpacht uitgegeven zaak [...]*’. Zie *Ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek der Koningin aangeboden door de Staatscommissie tot voortzetting der herziening ingesteld bij Besluit van wijlen Zijne Majesteit Koning Willem III van 22 augustus 1887, no. 24. Tweede boek*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1899.

- 30 W. Snijders, ‘Boekbespreking Th.F. de Jong, De structuur van het goederenrecht, diss. Groningen, 2006’, *WPNR* 2006/6689, p. 835. Vgl. ook Mollema 2013, p. 195.
- 31 Voor de goede orde zij hier opgemerkt dat art. 5:118 BW niet stamt uit het in 1955 gepubliceerde Ontwerp Meijers, maar uit het Regeringsontwerp dat niet veel later – op 17 januari 1957 – aan de Tweede Kamer werd voorgelegd. Materieel werd deze bepaling al op 7 september 1972 ingevoerd als art. 875n BW (oud), in het kader van de herziening van het appartementsrecht.

eigendomsrecht bezwaart, heeft art. 5:118 BW duidelijk uitsluitend een fysiek object voor ogen. Het privégedeelte van een appartementsrecht is in de regel immers geen zaak waarvan iemand eigendom kán hebben. Ook de Toelichting Meijers bevat een aanwijzing voor de stelling dat men de genoemde vereenzelvigingsgedachte niet steeds even scherp voor ogen heeft gehad. Die vermeldt enerzijds expliciet de – thans algemeen aanvaarde – regel dat een opstaller 'geen beschikkingen kan treffen over het eigendomsrecht op de opstallen los van het opstalrecht'.³² Een hypothek vestigt de opstalgerechtigde dus niet rechtstreeks op (de eigendom van) de opstallen, maar op zijn opstalrecht. Anderzijds wordt echter aangegeven dat, hoewel een erfpacht slechts op zaken kan rusten, ook een opstalgerechtigde een erfpachtrecht kan vestigen op de *opstallen*.³³ Beide opmerkingen zijn óf inconsistent óf zij geven er blijk van dat reeds in de visie van Meijers³⁴ bepaalde beschikkingshandelingen – namelijk de vestiging van een erfdienstbaarheid of een erfpachtrecht – steeds de fysieke zaak betroffen, zonder dat daarmee ook werd gezegd dat deze handelingen ook steeds op het eigendomsrecht betrekking hadden waarmee die zaak doorgaans wordt vereenzelvigd.³⁵

Nu de hier besproken elementen reeds in het wetsontwerp besloten lagen voordat Beekhuis op 1 mei 1964 tot regeringscommissaris voor Boek 5 BW werd benoemd, lijkt het niet geheel zuiver om de aan art. 5:84 en art. 5:93 BW ten grondslag liggende systematiek volledig aan hem toe te schrijven. Wel heeft Beekhuis dit systeem verder uitgewerkt en uitgebouwd. Daarmee begon hij al in het jaar vóór zijn benoeming, in zijn bewerking van het Asser-deel over zakenrecht.³⁶ Hij bespreekt daar de

32 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 356 (TM).

33 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 300 (TM).

34 Voor de goede orde zij hier aangetekend dat de Toelichting Meijers is voltooid door het zogeheten 'driemanschap', bestaande uit Drion, Eggens en De Jong; het is niet meer te reconstrueren in hoeverre iedere passage uit de Toelichting Meijers ook daadwerkelijk aan Meijers is toe te schrijven. Omdat echter Meijers de toelichting voor zijn overlijden grotendeels had voltooid en omwille van de leesbaarheid van deze bijdrage, schrijven wij de in de Toelichting Meijers verdedigde opvattingen steeds toe aan Meijers zelf.

35 W. Snijders, 'Boekbespreking Th.F. de Jong, 'De structuur van het goederenrecht, diss. Groningen, 2006', *WPNR* 2006/6689, p. 835 geeft aan dat het wat hem betreft ook bij de stapelingsbepalingen geen goede zin heeft te onderscheiden tussen zaak en eigendom, in die zin dat men de zaak zou kunnen bezwaren, maar niet de eigendom.

36 Asser/Beekhuis, *Zakenrecht. Bijzonder deel. Eerste stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1963, p. 263.

discussie die onder het oude recht bestond over de vraag of een erfpachtrecht behalve op 'lichamelijke onroerende zaken' ook op 'onlichamelijke zaken' (bijvoorbeeld een recht van tol, een recht van veer of een visrecht) kon worden gevestigd. Hij sluit zich aan bij Opzoomer-Goudekete en Land, die deze vraag ontkennend hadden beantwoord. Echter:

"Praktisch schijnt de vraag van gering belang te zijn, omdat het vestigen van een recht van erfpacht op een recht niet meer schijnt voor te komen. Wel wijzen de latere schrijvers in dit verband op het bestaan van z.g. ondererfpacht, [...] maar men kan het recht van de ondererfpachter op één lijn stellen met dat van de onderhuurder. Evenzeer, als men bij onderhuur aanneemt, dat de onderhuurder een recht heeft op de oorspronkelijk verhuurde zaak en niet op het recht van huur, zou men ondererfpacht kunnen beschouwen als een recht, rechtstreeks rustend op de in erfpacht uitgegeven grond. [...]. Intussen is het Ontw. B.W. de opvatting van Opzoomer-Goudekete en Land gevolgd. [...] Onder de werking van het nieuwe B.W. is ondererfpacht dus nog slechts geoorloofd, indien men de hierboven verdedigde opvatting huldigt."

Onder verwijzing naar deze passage houdt de minister vervolgens – reeds voordat hij het latere art. 5:93 BW aan het wetsvoorstel toevoegt – de vestiging van een recht van ondererfpacht voor mogelijk.³⁷ Hij stelt dat de erfpachter op grond van (thans) art. 5:89 BW het genot heeft van de zaak als een eigenaar, inclusief – zo redeneert de minister – de bevoegdheid om de zaak in erfpacht te geven. Dit mag op het eerste oog aandoen als een nogal gekunstelde redenering: een beschikkingshandeling van de erfpachter heeft niet zozeer betrekking op zijn genot, maar veeleer op het erfpachtrecht zelf. Echter, gekunsteld of niet, deze benadering is niet veel verder gezocht dan die waarin een opstalgerechtigde – los van zijn opstalrecht – kan beschikken over de opstallen door daarop een recht van erfpacht te vestigen. In wezen sluit de benadering van Beekhuis – regeringscommissaris ten tijde van het opstellen van de memorie van antwoord – naadloos aan op verschillende onderdelen die al vóór Beekhuis' aantreden in het ontwerp waren terug te vinden.

37 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 301 (MvA II).

Dat vervolgens toch art. 5:93 BW aan het wetboek is toegevoegd, hangt samen met de twijfel die na deze memorie van antwoord desalniettemin is blijven bestaan over de aanvaardbaarheid van een ondererfpacht zonder wettelijke grondslag.³⁸ Die twijfel heeft de minister willen wegnemen met een expliciete bepaling, passend in de systematiek die volgens de parlementaire geschiedenis ook zonder die bepaling had gegolden.

4.3 Bezwaren tegen de constructie-Beekhuis

Het resultaat van de constructie-Beekhuis is dat in ons rechtssysteem ogenschijnlijk twee verschillende typen beperkte rechten voorkomen: de Boek 5-rechten die – ongeacht de persoon die ze vestigt – rusten op een bepaalde zaak, en de Boek 3-rechten die steeds rusten op het recht van degene die het beperkte recht vestigt. De rechtvaardiging voor dit onderscheid lijkt te zijn beperkt tot de wens aan te sluiten bij spraakgebruik en fysieke beleving, waarin men bij Boek 5-rechten steeds een fysiek object in gebruik krijgt. Een dergelijk onderscheid met een dergelijke beperkte rechtvaardiging, komt de hanteerbaarheid van het recht niet ten goede. Immers, voortdurend komt de vraag op of de Boek 5-rechten op dezelfde manier behandeld moeten worden als de Boek 3-rechten. Gelet op de beperkte ratio en het beperkte doel van het onderscheid zal het wenselijke en gerechtvaardigde antwoord steeds bevestigend luiden. Echter, of dat inderdaad geldend recht is valt – met een beroep op de letter van de wet – gemakkelijk in twijfel te trekken.

Van dergelijke problemen bestaan diverse voorbeelden. Zo was onder het BW (oud) de vraag of de erfdienstbaarheid die de erfpachter kon vestigen 'voor het tijdvak van zijn genot' zou eindigen indien de erfpacht door vermenging tenietging. Diephuis³⁹ en Opzoomer⁴⁰ beantwoordden die vraag bevestigend, nu – anders dan voor bezwaren van de erfpacht zelf – voor de door de erfpachter gevestigde erfdienstbaarheid geen bepaling bestond als die van (thans) art. 3:81 lid 3 BW.

38 Zie – met literatuurverwijzingen – *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 316 (NvW).

39 G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt. Zevende deel*, Groningen: J.B. Wolters 1886, p. 38.

40 C.W. Opzoomer, *Het burgerlijk wetboek. Derde deel: artt. 555-783*, Amsterdam: Gebhard 1876, p. 494.

Latere auteurs hielden minder strak vast aan de tekst van de wet waar het de – volgende – vraag betrof of een erfpachter een erfdienstbaarheid kon vestigen ten behoeve van een heersend erf dat eveneens in eigendom toebehoort aan zijn erfverpachter. Daartegen pleitte de tekst van de art. 721 en 753 BW (oud):

“Erfdienstbaarheid is een last waarmede een erf bezwaard is, tot gebruik en ten nutte van een erf, hetwelk aan eenen anderen eigenaar toebehoort”

en:

“Alle erfdienstbaarheden gaan te niet, wanneer het heerschende en het dienende erf in dezelfde hand vereenigd zijn [...]”

Over het algemeen werd een dergelijke erfdienstbaarheid echter niettemin mogelijk geacht, eenvoudigweg omdat er geen redenen zijn om aan een erfpachter de bevoegdheid van art. 771 te onthouden wanneer het heersend erf toebehoort aan de erfverpachter van het dienend erf.⁴¹ Met een beroep op de letter van de wet kon men over deze kwestie evenwel gemakkelijk anders denken.

Onder het huidige recht is de door Diephuis en Opzoomer behandelde kwestie met expliciete bepalingen beslecht. Art. 5:84 lid 3 en art. 5:93 lid 2 BW zorgen ervoor dat een door de beperkt gerechtigde gevestigde erfdienstbaarheid of ondererfpacht op dezelfde wijze wordt behandeld als een door hem gevestigd recht van vruchtgebruik of hypotheek. Op andere terreinen dwingt de wettekst niet tot een gelijke behandeling van de verschillende beperkte rechten. Zo kan men nog steeds aarzelen over het antwoord op de vraag of een erfpachter erfdienstbaarheden kan vestigen ten behoeve van een ander erf, indien dat andere erf toebehoort aan dezelfde bloot-eigenaar. Wij zien daartegen geen bezwaar, reeds omdat inmiddels hooguit het adagium ‘nulli res sua servit’ daaraan in de weg staat. De wettekst zelf kent, anders dan het BW (oud) geen bepalingen waarmee deze ‘erfdienstbaarheid op eigen erf’ in strijd komt. Men kan zelfs stellen dat de geldigheid van deze erfdienstbaarheid past in het systeem, nu art. 5:83 BW ook een erfdienstbaarheid op eigen erf toestaat

41 Vgl. Asser/Beekhuis 3-II 1983, p. 196, die art. 721 BW (oud) ‘minder nauwkeurig uitgedrukt’ vindt.

indien één van beide erven is verhuurd. De juistheid van deze benadering is echter niet onomstreden.⁴² Eenzelfde twijfel bestaat in de rechtspraak over de – wat ons betreft eveneens bestaande – mogelijkheid van een recht van ondererfpacht ten behoeve van de bloot-eigenaar.

Speelde de vraag naar de gelijke behandeling tussen verschillende beperkte rechten onder oud recht met name⁴³ voor de twee genoemde vragen; het nieuwe recht heeft nieuwe pijnpunten gebracht. Zo regelt thans art. 5:87 lid 2 BW dat een opzegging moet worden betekend 'aan degenen die als beperkt gerechtigde of beslaglegger op de erfpacht in de openbare registers staan ingeschreven'. Valt hieronder ook de ondererfpachter, wiens recht in de systematiek van Boek 5 BW niet *op* de erfpacht rust? Het ligt wat ons betreft in de rede om de ondererfpachter hier hetzelfde te behandelen als een hypotheekhouder, maar met een beroep op de letter van de wet is daarover wel anders gedacht.⁴⁴

Een volgende vraag betreft het in 2005 ingevoerde art. 5:118a BW. Volgens die bepaling kan een appartementsgerechtigde een recht van erfpacht of opstal vestigen. In aansluiting op art. 5:118 BW – dat voor de erfdiensbaarheid voorziet in eenzelfde systematiek – heeft de wetgever wederom de fysieke werkelijkheid centraal gesteld en geldt het privégedeelte ook in art. 5:118a BW als het rechtsobject. Echter, wat zijn de consequenties van een dergelijke benadering bij een wijziging van de splitsing? Zo'n wijziging vergt volgens art. 5:139 lid 3 BW de toestemming van 'hen die een beperkt recht op een appartementsrecht hebben'. Vallen daaronder ook degenen met een recht van opstal of erfpacht op een privégedeelte?⁴⁵ Bevestigende beantwoording van die vraag is opnieuw aanlokkelijk (en wat ons betreft gerechtvaardigd), maar daarvoor is nodig dat men de wettekst wederom met een korrel zout neemt.

42 Mollema 2013, p. 260, voetnoot 106.

43 Een denkbare andere vraag is of een erfpachter het object van zijn recht kan bezwaren gedurende het faillissement van de bloot-eigenaar. Zie daarover A. Slaski, 'Stapelning van beperkte rechten op onroerende zaken', *WPNR* 2009/6789, p. 204.

44 M.Th.J.H. Straatman, 'Aan wie moet de opzegging van een erfpacht worden betekend?', *WPNR* 2013/6973, p. 342-346.

45 Voor de erfdiensbaarheidgerechtigde is de wet hier duidelijk, nu in zijn algemeenheid geregeld is dat toestemming nodig is 'van de gerechtigden tot een erfdiensbaarheid, indien hun recht door de wijziging wordt verkort'. De wetgever heeft hier indertijd bewust rekening gehouden met het systeem waarin 'erfdienstbaarheden op de zaak rusten, niet op een of meer appartementsrechten'. Zie *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 418 (MvA II).

Ook bij de mogelijkheid van rangwisseling kan deze kwestie de kop opsteken. Art. 3:262 BW biedt de mogelijkheid hypotheek en erfpacht of opstal van rang te laten wisselen. Leent die bepaling zich ook voor toepassing als hypotheek is gevestigd op erfpacht, waarna de erfpachter de zaak in ondererfpacht wil uitgeven en partijen zeker willen stellen dat het ondererfpachtrecht niet wordt 'weggepoetst' in geval van executie door de hypotheekhouder?⁴⁶ Dat hypotheek en erfpacht niet 'op hetzelfde goed' gevestigd zijn, zou de neiging kunnen oproepen art. 3:262 BW niet toepasselijk te achten. Wij menen echter dat door de constructie van art. 5:93 BW moet worden heengekeken. Rangwisseling zou geen probleem mogen zijn in de genoemde situatie.

Als we dan uiteindelijk echter moeten concluderen dat de rechten uit Boek 5 BW op geen enkel onderdeel anders behandeld worden dan de rechten uit Boek 3 BW, moet ook worden geconstateerd dat het onderscheid dat wel bestaat in de wettekst een façade plaatst voor het werkelijke systeem. Er is, om met Suijling te spreken, sprake van een 'misverstand' in de wettelijke formulering; niet minder dan de vestiging met een hypotheekrecht, leidt de vestiging van een erfdienstbaarheid, onderopstal of ondererfpacht tot een bezwaring van het *eigen recht*.⁴⁷ Het ware wat ons betreft beter geweest wanneer de wettekst meer bij die juridische werkelijkheid zou hebben aangesloten dan bij het feit dat de genoemde rechten uiteindelijk steeds het genot geven van een fysieke zaak. Iets meer afstand van de fysieke werkelijkheid is niet bezwaarlijk; een juridisch duidelijke regeling zal niemand ervan weerhouden om aan de bordreltafel, of – zij het wat voorzichtiger – zelfs tijdens de notariële *Belehrung*, iets meer de taal te gebruiken die aansluit op de beleving van de rechtzoekende; taal waarin reeds thans de erfpachter eigenaar is van het huis en huurder van de grond, waarin de appartementsgerechtigde eigenaar is van zijn appartement en – maar die mag pas wat later op de avond – waarin het huis nog van de bank is zolang de hypotheek niet is afgelost.

46 Andere voorbeelden zijn natuurlijk denkbaar, zoals opstal-hypotheek-onderopstal en erfpacht-hypotheek-erfdienstbaarheid.

47 J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 5e stuk. Zakenrecht*, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1940, nr. 349. Vgl. ook A. Slaski, 'Stapelning van beperkte rechten op onroerende zaken', *WPNR* 2009/6789, p. 204: 'Juridisch gezien wordt het ondererfpachtrecht gevestigd op de onroerende zaak; feitelijk gezien, voor wat betreft het effect, rust het op het erfpachtrecht zelf.'

Ter verdediging van de constructie-Beekhuis voert Snijders dan nog aan dat bijvoorbeeld een erfpachtrecht op de opstallen 'meer voor de hand [ligt] dan een recht van erfpacht op het opstalrecht zelf, dat slechts de *bevoegdheid* geeft "in eigendom te hebben of te verkrijgen", een bevoegdheid waar een erfpachter niets aan heeft'.⁴⁸ Ook dat argument overtuigt niet: ook een door de opstaller op zijn recht gevestigd erfpachtrecht zou uiteindelijk het genot geven van de zaak, net zoals een door de opstaller gevestigd – en onder de vigerende regels wel *op* het opstalrecht rustend⁴⁹ – recht van vruchtgebruik dat doet.

Het is bovendien de vraag in hoeverre de fysieke wereld nog daadwerkelijk adequaat weerspiegeld wordt in de huidige wettelijke formulering. Het genoemde recht van vruchtgebruik bijvoorbeeld – dat zijn plaats in Boek 3 BW dankt aan het feit dat hij ook op vorderingen kan worden gevestigd – geeft, als het rust op een erfpachtrecht, niet minder dan de ondererfpacht het genot van een onroerende zaak. Toch wordt zo'n recht niet aangemerkt als een recht op de onroerende zaak. En, waar men zich bij een erfdiensbaarheid op een privégedeelte van een appartementsrecht nog wat kan voorstellen (art. 5:118 BW), staat het – inmiddels ook mogelijke – recht van erfpacht op zo'n privégedeelte (art. 5:118a BW) aanzienlijk verder van de werkelijkheid. Of zou een dergelijke erfpachter *niet* het genot hebben dat het appartementsrecht van de gemeenschappelijke delen verschaft?⁵⁰

4.4 Wetswijziging geboden?

Als het wettelijke systeem duidelijker en beter kan worden ingericht, is de verleiding groot te stellen dat de wetgever moet ingrijpen. Anderzijds moe-

48 W. Snijders, 'Boekbespreking Th.F. de Jong, De structuur van het goederenrecht, diss. Groningen, 2006', *WPNR* 2006/6689, p. 835.

49 Vgl. bijvoorbeeld art. 5:123 BW. Zie ook W. Snijders, 'Boekbespreking Th.F. de Jong, De structuur van het goederenrecht, diss. Groningen, 2006', *WPNR* 2006/6689, p. 835: 'Wanneer de erfpachter een vruchtgebruik vestigt of hypotheek verleen[t], komt dat vruchtgebruik of die hypotheek op de erfpacht te rusten' en Asser/Beekhuis 3-II 1977, p. 210-211: 'Hoewel de wet hierover zwijgt, mag de erfpachter zijn recht ook in vruchtgebruik geven (Suijling V, no. 349). Eveneens mag hij voor de duur van zijn recht ten bate of ten laste van het erf een erfdiensbaarheid bedingen of vestigen.'

50 Vgl. H.W. Heyman, 'Vestiging van erfpacht en opstal door een appartements-eigenaar', in: J. Struiksmā e.a., *Vast en goed* (Van Velten-bundel), Deventer: Kluwer 2003, p. 88-89.

ten we concluderen dat – met een goed begrip van het beperkte doel van de in de wettekst gekozen formuleringen – ook de huidige regelgeving niet tot problemen hoeft te leiden. Dat geldt temeer nadat, zoals wij hebben bepleit in par. 3, de wettelijke erfpacht- en opstaltitel ineengeschoven zijn en de erfpachter als sequeel van een ondererfpachtrecht, eigendom van de opstallen kan verlenen. Zou de wetgever die stap te ver vinden gaan, dan zou een simpele oplossing voor het probleem dat de erfpachter geen opstalrecht kan vestigen, een in art. 5:93 BW onder te brengen voorziening zijn.

Artikel 93

“1. De erfpachter is bevoegd de zaak waarop het recht van erfpacht rust, geheel of ten dele in ondererfpacht te geven *of op deze zaak een opstalrecht te vestigen*, voor zover in de akte van vestiging niet anders is bepaald. Aan de ondererfpachter *of opstaller* komen ten aanzien van de zaak niet meer bevoegdheden toe dan de erfpachter jegens de eigenaar heeft.

2. De ondererfpacht *of het opstalrecht* gaat bij het einde van de erfpacht teniet, tenzij deze eindigt door vermenging of afstand. De eigenaar kan voor de ter zake van de erfpacht verschuldigde canon het recht van erfpacht vrij van ondererfpacht *of opstalrecht* uitwinnen. Het in de vorige zinnen van dit lid bepaalde geldt niet, indien de eigenaar bij een in de openbare registers ingeschreven notariële akte heeft verklaard met de vestiging van de ondererfpacht *of het opstalrecht* in te stemmen.

3. Voor de toepassing van de overige artikelen van deze titel wordt de erfpachter in zijn verhouding tot de ondererfpachter *of opstaller* als eigenaar aangemerkt.”

Als gevolg van de schakelbepaling van art. 5:104 BW zou met deze wijziging meteen duidelijk geregeld zijn dat ook de opstaller een recht van erfpacht kan vestigen. Consequentie van een dergelijke toevoeging is dat de erfpachter eigendom kan verschaffen die hij zelf niet heeft, echter dat is – vanwege het in par. 3 besproken bijzondere karakter van de eigendom van de opstalgerechtigde en omdat de slotzin van art. 5:93 BW regelt dat de erfpachter aan zijn rechtsverkrijgers niet méér bevoegdheden ten aanzien van de zaak kan geven dan hij zelf heeft – geen bezwaar. Nu de praktische problemen met eenvoudige voorzieningen kunnen worden weggenomen, heeft een afschaffing van de constructie-Beekhuis wat ons betreft geen prioriteit. Daarbij wegen we ook mee dat – hoewel de

constructie-Beekhuis wat ons betreft geen materiële betekenis heeft – een dergelijke afschaffing een forse ingreep in de wet zou betekenen. Zoals Van Velten al in 1995 aangaf, zou een afscheid van de constructie-Beekhuis het gehele onderscheid tussen de Boeken 3 en 5 BW op losse schroeven zetten.⁵¹ Zo'n ingrijpende verandering is gewenst als het komt tot een algehele herziening van het Burgerlijk Wetboek.

4.5 Stapeling in het Belgische recht

Ook naar Belgisch recht heeft de stapelingsproblematiek van zakelijke rechten veel pennen in beweging gebracht.⁵² Het gebrek aan systematiek van het Belgische recht en het zeer verouderde wettelijke kader spelen het Belgische recht hier parten: de regeling inzake vruchtgebruik en erf-dienstbaarheden is sinds de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek in 1804 nauwelijks gewijzigd⁵³, terwijl erfpacht en opstal tot vorig jaar sinds 1824 – met de invoering van de Nederlandse wetten⁵⁴ – niet werd gewijzigd. Een wettelijk stapelverbod bestaat naar Belgisch recht niet. Tot recent werd de vraag casuïstisch beantwoord, maar bleef veel rechts-onzekerheid. Daarbij werden twee maatstaven naast en door elkaar gebruikt, namelijk 1) de vestiger van het zakelijk recht moet binnen de grenzen van zijn bevoegdheid blijven en 2) het zakelijk recht moet op een onlichamelijke goed mogelijk zijn.

Voor de vestiging van een recht van vruchtgebruik wordt algemeen aangenomen dat dit ook op onlichamelijke goederen, en dus ook op beperkt zakelijke rechten, mogelijk is. Zo zou reeds in een traditionele benadering

- 51 A.A. van Velten, 'Privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht', in: A.A. van Velten e.a., *Erfpacht. Preadvies (...) voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap te houden te Nijmegen op 22 september 1995*, Lelystad: Koninklijke Vermande B.V. 1995, p. 56, voetnoot 141.
- 52 Zie o.a. V. Sagaert, 'Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning. Knelpunten van tontine, vruchtgebruik, erfpacht en opstal', in: *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21e eeuw, XXXste postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2003-2004*, Mechelen: Kluwer 2004, 205-274; K. Vanhove & F. Baudoncq, 'De combinatie van beperkt zakelijke rechten', *Not.Fisc.M.* 2004, p. 135-153.
- 53 Het recht van vruchtgebruik wordt geregeld in art. 578 e.v. Belgisch Burgerlijk Wetboek, terwijl de erf-dienstbaarheden in art. 637 e.v. staan.
- 54 Erfpachtwet en Opstalwet van 10 januari 1824, *Staatsblad* 10 januari 1824.

een erfpachter of opstalhouder zijn recht met een vruchtgebruik kunnen bezwaren.

Ook neemt de meeste rechtsleer aan dat de erfpachter zijn recht van erfpacht kan bezwaren met een ander recht van erfpacht ('ondererfpacht'),⁵⁵ maar andere auteurs betwisten dan weer dat het recht van erfpacht op een onlichamelijk goed betrekking zou kunnen hebben.⁵⁶

Eenzelfde rechtsonzekerheid bestaat ten aanzien van een recht van erfpacht, toegestaan door een vruchtgebruiker op zijn recht van vruchtgebruik. Volgens sommige auteurs is een dergelijk erfpachtcontract ongeldig omdat het in strijd komt met de *nemo plus*-regel: de bevoegdheden van de erfpachter zijn namelijk omvangrijker dan die van de vruchtgebruiker.⁵⁷ Een andere benadering gaat er evenwel van uit dat een erfpacht toegestaan door een vruchtgebruiker wel geldig is, maar dat de duur van de erfpacht beperkt is tot de duur van het vruchtgebruik.⁵⁸

Niettegenstaande dat gebrek aan systematiek is een duidelijke evolutie in het Belgisch recht te ontwaren: het Belgische recht gaat steeds meer uit van het beschikkingsbeginsel als enige beperking op de mogelijkheid om zakelijke rechten te vestigen. De moderne Belgische rechtsleer, daarin in specifieke gevallen gevolgd door de wetgever, kiest daarbij niet zozeer voor een benadering waarbij een beperkt gerechtigde een zakelijk recht op zijn eigen recht toestaat, maar wel op het goed waarop het beperkte recht betrekking heeft. Een beperkt zakelijk gerechtigde wordt daardoor beschikkingsbevoegd met betrekking tot het bezwaarde goed binnen de grenzen van zijn eigen recht. Hiermee kiest de Belgische wetgever – toegegeven: wellicht onbewust – voor een structuur die vrij gelijklopend is met de constructie-Beekhuis, die hiervoor werd besproken. Naar Belgisch recht is dat natuurlijk minder problematisch, omdat het Belgische

55 R. Carton de Tournai & A.J. Charlier, 'Quelques considérations sur l'emphytéose et la superficie', *Journal des Tribunaux* 1971, 71; F. de Montpellier, 'Usufruit, emphytéose et superficie. Limites de l'autonomie de la volonté et utilisation combinée', in: *Onroerend goed als beleggingsinstrument*, Brussel: Larcier 2003, p. 41, nr. 86.

56 M. Donnay, 'L'emphytéose', *Rec.gén.enr.not.* 1974, nr. 21802, p. 216, nr. 15; R. Derine, F. Van Neste & H. Vandenberghe, *Zakenrecht*, in: *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen: Kluwer 1974, nr. 1000.

57 P. Lecocq, 'Superficie et emphytéose: questions d'actualité', in: CUP, *Le point sur le droit des biens*, Luik: Lecocq 2000, (129) 142.

58 Hof Brussel 2 juni 1978, *J.D.F.* 1978 en *Rec.gén.enr not.* 1979, nr. 22399; F. de Montpellier, *l.c.*, p. 32, nr. 62.

recht enkel in het algemeen 'vermogensrechten' kent, en geen onderscheid ziet tussen Boek 3-rechten en Boek 5-rechten. Die evolutie blijkt uit een aantal ontwikkelingen.

Aangezien erfdiensbaarheden naar Belgisch recht sowieso de meest beperkte rechten zijn, kunnen beperkt zakelijk gerechtigden zoals erfpachters, opstalhouders en vruchtgebruikers een erfdiensbaarheid toestaan.⁵⁹ Uiteraard kan deze erfdiensbaarheid slechts uitwerking behouden voor de duur van het hoofdrecht. Zulks vindt voor de houder van een erfpachtrecht met zoveel woorden steun in art. 6 Erfpachtwet van 10 januari 1824, dat identiek is aan art. 771 BW (oud) dat hiervoor aan bod kwam. Ook voor algemene gebruiksrechten vindt deze gedachte ingang. Zo wordt in de rechtsleer algemeen aanvaard dat een erfpachter de bevoegdheid heeft om een recht van vruchtgebruik toe te staan op het onroerend goed dat met erfpacht is bezwaard in zoverre dat recht van vruchtgebruik binnen de grenzen van de aan de erfpachter toegestane bevoegdheden (namelijk de duurtijd van de erfpacht) blijft.⁶⁰

Voor opstalrechten is er een belangrijke hervorming geweest door de Wet van 25 april 2014, waarbij onder andere in art. 1 Opstalwet is toegevoegd:

"Het opstalrecht kan gevestigd worden door elke titularis van een onroerend zakelijk recht, binnen de grenzen van zijn recht."⁶¹

Vóór de wetwijziging maakte de Opstalwet aldoor gewag van de 'grondeigenaar', wat in een letterlijke lezing betekende dat een beperkt zakelijk gerechtigde geen opstalrecht kon vestigen. Hierdoor wordt de beschikingsbevoegdheid nog de enige overblijvende beperking op de mogelijkheid voor een beperkt zakelijk gerechtigde om een opstalrecht toe te staan op het met opstal bezwaarde goed. Voorheen bestond hierover

59 (*Staatsblad* 10 januari 1824): 'Hij is bevoegd om zijn recht te vervreemden, met hypotheek te belasten, en den grond, in erfpacht uitgegeven, met dienstbaarheden te bezwaren, voor het tijdvak van zijn genot.'

60 R. Derine, F. Van Neste & H. Vandenberghe, *Zakenrecht*, IIB, p. 868, nr. 1004F; F. de Montpellier, 'Usufruit, emphytéose et superficie. Limites de l'autonomie de la volonté et utilisation combinée', in: *Onroerend goed als beleggingsinstrument*, Brussel: Larcier 2003, p. 39, nr. 81.

61 Over deze hervorming: zie V. Sagaert & S. Bouly, 'De hervorming van de Opstalwet: een uitbreiding van de stapelingsmogelijkheden', *RW* 2014-15, 1.003-1.015; C. Willemot, 'De oude dame krijgt een facelift – Uitbreiding van het toepassingsgebied van de opstalwet en de relevantie van de wijziging voor de notariële praktijk', *Not.Fisc.M.* 2014, 222-231.

betwisting, aangezien de Opstalwet van 1824 enkel gewag maakte van de 'grondeigenaar'. Zo kan een erfpachter, vruchtgebruiker of (hoofd) opstalhouder een opstalrecht op het bezwaarde goed toestaan binnen de grenzen van zijn eigen recht en uiteraard voor de maximale duurtijd van zijn eigen recht. Voor zover een hoofdopstalhouder een opstalrecht toekent met dezelfde bevoegdheden als zijn eigen recht en voor de volledige resterende duurtijd van zijn eigen recht, put hij al zijn rechten uit. Men gaat ervan uit dat het in die hypothese niet om een onderopstalrecht, maar om een overdracht van een opstalrecht gaat.⁶² Indien de opstalgever niet met de contractsoverdracht heeft ingestemd, kan een dergelijke contractsoverdracht naar Belgisch recht niet leiden tot een bevrijding van de initiële opstalhouder. Men spreekt van een zogenoemde 'onvolmaakte contractsoverdracht'.

Wat geldt voor een opstalrecht, moet ook gelden voor een erfpachtrecht. Er is geen reden waarom een beperkt zakelijk gerechtigde op de bezwaarde zaak wel een (onder)opstalrecht zou kunnen verlenen binnen de grenzen van zijn recht, maar geen (onder)erfpachtrecht.

5 Rangwisseling

5.1 Algemeen

Wie art. 3:262 BW leest, zou tot de conclusie kunnen komen dat rangwisseling tussen Boek 5-rechten niet mogelijk is. Is dat ook daadwerkelijk zo? En zo ja, is dat problematisch?

De zogenoemde prioriteitsregel (*prior tempore potior iure*) speelt in het goederenrecht een belangrijke rol. De volgorde waarin beperkte rechten worden gevestigd (ontstaan), is in beginsel bepalend voor de onderlinge verhouding tussen deze beperkte rechten. Vanzelfsprekend speelt dit alleen als de beperkte rechten op een of andere manier 'conflicteren'. Voor registergoederen is een en ander tot uitdrukking gebracht in art. 3:21 BW.⁶³ De praktische uitwerking van het beginsel kan eenvoudig worden geïllustreerd met de volgende twee voorbeelden.

62 V. Sagaert & S. Bouly, 'De hervorming van de Opstalwet: een uitbreiding van de stapelingsmogelijkheden', *RW* 2014-15, p. 1009, nr. 16.

63 Vgl. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/31.

Voorbeeld 1

Twee hypotheekrechten op één registergoed. Uit de netto-executieopbrengst wordt eerst de eerste hypotheekhouder voldaan en daarna (indien en voor zover mogelijk) de tweede.

Voorbeeld 2

Indien er een beperkt recht, bijvoorbeeld opstalrecht, wordt gevestigd na vestiging van een hypotheekrecht, gaat bij executie door zuivering het opstalrecht teniet. Zou het opstalrecht zijn gevestigd (zijn ontstaan) *voordat* het hypotheekrecht wordt gevestigd, dan kan de hypotheekhouder het registergoed alleen in bezwaarde toestand executeren.⁶⁴

De ontstaansvolgorde van beperkte rechten is echter niet in alle gevallen doorslaggevend. Er zijn 'exotische' gevallen waarin de tweede pandhouder voorrang krijgt op de eerste. Dat kan het gevolg zijn van derdenbescherming (art. 3:238 of art. 3:98 jo. art. 3:86/88) of van het feit dat een andere schuldeiser kosten tot behoud heeft gemaakt (art. 3:284 lid 2). Voor erfpacht en opstal zijn deze gevallen uiteraard niet rechtstreeks van belang. Ook is het denkbaar dat er vrijwillige rangwisseling heeft plaatsgevonden. Hierbij kunnen twee situaties worden onderscheiden. In de eerste plaats kan rangwisseling het gevolg zijn van een bevoegde herverpanding (art. 3:242 BW): een pandhouder verpand het aan hem verpande goed op zijn beurt aan een derde, met dien verstande dat zijn eigen pandrecht in rang een plaatsje zakt en dus een tweede pandrecht wordt.⁶⁵ Voor het registergoederenrecht van groter praktisch belang is de mogelijkheid die blijkt uit art. 3:262 BW. Hypotheekhouders kunnen vrijwillig

64 Voor een toepassing in het Belgische recht: Cass. 15 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1183, *RW* 2001-02, 308, m.nt. V. Sagaert, waarin A een hypotheek had verleend aan B, vervolgens een opstalrecht had toegestaan aan C, en ten slotte C een hypotheek op zijn opstalrecht had toegestaan aan D.

65 Zie hierover vooral: K.J. Krzeminski, *Herverpanding* (diss. Rotterdam 2013), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013. Hij noemt het eerste gevestigde pandrecht het 'oorspronkelijke' pandrecht en het door de oorspronkelijke pandhouder gevestigde recht het 'herpandrecht'. 'Tussen het herpandrecht en het oorspronkelijke pandrecht vindt (...) een bijzondere soort rangwisseling plaats. De vraag is echter hoe deze rangwisseling zich verhoudt tot het prioriteitsbeginsel (...)'. p. 15. Ook A. Steneker, *Pandrecht* (Monografieën BW nr. B12a), Deventer: Kluwer 2012/14, typeert het gevolg van herverpanding als rangwisseling.

van rang wisselen; een hypotheek kan ook van rang wisselen met een ander beperkt recht. Simpel gezegd: de eerste en tweede hypotheekhouder kunnen onderling van plaats ruilen, doordat een daartoe bestemde notariële akte in de openbare registers wordt ingeschreven.⁶⁶ Op dezelfde wijze kunnen hypotheekhouder enerzijds en beperkt genotsgerechtigde (vruchtgebruik, erfdiensbaarheid, erfpacht of opstal) anderzijds de rang die zij als gevolg van de ontstaansvolgorde hebben⁶⁷ aanpassen, met als gevolg dat zuivering juist wel of juist niet optreedt. Bij lezing van art. 3:262 BW valt direct op dat steeds de betrokkenheid van een hypotheekrecht wordt vereist. De vraag is echter of dit betekent dat rangwisseling in gevallen die niet door art. 3:262 BW worden bestreken onmogelijk is.⁶⁸

5.2 Boek 5-rechten kunnen naast elkaar bestaan zonder dat van een rangorde sprake is

Bij de analyse van de rangwisseling moet vooropgesteld worden dat zakelijke genotsrechten na elkaar op een onroerende zaak kunnen worden gevestigd en naast elkaar kunnen bestaan. Zolang de inhoud van de op de onroerende zaak gevestigde rechten inhoudelijk niet conflicteert, doet de prioriteitsregel zich in het geheel niet gelden. Wanneer bijvoorbeeld eigenaar A op zijn onroerende zaak eerst een opstalrecht vestigt ten gunste van B, met als inhoud (simpel gezegd) dat B eigenaar wordt van het woonhuis, en daarna een opstalrecht vestigt ten gunste van C, met als inhoud dat C eigenaar wordt van de beplantingen die zich op het erf bevinden, is er geen enkel probleem. Hetzelfde geldt indien A een opstalrecht op de ondergrond toestaat aan B, en een opstalrecht op de bovengrond aan C. Van een rangorde is geen sprake en van een behoefte aan

66 Opmerkelijk is dat geen medewerking maar toestemming van de anterieure hypotheekhouder vereist is.

67 De wet drukt het in art. 3:262 lid 2 BW zo uit dat de beperkte rechten 'worden geacht in andere volgorde te zijn ontstaan dan is geschied'.

68 Hoewel het buiten het bestek van dit preadvies valt, wijzen wij erop dat de mogelijkheid van vrijwillige rangwisseling van pandrechten door verschillende schrijvers wordt aanvaard, ondanks dat de wet deze mogelijkheid niet expliciet noemt. Zie A. Steneker, *Pandrecht*, (Monografieën BW nr. B12a), Deventer: Kluwer 2012/16; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/781 en N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'Het verleggen van grenzen bij het bepalen van rangorde van rechten van pand en hypotheek', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid*, Deventer: Kluwer 2010, p. 165-170.

rangwisseling dus ook niet.⁶⁹ De vraag naar rangwisseling gaat dus pas spelen als de (te vestigen) beperkte rechten onderling (zouden) bijten.⁷⁰

5.3 Enkele gevallen van 'rangwisseling'

Die gevallen laten zich wel denken en dan is de vraag gerechtvaardigd of conflicterende zakelijke rechten na elkaar kunnen worden gevestigd. Is het mogelijk achtereenvolgens twee opstalrechten op dezelfde onroerende zaak te vestigen als ze beide aan de opstaller de eigendom van dezelfde opstal beogen te verschaffen? Goed verdedigbaar is dat dat kan, maar dat het recht van de tweede opstaller niet tegen de eerste opstaller kan worden ingeroepen. Het eigendomsrecht van de tweede opstaller krijgt daarom feitelijk pas betekenis indien het eerste opstalrecht eindigt voordat het tweede eindigt. Je staat als tweede opstaller dus als het ware op de wachtlijst boven anderen.

We bespreken hierna kort enkele situaties waarin een behoefte aan rangwisseling zou kunnen worden gevoeld. Onze conclusie is dat een echte rangwisseling niet nodig is, omdat door middel van (gedeeltelijke) afstand een op rangwisseling gelijkend resultaat kan worden bereikt.⁷¹

Stel dat op (eigendom van) een onroerende zaak van A een erfpachtrecht is gevestigd ten gunste van B. Inhoudelijk is dit erfpachtrecht niet beperkt, we noemen het gemakshalve een max-erfpacht, en B heeft dus het exclusieve genot van de grond en de opstallen. Voor een later te realiseren WKO-installatie willen partijen – grondeigenaar en erfpachter samen – een opstalrecht vestigen ten gunste van C, dat doorloopt ook als het erfpachtrecht eerder mocht eindigen dan het opstalrecht. Als men voor het geldende recht aanneemt dat de erfpachter een onderopstalrecht kan vestigen, en de bloot-eigenaar verklaart met die vestiging in te stemmen,

69 Mouthaan ziet ten onrechte problemen bij het bestaan van twee erfpachtrechten op hetzelfde object, met niet-conflicterende bevoegdheden: B.C. Mouthaan, 'Het opstalrecht en erfpachtrecht als instrumenten voor meervoudig ruimtegebruik', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2012, afl. 3, p. 9.

70 Zie ook Van Velten 2015, par. 2.4.2.

71 Vgl. A. Steneker, *Pandrecht*, (Monografieën BW nr. B12a), Deventer: Kluwer 2012/16, die rangwisseling bij pandrechten aanmerkt als 'twee wijzigingen', namelijk wijziging van het eerste pandrecht en wijziging van het tweede pandrecht. Ook Van Velten lijkt in partiële afstand een alternatief voor een formele rangwisseling te zien. Van Velten 2015, par. 17.11. Zijn uitwerking van de wijze waarop dat zou kunnen plaatsvinden, is ons overigens bepaald onduidelijk.

is er geen probleem (zie art. 5:93 lid 2, laatste zin BW). Maar als hierover wordt getwijfeld, kan een tot op zekere hoogte vergelijkbaar resultaat worden bewerkstelligd door middel van partiële afstand van het erfpachtrecht.⁷² In één (driepartijen)akte kan de inhoud van de erfpacht worden gewijzigd zodat het genotsrecht van B niet langer betrekking heeft op de WKO-installatie en kan A aan C een opstalrecht verschaffen. Als het opstalrecht korter moet duren dan de max-erfpacht, kan dit worden bewerkstelligd door de erfpachtwijziging zo vorm te geven dat het gebruik van de onroerende zaak zich niet uitstrekt over de WKO-installatie zolang het opstalrecht van C bestaat. Van een rangwisseling is hier strikt genomen geen sprake, doordat ervoor wordt gezorgd dat beide rechten niet conflicteren (zie par. 5.2). Maar het principe is in hoge mate vergelijkbaar: de eerste in tijd doet (al dan niet tijdelijk) vrijwillig een stapje terug ten gunste van een later gevestigd beperkt recht. Een mogelijk nadeel van het volgen van de weg van wijziging, is dat steeds medewerking van de erfverpachter en erfpachter nodig is. Erfverpachter A noch erfpachter B kan zelfstandig eigendom verschaffen aan C.

Wanneer de erfpachter op grond van de wet eigenaar zou zijn van de opstallen, kan hij zonder twijfel het eigendomsrecht van de WKO-installatie aan een derde verschaffen door het vestigen van een ondererfpachtrecht. Met instemming van de bloot-eigenaar kan het ondererfpachtrecht (en daarmee de eigendom) een langere levensduur hebben dan het erfpachtrecht.

Hetzelfde principe kan worden toegepast als eerst een max-opstalrecht is gevestigd, waarna de grondeigenaar zijn onroerende zaak in erfpacht wil uitgeven. Als partijen erover overeenstemming kunnen bereiken dat de erfpachter ook het exclusieve genot van een deel van de opstallen verkrijgt, kan dat deel van de opstallen worden ontslagen uit het 'opstalverband', door wijziging (= partiële afstand) van het opstalrecht. Het opstalrecht doorbreekt na de wijziging niet langer de natrekking voor die opstallen. Als het opstalrecht reeds was bezwaard met hypotheek, dan zal uiteraard de hypotheekhouder bij deze quasi-rangwisseling moeten worden betrokken, als men zeker wil stellen dat de erfpachter geen hinder zal ondervinden van een eventuele hypothecaire executie.

72 Er zijn natuurlijk verschillen, zo bijv. met betrekking tot de handhaving van de naleving van de voorwaarden (wie beslist als de opstaller zich niet aan de voorwaarden houdt?).

We verwijzen ten slotte naar hetgeen over rangwisseling is opgemerkt in par. 4.3.

6 Het afhankelijke opstalrecht

6.1 Algemeen

Art. 5:101 lid 2 BW kan in de notariële praktijk tot hoofdbrekens leiden: is een gevestigd opstalrecht wel of niet 'afhankelijk' in de daar bedoelde zin? Bevestigende beantwoording van die vraag kan ongewenst zijn als het opstalrecht is gevestigd in nauwe samenhang met een eveneens tussen de grondeigenaar en de opstaller gesloten huurovereenkomst. Het opstalrecht zal dan vaak dienen om de huurder in de gelegenheid te stellen de door hem gerealiseerde bebouwingen hypothecair te financieren, wat – als het opstalrecht inderdaad afhankelijk is – niet mogelijk is. Immers, een huurafhankelijk opstalrecht is niet overdraagbaar en dus (art. 3:81 lid 1 en 3:228 BW) niet verhypotheckeerbaar. En hoewel het dus van groot belang is zeker te weten of een opstalrecht wel of niet afhankelijk is, is het oordeel daarover voor hypothecaire financiers niet altijd even duidelijk. Zou de wet niet duidelijker moeten regelen wanneer een opstalrecht afhankelijk is?

6.2 Het gebruik van afhankelijke en aanvullende opstalrechten

Met name in wat oudere akten waarbij grond in erfpacht is uitgegeven, leest men nog wel dat aan de erfpachter tevens een recht van opstal is verleend. Dat dit opstalrecht van het erfpachtrecht afhankelijk is, wordt niet altijd met zoveel woorden gezegd, maar we mogen aannemen dat het wel als zodanig bedoeld is. Men zal immers niet beoogd hebben dat het opstalrecht in stand kan blijven bij het einde van de erfpacht of dat het opstalrecht zonder de erfpacht aan een derde kan worden overgedaan. De zin van het verlenen van een opstalrecht naast de erfpacht was vooral dat op die manier duidelijk werd dat de erfpachter/opstaller bij het einde van zijn recht aanspraak maakte op vergoeding van de opstalwaarde: een

dergelijk vergoedingsrecht was bij erfpacht niet en bij opstal wél wettelijk geregeld.⁷³

De combinatie van een opstalrecht en een huurrecht kwam eveneens voor, echter daarbij ligt een geheel andere bedoeling in de rede: de toegevoegde waarde van het opstalrecht voor een huurder is vaak vooral gelegen in diens behoefte de opstal hypothecair te financieren.⁷⁴ Voor een financier is het echter niet gewenst als zijn onderpand slechts in handen kan zijn van degene die ook gerechtigd is tot de huurovereenkomst. Dat huurrecht kan de financier immers niet overdragen aan een eventuele veilingkoper. Kortom, als niet al de in de inleiding genoemde wetstechnische bezwaren aan de verhypothekering van een huurafhankelijk opstalrecht in de weg staan, dan zijn het wel dit soort praktische beletselen. Het recht is bedoeld als een zelfstandig, *huuraanvullend* opstalrecht. De band tussen huur- en opstalrecht bestaat er dan bijvoorbeeld in dat de huurovereenkomst eindigt bij de overdracht van het opstalrecht aan een derde, terwijl de (nieuwe) opstalgerechtigde dan krachtens de opstalvoorwaarden verplicht en gerechtigd is tot het sluiten van een nieuwe huurovereenkomst die identiek is aan de rechtsverhouding die met de vorige opstalgerechtigde bestond.

6.3 Wanneer is een opstalrecht afhankelijk?

In de erfpacht- en opstalregeling komen veel bepalingen voor op grond waarvan van een bepaling 'in de akte van vestiging' afhangt of een wetsbepaling wel of niet van toepassing is. Op grond van art. 5:85 lid 2 BW kan bijvoorbeeld in de vestigingsakte worden geregeld of een erfpachter wel of geen periodieke betaling aan de grondeigenaar verschuldigd is. Art. 5:101 lid 2 BW is evenwel anders geformuleerd: een opstalrecht 'kan' eenvoudigweg afhankelijk zijn van een ander recht. Het verschil is wat ons betreft wel te begrijpen: uiteindelijk is de afhankelijkheid vooral een kwestie van juridische kwalificatie. Die kwalificatie hangt (zie hierna) wel zeer nauw samen met een door partijen in de akte van vestiging gemaakte keuze, maar is daarmee toch niet helemaal gelijk te stellen. Een opstalrecht is afhankelijk als het niet kan bestaan zonder een ander, even-

73 Vgl. T.E. Booms, 'De oorsprong der soorten en het afhankelijke opstalrecht', *WPNR* 2015/7075, p. 758.

74 Vgl. A.A. van Velten, 'Kan een afhankelijk opstalrecht hypothecair worden bezwaard' (beantwoording rechtsvraag), *WPNR* 1993/6086, p. 230-231.

eens aan de opstalgerechtigde toekomstend recht (art. 3:7 BW). Zoals de wet geen regeling geeft op grond waarvan men kan regelen dat de genoemde periodieke betaling geen 'canon' mag heten, zo kunnen partijen hun opstalrecht niet als een zelfstandig recht kwalificeren als het desalniettemin op zodanige wijze is geconstrueerd dat het niet kan bestaan zonder een ander recht. Het opstalrecht *is* in zo'n geval eenvoudigweg afhankelijk, zoals de periodiek door de erfpachter verschuldigde financiële vergoeding eenvoudigweg een canon *is*.

Met het voorgaande is niet gezegd dat de toevoeging van het afhankelijke opstalrecht aan art. 5:101 lid 2 BW geen toegevoegde waarde heeft omdat ook zonder die toevoeging zou hebben gegolden dat het opstalrecht als afhankelijk recht kan worden geconstrueerd. Dat laatste is niet het geval. Dat hangt samen met het feit dat de tussentijdse beëindiging van opstalrechten normaliter dwingendrechtelijk wordt beheerst door het – de opstalgerechtigde beschermende – regime van art. 5:87 BW. Zou het afhankelijke opstalrecht niet hebben bestaan, dan zouden pogingen om het opstalrecht voor wat betreft de duur te koppelen aan bijvoorbeeld een huurovereenkomst steeds afstuiten op die bepaling: uiteindelijk zou de rechter bij het einde van de huurovereenkomst dan steeds dienen te beoordelen of voor het opstalrecht ook aan de vereisten uit art. 5:87 BW is voldaan. Een daadwerkelijke koppeling komt daarmee nooit van de grond. Dat de wet het afhankelijke opstalrecht expliciet regelt, is wat ons betreft van belang omdat het de werking van art. 5:87 BW in dit opzicht relativiseert: als het opstalrecht wordt gevestigd in combinatie met één van de in art. 5:101 lid 2 BW genoemde rechten, kan de duur van het opstalrecht worden beheerst door het regime van het desbetreffende recht. Zou – evenals onder het oude BW – de duur van erfpacht- en opstalrechten altijd vrij geregeld kunnen worden, dan was een specifieke wetsbepaling voor het afhankelijke opstalrecht geheel overbodig geweest.

Hoe dient men dan te beoordelen of een opstalrecht afhankelijk is? Die kwalificatie dient te volgen op een uitleg van de vestigingsakte, waarbij het – volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad – gaat om de in de notariële akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling die moet worden afgeleid uit de naar objectieve maatstaven uit te leggen inhoud van de gehele akte.⁷⁵ Op die manier zal moeten blijken of het opstalrecht zo is

⁷⁵ We volstaan met een verwijzing naar HR 8 december 2000, NJ 2001/350 (*Eelder Woningbouw/Van Kammen*) en HR 22 oktober 2010, NJ 2011/111 (*Kamsteeg/Lisser*).

geconstrueerd dat het steeds behoort tot het vermogen van de gerechtigde tot het hoofdrecht. Een voorbeeld is een aan de huurder verleend opstalrecht dat gevestigd is onder de ontbindende voorwaarde van het eindigen van de huurovereenkomst en dat niet bedoeld is om – gedurende de huurovereenkomst – aan een ander dan de huurder toe te behoren. Daarbij moet men zich overigens bedenken dat – zelfs als partijen een dergelijk opstalrecht in de akte uitdrukkelijk als een zelfstandig recht aanmerken – de kwalificatie als afhankelijk recht vermoedelijk desalniettemin het dichtst bij de bedoelingen van partijen komt. Bij een zelfstandig opstalrecht is de geldigheid van de genoemde ontbindende voorwaarde namelijk uiterst dubieus. Immers, deze voorwaarde houdt de facto een verplichting in voor de opstalgerechtigde om tevens een huurovereenkomst te hebben. Of en in hoeverre de niet-nakoming van die verplichting tot beëindiging van een zelfstandig opstalrecht kan leiden, alsmede welke vergoedingsrechten alsdan bestaan, wordt dwingendrechtelijk beheerst door het genoemde art. 5:87 BW. Die wetsbepaling vormt mede het goederenrechtelijke stelsel dat niet ter vrije dispositie van partijen staat en waarmee ontbindende voorwaarden niet in strijd mogen komen.⁷⁶ Een zelfstandig opstalrecht (of een erfpachtrecht) onder een dergelijke ontbindende voorwaarde achten wij dan ook niet mogelijk. Die voorwaarde is echter wel geldig voor zover het opstalrecht als een in art. 5:101 lid 2 BW erkend afhankelijk opstalrecht is aan te merken; op dergelijke afhankelijke opstalrechten is art. 5:87 BW immers niet van toepassing.

De aan het slot van de vorige paragraaf omschreven huuraanvullende opstalrechten kunnen echter wel degelijk voortbestaan bij het einde van de huur. Er is dan geen goede grond deze rechten als afhankelijke opstalrechten aan te merken: ze zijn eenvoudigweg zelfstandig.⁷⁷ De bestaande wetgeving en rechtspraak biedt wat ons betreft voldoende duidelijkheid op dit punt. Wij zien weinig toegevoegde waarde in een specifieke wetsbepaling op grond waarvan afhankelijkheid slechts aan de orde is wanneer dat met zoveel woorden in de vestigingsakte is gezegd. Dat zou

76 Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 123.

77 In deze zin ook Ploeger 1997, nr. 211, J. de Jong & H.D. Ploeger, *Erfpacht en opstal* (Monografieën BW B28), Deventer: Kluwer 2008, nr. 48 en P.L. Visser & F.J. Vonck, 'De toegevoegde waarde van het huurafhankelijke opstalrecht', *TvHB* 2013/2, p. 82.

slechts ruimte scheppen om opstalrechten die feitelijk afhankelijk zijn, toch als zelfstandige rechten te kwalificeren.⁷⁸

6.4 De toegevoegde waarde van het afhankelijke opstalrecht

De belangrijkste praktische meerwaarde van de figuur van het afhankelijke opstalrecht is wat ons betreft dat zij de werking van het strenge regime van art. 5:87 BW relativeert. Als het opstalrecht wordt gevestigd in combinatie met één van de in art. 5:101 lid 2 BW genoemde figuren, kan men bewerkstelligen dat de beëindiging van het opstalrecht niet door art. 5:87 BW wordt beheerst, maar door het regime van die andere rechtsfiguur. Een legitieme vraag is in hoeverre aan deze relativering daadwerkelijk behoefte bestaat. Naast een huurovereenkomst lijkt de rechtspraktijk – met het oog op de financiering – vooral belang te hebben bij *zelfstandige* opstalrechten, terwijl een opstalrecht voor een erfpachter weinig toegevoegde waarde heeft. De erfpachter maakt inmiddels immers ook zonder opstalrecht, op grond van art. 5:99 BW, bij het einde van zijn recht aanspraak op vergoeding van de opstalwaarde. Voorziet art. 5:101 lid 2 BW dan nog wel in een materiële behoefte?

Die behoefte is inderdaad beperkt, maar naar onze overtuiging is er voorts nog geen reden om art. 5:101 lid 2 BW af te schaffen. In de eerste plaats voorziet de bepaling, tot de in par. 3 bepleite toekenning van eigendom van rechtswege aan de erfpachter, in de emotionele behoefte van erfpachters aan 'juridische eigendom'. Zou die eigendom aan een erfpachter worden verschaft met behulp van een zelfstandig opstalrecht, dan is niet verzekerd dat bij een overdracht van het erfpachtrecht ook van rechtswege het opstalrecht mee overgaat, terwijl bovendien gemakkelijk de vraag rijst – in het bijzonder als het opstalrecht en het erfpachtrecht op enig moment inderdaad in verschillende handen zijn gekomen – of een grond voor beëindiging van de erfpacht, tevens voldoende reden is om het opstalrecht op te zeggen. Kan het opstalrecht bijvoorbeeld worden beëindigd als de erfpachtcanon voor een periode van twee jaren niet is betaald, terwijl voor het opstalrecht zelf geen retributie verschuldigd is? Om dergelijke problemen te kunnen vermijden, is het wenselijk een opstal-

⁷⁸ T.E. Booms, 'De oorsprong der soorten en het afhankelijke opstalrecht', *WPNR* 2015/7075, p. 763 acht wel van belang dat de keuze tussen een afhankelijk en een zelfstandig opstalrecht expliciet in de akte wordt gemaakt.

recht te kunnen koppelen aan de erfpacht. Schaft men het afhankelijke opstalrecht af, dan kunnen ingewikkeldheden op dit punt slechts worden vermeden door in het geheel geen erfpachtrecht te vestigen, maar slechts een zelfstandig opstalrecht. Het nadeel daarvan is echter dat, naarmate het aan de opstaller te verstrekken genot van de grond verder verwijderd ligt van diens bevoegdheden ten aanzien van de opstal, minder zeker is dat dergelijk genot als onderdeel van het opstalrecht kan worden verstrekt. Bij een gemiddelde woning zal, in het verlengde van art. 5:103 BW, het volledige genot van de grond nog wel in het opstalrecht kunnen worden ondergebracht.⁷⁹ Echter, bij de uitgifte van een groot landgoed met daarop slechts een in omvang beperkte opstal, ligt het meer voor de hand om het gebruik van het landgoed te verstrekken met behulp van een erfpachtrecht.

Belangrijker dan de emotionele behoefte aan eigendom zijn de juridische consequenties die het Burgerlijk Wetboek aan de kwalificatie eigenaar verbindt. Die zijn in het bijzonder gelegen in de opstalaansprakelijkheid van art. 6:174 BW.⁸⁰ Krachtens dat artikel ligt het risico van een gebrekkige opstal bij de bezitter daarvan, tenzij sprake is van een bedrijfsmatige gebruiker in de zin van art. 6:181 BW. Wil men het bezit van de opstal, bijvoorbeeld in geval van een 'klussende huurder' die zelf een tuinhuis of garage in elkaar knutselt niet bij de grondeigenaar maar bij de opstalgebruiker leggen, dan ligt de vestiging van een opstalrecht in de rede. Het zal dan gewenst zijn dat de huurder bij het einde van zijn huurrecht de opstallen verwijderd en het opstalrecht kwijtraakt; een van de huur afhankelijk opstalrecht is dan nuttig. Eenzelfde behoefte rijst bij de vestiging van een erfdiensbaarheid waarbij de eigenaar van het heersende erf op de voet van art. 5:75 BW opstallen gaat realiseren op het dienende erf. Van dergelijke opstallen heeft de eigenaar van het dienende erf geen enkel genot, maar als deze opstallen gebrekkig zijn is er een gereede kans dat hij wel aansprakelijk is.⁸¹ Wil men die aansprakelijkheid verleggen naar de eigenaar van het heersende erf, dan is – zo lezen we reeds in de parlementaire geschiedenis⁸² – de vestiging van een van de erfdiensbaarheid afhankelijk opstalrecht, de aangewezen weg.

79 HR 11 maart 1981, *NJ* 1982/76.

80 Zie P.L. Visser & F.J. Vonck, 'De toegevoegde waarde van het huurafhankelijke opstalrecht', *TvHB* 2013/2, p. 85.

81 Vgl. HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003/297.

82 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 268 (MvA II).

Voor afschaffing van het afhankelijke opstalrecht is – zolang de hiervoor genoemde voordelen van de rechtsfiguur niet op andere wijze in het rechtssysteem zijn verankerd – geen reden. Men kan zich zelfs, met Booms, afvragen of de mogelijkheden van het afhankelijke opstalrecht niet juist zouden moeten worden uitgebreid.⁸³ Onder het vigerende art. 5:101 lid 2 BW kan een afhankelijk opstalrecht slechts worden gekoppeld aan een huur- of pachtrecht of aan een ander zakelijk recht op dezelfde onroerende zaak. Booms vraagt zich af of het afhankelijke opstalrecht niet ook gekoppeld moet kunnen worden aan een ander erf of aan een andersoortig gebruiksrecht dan een huur- of een pachtrecht. Of een dergelijke uitbreiding inderdaad wenselijk is, vergt wat ons betreft nader onderzoek naar de behoeften die daaraan in de praktijk bestaan. Het verdient in dit verband opmerking dat de koppeling aan een ander erf naar geldend recht wel mogelijk is, namelijk via de band van de erfdienstbaarheid. Er kan een erfdienstbaarheid worden gevestigd krachtens welke de eigenaar van het dienend erf moet dulden dat de eigenaar van het heersend erf een gebouw heeft op het dienend erf, terwijl tegelijkertijd krachtens een van die erfdienstbaarheid afhankelijk opstalrecht kan worden geregeld dat de eigendom van het desbetreffende gebouw aan de eigenaar van het heersende erf toekomt. Die tussenschakel heeft natuurlijk iets omslachtigs, maar zij verzekert ook dat er een duidelijk wettelijk regime (dat van titel 5.6 BW) op de onderlinge rechtsverhouding van toepassing is dat past bij de wijze waarop vergelijkbare verhoudingen tussen dienende en heersende erven zijn geregeld.

Ook de koppeling aan andersoortige gebruiksrechten zou nader onderzocht moeten worden. Praktische behoefte daaraan is ons nog niet gebleken, maar die kunnen wij vanzelfsprekend ook niet uitsluiten. Een aandachtspunt bij een dergelijke uitbreiding zou wel moeten zijn dat de afhankelijke opstalgerechtigde slechts de beëindigingsbescherming geniet die door het hoofdrecht geboden wordt. Het is daarom de vraag of het al te gemakkelijk kunnen koppelen van opstalrechten aan willekeurig welke rechtsfiguur, de dwingendrechtelijke bescherming die art. 5:87 lid 2 BW aan opstalgerechtigden beoogt te bieden, niet te veel op de tocht zet.⁸⁴

83 T.E. Booms, 'De oorsprong der soorten en het afhankelijke opstalrecht', *WPNR* 2015/7075, p. 762-763.

84 Daarbij tekenen we wel aan dat reeds thans de koppeling mogelijk is aan huurovereenkomsten die – wanneer het genot van de opstallen aan de huurder toekomt krachtens het afhankelijke opstalrecht – steeds zullen neerkomen op de niet-wettelijk gereguleerde huur van onbebouwde grond. Vgl. HR 12 juli 2012, *NJ* 2013/8 en 9.

6.5 Afhankelijk opstalrecht naar Belgisch recht

Het Belgische recht kent dezelfde afbakeningsmoeilijkheid, maar op basis van andere parameters. Het Belgische recht kent het zgn. 'accessoire opstalrecht' ('superficie-conséquence'), op grond waarvan eenieder die krachtens een overeenkomst of de wet op andermans grond een gebouw opricht, eigenaar blijft van dat gebouw voor de duurtijd van zijn recht. Dat tijdelijke eigendomsrecht bestaat van rechtswege en wordt dus aangeduid als 'accessoire opstalrecht'.⁸⁵ Het biedt aan de beperkte gerechtigde de bevoegdheid om tijdens de duurtijd van het hoofdrecht de door hem opgerichte gebouwen opnieuw af te breken, te hervormen enzovoort. De zaak die het voorwerp is van het beperkt recht, moet immers enkel in zijn oorspronkelijke staat worden teruggegeven, zonder rekening te houden met die opstallen. Het accessoir opstalrecht heeft in het Belgische recht geen wettelijke grondslag.

Het accessoire opstalrecht is niet enkel gekoppeld aan een erfpacht (zie hiervoor) of een vruchtgebruik, maar ook aan persoonlijke rechten (huur, bruikleen). Het kan zelfs aan een erfdiensbaarheid gekoppeld zijn: indien bijvoorbeeld een erfdiensbaarheid van overbouw er bijvoorbeeld toe leidt dat de eigenaar van het heersende perceel boven het lijdende erf mag bouwen, en ook eigenaar mag blijven van de uitstekende vleugel. De horizontale natrekking, die naar Belgisch recht niet is geregeld, vindt hier dus een functioneel equivalent in het accessoire opstalrecht.⁸⁶

Er is een belangrijk verschilpunt tussen een accessoir opstalrecht en een zelfstandig opstalrecht in het Belgische recht: een accessoir opstalrecht is niet onderworpen aan de dwingende termijnbeperking van vijftig jaar, maar kan voortduren zolang het hoofdrecht duurt. Zo heeft een opstalrecht dat accessoir is aan een huur of erfpacht, een maximumduur van 99 jaar, een opstalrecht dat accessoir is aan een vruchtgebruik het leven van de vruchtgebruiker (of dertig jaar bij rechtspersonen,⁸⁷ een opstalrecht dat verbonden is aan een erfdiensbaarheid kan eeuwigdurend zijn indien ook de erfdiensbaarheid eeuwigdurend is.

85 Zie voor het accessoire opstalrecht: Sagaert 2014, nrs. 770 en 745-750. D. Michiels, 'Het accessoir opstalrecht', *T. Not.* 2007, 213-227.

86 Cass. 12 juni 2014, *RW* 2014-15/905, m.nt. V. Sagaert.

87 Zie art. 617-619 Belgisch BW.

Toch zijn de bevoegdheden verleend door een accessoir opstalrecht beperkter dan die van een zelfstandig opstalrecht: een accessoir opstalrecht is verbonden aan het zakelijk of persoonlijk genotsrecht waaraan het is gekoppeld. Het kan er niet worden van losgemaakt, zodat het niet afzonderlijk het voorwerp kan uitmaken van een verkoop of bezwaring met een hypotheek.⁸⁸ Een schuldeiser kan evenmin afzonderlijk beslag leggen op de opstallen ten laste van de gebruiker. Deze opvatting wordt ten onrechte bekritiseerd:⁸⁹ zakelijke zekerheidsrechten verlenen aan de titularis de uitsluitende macht om tot verkoop over te gaan, wat *in casu* met het accessoriteitsbeginsel in strijd zou komen.

In de praktijk is het ook naar Belgisch recht niet steeds eenvoudig om te bepalen of men met een zelfstandig opstalrecht dan wel met een accessoir opstalrecht te maken heeft. Het gebeurt namelijk frequent dat contractueel een gebruiksrecht wordt toegekend op een onroerend goed dat ook een recht tot bouwen omvat, maar dat partijen daarnaast uitdrukkelijk bevestigen dat indien de titularis hiervan gebruikmaakt, hij ook eigenaar blijft van het door hem opgerichte gebouw voor de duur van het gebruiksrecht. Zo wordt in een huurcontract vaak (declaratief) bevestigd dat de huurder eigenaar blijft van de door hem opgerichte constructies voor de duur van zijn recht. Het gaat in dat geval om een zelfstandig opstalrecht. Het voordeel voor partijen is dat ze dan het eigendomsrecht op de gebouwen zelfstandig kunnen overdragen of met hypotheek kunnen bezwaren, los van de gebruiks- en genotsbevoegdheden op de grond. Indien het gebruiksrecht in dat geval langer dan vijftig jaar zou duren, zou het recht na vijftig jaar in een accessoir opstalrecht transformeren.

7 Opzegging

7.1 Algemeen

Voor de opzegging van het erfpachtrecht en opstalrecht is een (gedeeltelijk) dwingendrechtelijke regeling in de wet neergelegd (art. 5:87-88 BW,

88 S. Bouly, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Antwerpen: Intersentia 2015, nr. 275; M. Muylle, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Anvers: Intersentia 2012, n°. 463; V. Sagaert 2014, nr. 747.

89 D. Michiels, 'Het accessoir opstalrecht', *T. Not.* 2007, 222; K. Swinnen, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen: Intersentia 2014, nr. 357.

op het opstalrecht van overeenkomstige toepassing, art. 5:104 lid 2 BW). Deze regeling roept de nodige vragen en bedenkingen op. Een van ons (Vonck) heeft hierbij in zijn proefschrift reeds uitgebreid stilgestaan.⁹⁰ De overige auteurs sluiten zich aan bij zijn analyse. Om die reden behandelen wij de problematiek hier niet uitgebreid, maar wijzen wij kort op de door Vonck gesignaleerde knelpunten en mogelijke oplossingen.

7.2 Verhouding tussen opzegging wegens tekortschieten en om andere redenen

In art. 5:87 lid 2 BW wordt bepaald dat

“[e]en erfpacht door de eigenaar [kan] worden opgezegd, indien de erfpachter in verzuim is de canon over twee achtereenvolgende jaren te betalen of in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn andere verplichtingen.”

Lid 3 bepaalt vervolgens:

“Een beding dat ten nadele van de erfpachter van het vorige lid afwijkt is nietig. In de akte van vestiging kan aan de eigenaar de bevoegdheid worden toegekend tot opzegging, behoudens op grond van tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen.”

Het lijkt tegenstrijdig dat in lid 3 wordt bepaald dat niet ten nadele van lid 2 kan worden afgeweken en vervolgens dat aan de eigenaar de bevoegdheid tot opzegging in de akte van vestiging kan worden toegekend, behoudens op grond van tekortschieten van de erfpachter. Kan bijvoorbeeld een algemene opzeggingsbevoegdheid van de eigenaar in de akte worden opgenomen en kan hij de erfpacht opzeggen wanneer hij een andere bestemming wenst te geven aan de zaak, waarvoor hij een andere erfpachter in gedachte heeft? Is dit onmogelijk, omdat uit lid 3, eerste zin volgt dat niet om andere redenen dan die in lid 2 genoemd zijn opgezegd kan worden? Of kan geldig opgezegd worden, omdat het vervolg van lid 3

90 Vonck 2013, p. 235 e.v.

immers bepaalt dat de eigenaar in de akte de bevoegdheid tot opzegging kan worden toegekend?

Inmiddels is over de interpretatie van art. 5:87 lid 2 en 3 BW in de literatuur duidelijkheid geschapen.⁹¹ Opzegging is ook om andere redenen dan die genoemd in art. 5:87 lid 2 BW mogelijk, indien dit is bepaald in de vestigingsakte. Wel geldt de beperking dat dit geen afwijking ten nadele van de erfpachter van lid 2 in mag houden (bijvoorbeeld indien bedongen zou worden dat na één jaar verzuim in betaling van de canon opgezegd zou mogen worden) en dat de opzegging (dus) niet mag geschieden wegens tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen (dus ander tekortschieten dan 'afgedekt' door lid 2). Blijkens de literatuur zal het bij een op grond van art. 5:87 lid 3 BW toegekende opzeggingsbevoegdheid vaak gaan om opzegging wegens redenen van algemeen belang. Een dergelijke opzeggingsbevoegdheid is toegestaan. Een algemene opzeggingsbevoegdheid is ook toegestaan, mits vervolgens maar niet opgezegd wordt in afwijking van lid 2. Bovendien kan een in de akte neergelegde opzeggingsbevoegdheid ook onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar zijn (art. 6:216 jo. art. 6:231 e.v. BW) en kan het zich voordoen dat het voor de erfverpachter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is zich op de opzeggingsbevoegdheid te beroepen (art. 6:216 jo. art. 248 lid 2 BW).⁹²

In het gegeven voorbeeld is dus op zichzelf een geldige opzeggingsbevoegdheid bedongen, en zal opzegging wegens de wens een andere bestemming te geven aan het object in beginsel toegestaan zijn, mits maar niet *eigenlijk* opgezegd wordt omdat de erfpachter (op niet-ernstige wijze, zie lid 2) zijn verplichtingen niet nakomt. Al met al een tamelijk ingewikkelde regeling dus. Niet alle moeilijkheden kunnen weggenomen worden door de wet te wijzigen, ervan uitgaande dat aan de dwingendrechtelijke bescherming van de erfpachter vastgehouden moet worden. Het onderscheid tussen opzegging wegens tekortschieten van de erfpachter, hetgeen slechts in beperkte mate mogelijk is, en om andere redenen, hetgeen in beginsel onbeperkt mogelijk is, blijft dan bestaan. Het zal niet altijd eenvoudig vast te stellen zijn waarvan in een concreet geval sprake is. Bovendien is het in 'ernstige mate' tekortschieten uit lid 2 een vage

91 Met name het antwoord van de minister op Kamervragen die in 1992 zijn gesteld over de interpretatie van art. 5:87 lid 3 BW en het artikel van Breedveld-de Voogd daarover (*WPNR* 1992/6034, p. 89-90) zijn van belang.

92 Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/216, 220, 239.

norm, die daardoor voor afbakeningsvraagstukken kan zorgen, maar dit kan niet opgelost worden door een wetwijziging; het is onmogelijk voor alle denkbare gevallen in de wet te bepalen of ze al dan niet kwalificeren als een 'ernstige mate' van tekortschieten. Wel kan enige verduidelijking in de hier besproken systematiek van lid 2 en lid 3 van art. 5:87 BW worden aangebracht door het artikel anders te redigeren, zoals ook voorgesteld door Vonck.⁹³

7.3 Waardevergoeding en betekening van de opzegging

Ook op andere vlakken kan de regeling van opzegging verduidelijking gebruiken. In lid 2 van art. 5:87 BW is bepaald dat de eigenaar bij het einde van de erfpacht verplicht is de waarde van de erfpacht aan de erfpachter te vergoeden. Is deze vergoeding alleen verschuldigd bij het einde van de erfpacht vanwege een opzegging zoals bedoeld in lid 2, dus wegens verzuim bij betaling van de canon over twee achtereenvolgende jaren of bij ernstig tekortschieten in andere verplichtingen, of ook bij opzegging zoals bedoeld in lid 3, dus op een andere grond? De redactie van het wetsartikel wijst erop dat de vergoedingsverplichting alleen geldt voor het geval uit lid 2, maar door de sterke onderlinge samenhang tussen lid 2 en lid 3 zou gedacht kunnen worden dat de vergoedingsplicht ook geldt voor andere gevallen van opzegging door de eigenaar. Uit de wetsgeschiedenis van art. 5:87 BW blijkt dat de verplichting tot vergoeding van de waarde van de erfpacht alleen bedoeld is voor het geval dat in lid 2 is geregeld.⁹⁴ Dit zou in de wettekst verduidelijkt kunnen worden. Uit de wetsgeschiedenis van art. 5:87 BW blijkt ook dat de verplichting tot betekening van de opzegging op grond van lid 2 aan degenen die als beperkt gerechtigde of beslaglegger op de erfpacht in de openbare registers staan ingeschreven, is voortgekomen uit de gedachte dat deze beperkt gerechtigden en beslagleggers de mogelijkheid moeten hebben de oorzaak van de opzegging weg te nemen.⁹⁵ Door bijvoorbeeld de achterstallige canon te voldoen, kunnen zij voorkomen dat het object van hun beperkte recht of beslag tenietgaat, waardoor zij met lege handen komen te staan (vgl. art. 3:81 lid 2 onder a BW). De huidige regeling gaat echter uit van

93 Vonck 2013, p. 281-283.

94 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 332-334; *Parl. Gesch. Boek 5 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1056-1057; Vonck 2013, p. 272-274.

95 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 329-332. Zie ook Vonck 2013, p. 236 e.v.

betekening binnen acht dagen *na* de opzegging, waardoor de betekening voor de beperkt gerechtigden en beslagleggers als mosterd na de maaltijd komt. Is de opzegging immers geldig geschied, dan staan zij voor een voldongen feit. In het ontwerp van titel 7 van Boek 5 was eerder voorzien in een regeling van vervallenverklaring door de rechter, in plaats van een opzegging door de eigenaar. Daarbij werd bepaald dat de dagvaarding aan de beperkt gerechtigden en beslagleggers moest worden betekend, zodat zij de vervallenverklaring konden voorkomen. In een later stadium is de regeling van de vervallenverklaring vervangen door de huidige opzeggingsregeling van art. 5:87 lid 2 BW.⁹⁶ Kennelijk is daarbij over het hoofd gezien dat in de huidige regeling de beperkt gerechtigden en beslagleggers de opzegging niet meer op dezelfde wijze kunnen voorkomen zoals dat voorzien was voor de vervallenverklaring. Vonck heeft in zijn proefschrift uitgebreid aandacht besteed aan deze kwestie en ervoor gepleit de erfverpachter op straffe van nietigheid te verplichten de naderende opzegging *vooraf*, uiterlijk drie weken voorafgaand aan die opzegging, te betekenen aan beperkt gerechtigden en beslagleggers.⁹⁷ Naar onze mening verdient het aanbeveling de wet in deze zin te wijzigen.

In tegenstelling tot de hiervoor besproken onderwerpen (van de verhouding tussen opzegging wegens tekortschieten en om andere redenen, en in welk geval de vergoedingsverplichting van art. 5:87 lid 2 BW geldt) kan in dit geval van de betekening aan beperkt gerechtigden en beslagleggers niet worden volstaan met de huidige wettekst en uitleg daarvan. Indien vanwege deze gewenste verbetering de wet gewijzigd zou worden, zouden niettemin de andere, hiervoor besproken, onduidelijkheden meteen ook weggenomen kunnen worden. Vonck heeft hiertoe het hierna vermelde (door ons – mede gelet op hetgeen we hierna over art. 5:98 BW bespreken – nog iets aangepaste) wijzigingsvoorstel van art. 5:87 en 88 BW gedaan, waarin tevens twee andere onduidelijkheden worden weggenomen:⁹⁸ het moment waarop de waarde moet worden bepaald van de erfpacht die de eigenaar bij opzegging op grond van art. 5:87 lid 2 BW dient te vergoeden⁹⁹ en aan welke beperkt gerechtigden de opzegging dient te worden betekend (namelijk ook degenen die een ondererf-

96 *Parl. Gesch. Boek 5 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1056 e.v.

97 Vonck 2013, p. 236 e.v., 260-262, 281-283.

98 Vonck 2013, p. 283.

99 Zie hierover Vonck 2013, p. 271.

pachtrecht of recht van erfdienstbaarheid op de zaak van de erfpachter hebben verkregen, zie art. 5:84 en art. 5:93 BW).¹⁰⁰

Artikel 87

~~“1. Een erfpacht kan door de erfpachter worden opgezegd. De erfpachter kan een erfpacht opzeggen, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald.~~

~~2. Een erfpacht kan door de eigenaar worden opgezegd. De eigenaar kan een erfpacht opzeggen op grond van het tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen, indien de erfpachter in verzuim is de canon over twee achtereenvolgende jaren te betalen of in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn andere verplichtingen. De opzegging moet op straffe van nietigheid binnen acht dagen worden betekend aan degenen die als beperkt gerechtigde of beslaglegger op de erfpacht in de openbare registers staan ingeschreven. Na het einde van de erfpacht is de eigenaar verplicht de waarde die de erfpacht dan heeft aan de erfpachter de waarde te vergoeden die de erfpacht op de dag van betaling zou hebben in geval van ongewijzigd voortduren, na aftrek van hetgeen hij uit hoofde van de erfpacht van de erfpachter te vorderen heeft, de kosten daaronder begrepen.~~

~~3. Een beding dat ten nadele van de erfpachter van het vorige lid afwijkt is nietig. In de akte van vestiging kan aan de eigenaar de bevoegdheid worden toegekend tot opzegging, behoudens op grond van tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen.~~

~~4. Op straffe van nietigheid van de opzegging bedoeld in lid 2, dienen de gronden voor een voorgenomen opzegging te worden betekend aan degenen die op de achtentwintigste dag voorafgaand aan de opzegging als beperkt gerechtigde of beslaglegger op de erfpacht in de openbare registers staan ingeschreven en aan degenen die op die dag als beperkt gerechtigden in de zin van de artikelen 84 lid 1 en 93 lid 1 op de in erfpacht uitgegeven zaak in de openbare registers staan ingeschreven.~~

¹⁰⁰ Zie over dit vraagstuk M.Th.J.H. Straatman, 'Aan wie moet de opzegging van een erfpacht worden betekend?', *WPNR* 2013/6973, p. 342-346 die tot de tegenovergestelde conclusie komt. Gelet op de hiervoor beschreven ratio van het voorschrift de opzegging aan beperkt gerechtigden en beslagleggers te betekenen, kan het echter niet anders dan dat hieronder ook de beperkt gerechtigden in de zin van art. 5:84 en art. 5:93 moeten worden verstaan, zie art. 5:84 lid 3 en art. 5:93 lid 2 BW. Zie ook Vonck 2013, p. 239.

Deze betekening dient uiterlijk op de eenentwintigste dag voorafgaand aan de opzegging te worden gedaan.

5. De eigenaar kan een erfpacht opzeggen op grond van andere redenen van het tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen, indien de bevoegdheid daartoe hem in de akte van vestiging wordt verleend."

Artikel 88

"1. Iedere opzegging geschiedt bij ~~exploit~~ *exploot*. Zij geschiedt ~~tenminste~~ *ten minste* een jaar voor het tijdstip waartegen wordt opgezegd, doch in het geval van artikel 87 lid 2 en 98 lid 1 ~~tenminste~~ *ten minste* een maand voor dat tijdstip.

2. In het geval van artikel 87 lid 2 weigert de bewaarder de inschrijving van de opzegging als niet ~~tevens wordt overgelegd de betekening daarvan aan degenen die in de openbare registers als beperkt gerechtigde of beslaglegger op de erfpacht stonden ingeschreven aan de opzegging een afschrift is gehecht van de betekening bedoeld in artikel 87 lid 4."~~

7.4 Doen blijken van het einde van de erfpacht (art. 5:98 BW)

Wij staan ten slotte nog stil bij art. 5:98 BW. Art. 5:98 BW bepaalt dat indien de erfpacht eindigt door verstrijken van de duur ervan en de zaak niet is ontruimd, de erfpacht blijft doorlopen, tenzij de eigenaar uiterlijk binnen zes maanden 'doet blijken' dat hij haar als geëindigd beschouwt. Doet de eigenaar niet binnen zes maanden blijken dat hij de erfpacht als geëindigd beschouwt, dan moet ingevolge art. 5:98 lid 1 BW de erfpacht opgezegd worden op de wijze en met inachtneming van de termijn die is geregeld in art. 5:88 BW, dat wil zeggen bij *exploot* met een termijn van een jaar. De vraag kan worden gesteld of het 'doen blijken' een rechtshandeling is en zo ja, of die die rechtshandeling onder voorwaarde kan geschieden.

Uit de wet blijkt niet duidelijk wat onder 'doen blijken' moet worden verstaan. Wat ons betreft zou het in ieder geval wenselijk zijn wanneer het doen blijken een rechtshandeling zou inhouden, die gericht is op de beëindiging. Zou dat niet het geval zijn, dan bestaat immers de mogelijkheid dat beide partijen weliswaar de erfpacht willen voortzetten, maar dat de erfverpachter desalniettemin de rechtsband beëindigt, namelijk door met het aangaan van de onderhandelingen over verlenging aan te geven

dat hij de bestaande erfpacht als geëindigd beschouwt. Daarmee zou dan een periode ontstaan waarin onduidelijk is krachtens welke rechtsgrond de erfpachter de onroerende zaak mag gebruiken.

Wij menen dat de meest wenselijke interpretatie van art. 5:98 BW is dat doen blijken een informele vorm van opzeggen inhoudt. Art. 5:98 BW laat zich dan als volgt begrijpen. Als de erfpachter de in erfpacht gegeven zaak niet heeft ontruimd op het tijdstip dat de duur waarvoor het erfpachtrecht is gevestigd, is verstreken, loopt het erfpachtrecht van rechtswege door. Door middel van een vormvrije rechtshandeling kan de van rechtswege verlengde erfpacht door de eigenaar worden beëindigd.¹⁰¹ Na zes maanden schakelt de wet over naar het opzeggingsregime van art. 5:88 BW.

Het is voorstelbaar dat partijen in overleg zijn over het verlengen van de erfpacht en dat voorzien wordt dat hierover niet binnen zes maanden duidelijkheid zal bestaan. Kan de eigenaar dan 'doen blijken' dat hij de erfpacht als geëindigd beschouwt onder bepaalde voorwaarden, bijvoorbeeld de ontbindende voorwaarde van een akkoord over een verlenging? Op die manier kan meer onderhandelingstijd gecreëerd worden.¹⁰²

Omdat rechtshandelingen in beginsel onder voorwaarde kunnen geschieden (art. 3:38 lid 1 BW) zou – als het 'doen blijken' inderdaad een rechtshandeling is – het 'doen blijken' mogelijk onder voorwaarde kunnen geschieden. Ook zou betoogd kunnen worden dat voorwaardelijke opzegging hier niet mogelijk is, nu art. 5:98 lid 2 BW bepaalt dat niet ten nadele van de erfpachter van art. 5:98 lid 1 BW afgeweken kan worden. Door voorwaardelijk op te zeggen zou de eigenaar praktisch gezien de zesmaandentermijn van art. 5:98 lid 1 BW tot in het oneindige kunnen oprekken. Is dat niet in strijd met de dwingendrechtelijke bescherming die art. 5:98 lid 2 BW de erfpachter biedt? De zes maanden zijn slechts bedoeld als termijn voor de eigenaar om in actie te komen, waarna de strengere wijze en termijn van opzegging uit art. 5:88 BW weer zal gelden.¹⁰³ Anderzijds kan het voor de erfpachter juist nadelig uitpakken

101 Wij zijn ons ervan bewust dat de wettekst slechts van verlengde erfpacht en opzegging spreekt vanaf het moment dat zes maanden ongebruikt zijn verstreken, maar dat achten we niet doorslaggevend. Wij geven er de voorkeur aan onmiddellijk na het verstrijken van de vestigingstermijn te spreken van verlengde erfpacht, zodat duidelijk is krachtens welke rechtsgrond de erfpachter de zaak (nog) gebruikt.

102 Vgl. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/220: 'De genoemde termijn van zes maanden is bedoeld als reactietijd voor de erfverpachter. Vgl. Parl. Gesch., p. 328. De tijd kan ook worden gebruikt als onderhandelingstijd.'

103 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 328.

indien opzegging onder een dergelijke voorwaarde door de eigenaar niet mogelijk is. De eigenaar kan dan geneigd zijn voor de zekerheid maar alvast te 'doen blijken' dat hij de erfpacht als geëindigd beschouwt, als het einde van de zesmaandentermijn nadert.

Wij neigen ernaar een voorwaardelijk 'doen blijken' niet mogelijk te achten. De regeling van art. 5:98 BW is er duidelijk op gericht dat gedurende de termijn van zes maanden de erfpacht met onmiddellijke ingang door de eigenaar beëindigd kan worden – en dat daarna het regime van art. 5:88 BW geldt.¹⁰⁴ De bedoeling is dat daar niet ten nadele van de erfpachter vanaf geweken kan worden (zie lid 2). Dat moet dan ook niet met een omweg, door middel van het gebruiken van een voorwaarde, mogelijk zijn. Hierbij speelt een rol dat partijen kunnen voorzien wanneer de erfpacht zal eindigen en dus ook al eerder in onderhandeling kunnen treden dan pas op het moment van de aanvang van de zesmaandentermijn. Wat ons betreft hoeft art. 5:98 BW niet dringend te worden gewijzigd, maar verduidelijking van de betekenis van het begrip 'doen blijken' zou toch niet onwelkom zijn. Als wij art. 5:98 BW opnieuw zouden formuleren, zouden we kiezen voor een systeem waarin beide partijen gedurende een halfjaar relatief eenvoudig kunnen opzeggen met inachtneming van een opzegtermijn van een maand (vgl. art. 5:87 lid 2 BW). Daarmee is dan ook meteen duidelijk tot welk moment de erfpachter de gelegenheid heeft de zaak te ontruimen: tot uiterlijk zeven maanden na de einddatum.

Artikel 98

"1. Wanneer de tijd waarvoor de erfpacht is gevestigd, is verstreken en de erfpachter de zaak niet op dat tijdstip heeft ontruimd, blijft de erfpacht doorlopen, ~~tenzij de eigenaar uiterlijk zes maanden na dat tijdstip doet blijken dat hij haar als geëindigd beschouwt.~~ De eigenaar en de erfpachter kunnen de verlengde erfpacht ~~opzeggen op de wijze en met inachtneming van de termijn gedurende zes maanden opzeggen op de wijze vermeld in artikel 88.~~

2. Nadat zes maanden zijn verstreken, kunnen de eigenaar en de erfpachter de verlengde erfpacht opzeggen op de wijze en met inachtneming van de termijn vermeld in artikel 88.

23. Ieder beding dat ten nadele van de erfpachter van dit artikel afwijkt, is nietig."

¹⁰⁴ Zie ook Vonck 2013, p. 205.

7.5 Opzegging van de erfpacht naar Belgisch recht

In het Belgische recht is de beëindiging van de erfpacht slechts zeer summier geregeld. Art. 15 van de Erfpachtwet van 10 januari 1824 bepaalt het volgende:

“De erfpachter kan van zijn recht worden vervallen verklaard, ter zake van merkelijke aan het goed toegebrachte schade, of van het grovelijk misbruiken daarvan; onverminderd de rechtsvoordering tot vergoeding van kosten, schaden en interessen.”

De vraag rijst of ook naar Belgisch recht, buiten de in deze bepaling genoemde gevallen, beroep kan worden gedaan op de mogelijkheid tot ontbinding van een overeenkomst in geval van niet-nakoming door één van de partijen (art. 1184 Belgisch BW).

De meeste auteurs geven op deze vraag een bevestigend antwoord.¹⁰⁵ Partijen kunnen zelfs overeenkomen dat één van de partijen kan beëindigen om een andere reden dan niet-nakoming, zij het dat dit niet binnen de eerste 27 jaren kan (d.i. de minimumduur bij een Belgische erfpacht).

De cassatierechtspraak staat zelfs toe om een uitdrukkelijk ontbindend beding in een erfpachtcontract op te nemen, waardoor de erfpacht bij niet-nakoming vanwege de erfpachter kan worden beëindigd zonder dat de rechter deze eerst moet toestaan. De erfverpachter beëindigt dan op eigen initiatief, maar ook op eigen risico.¹⁰⁶

Wat de gevolgen van de beëindiging betreft, is art. 8 Erfpachtwet duidelijk:

“De erfpachter is onbevoegd om van den grondeigenaar te vorderen dat hij de waarde betale van de gebouwen, werken, betimmeringen en beplantingen, hoe genaamd, welke eerstgemelde

105 Voor een ruimere analyse: zie Sagaert 2014, nr. 731. Zie ook Rb. Brussel 13 februari 1889, *Pas.* 1889/III, 228 (ontbinding wegens miskening van het verbod tot verhuren); A. Van Oevelen, ‘Actuele ontwikkelingen inzake erfpacht en opstal’, in: *Zakenrecht absoluut niet een rustig bezit*, p. 340, nr. 13; A. Verbeke & K. Vanhove, ‘Actualia vruchtgebruik, erfdiensbaarheden, erfpacht en opstal’, in: *Themis Zakenrecht 2002-2003*, Brugge: Die Keure 2003, 81.

106 Cass. 30 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, 740, *RW* 2006-07, 678, m.nt. K. Vanhove, *T.Not.* 2008, 97, noot V. Sagaert en M. Somers.

heeft gemaakt, en die zich bij het eindigen der erfpacht op den grond bevinden.”

Er is in principe dus geen vergoeding aan de erfpachter verschuldigd, tenzij anders contractueel bepaald. Tegelijk bepaalt art. 13 Erfpachtwet dat:

“Bij het eindigen van het erfpachtrecht, heeft de eigenaar tegen den erfpachter een personele rechtsvordering tot vergoeding der kosten, schaden en interessen, veroorzaakt door nalatigheid en gebrek van onderhoud van het erf, en voor de rechten die de erfpachter door zijne schuld mocht hebben laten verjaren.”

8 Samenvatting

Wie de wet met een zekere lenigheid tegemoetreedt, kan waarschijnlijk behoorlijk uit de voeten met de titel over erfpacht en opstal in Boek 5 BW. Alhoewel er dus geen dringende behoefte is aan een fundamentele wijziging van deze titels, hebben wij ons de vraag gesteld welke verbeteringen zouden kunnen worden aangebracht. We stellen vast dat met name op het onderdeel ‘opzegging’ een wetswijziging wenselijk lijkt. We verkenden ook de mogelijkheid van een meer fundamentele herbezinning, uitmondend in het voorstel de erfpachter aan te merken als eigenaar van de opstallen waarvan hij krachtens zijn erfpachtrecht het exclusieve genot heeft.

In de voetnoten verkort aangehaalde literatuur

Mollema 2013

A.F. Mollema, *Het beperkte recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

Ploeger 1997

H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Erfpacht en opstal

Sagaert 2014

V. Sagaert, *Goederenrecht*, in: *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen: Kluwer 2014.

Vonck 2013

F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2013.

Van Velten 2015

A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariatus 120), Deventer: Kluwer 2015.



VII Appartementsrecht

Een rechtsgebied in ontwikkeling

*Mr. B. Akkermans, prof. mr. R.F.H. Mertens en
mr. M.C.E. van der Vleuten*

1 Inleiding en verantwoording

Het appartementsrecht is een betrekkelijke nieuwkomer in het Nederlandse vermogensrecht. Pas tijdens de Tweede Wereldoorlog werd het initiatief genomen om te komen tot appartementenwetgeving, omdat grote delen van Nederlandse steden door bombardementen waren verwoest en moesten worden herbouwd. Omdat bouwvoorschriften waren aangescherpt en aan eigenaars uitgekeerde schadevergoedingen de herbouwkosten van verwoeste woningen niet dekten, werd de oplossing gezocht in het combineren van de eigenaars van de verwoeste woningen in appartementengebouwen. Uiteindelijk leidde dit tot de Appartementenwet 1951, die op 1 december 1952 in werking trad.¹ In latere wijzigingen in 1958, 1972, 1992, 2005 en 2011 werd voortgebouwd op deze in de oorlog gelegde fundamenten van ons appartementsrecht.²

Als instrument voor de wederopbouw was het appartementsrecht in de eerste decennia vooral bedoeld voor de juridische structurering van eenvoudige appartementsgebouwen, waarin woonappartementen vaak rondom een gezamenlijk trappenhuis waren gegroepeerd en alle appartementen vaak ongeveer even groot waren. Een eigenaar had meestal maar één appartement.

- 1 *Stb.* 1951, 571. Ook in andere Europese landen dateert het appartementsrecht van een latere datum dan het oorspronkelijke Burgerlijk Wetboek. In Frankrijk bijvoorbeeld met de Wet van 28 juni 1938, om de herbouw van vernietigde huizen na de Eerste Wereldoorlog te bespoedigen, en in Duitsland met het Wohnungseigentumsgesetz (WEG) van 15 maart 1951 (BGBl I 175). Frankrijk kende voortgaande aan de appartementenwetgeving wel een regeling voor verdiepingseigendom in art. 664 Code Civil.
- 2 Zie over de geschiedenis van het appartementsrecht: R.F.H. Mertens, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:106 BW, aant. 3.

De appartementseigenaar in Nederland is houder van een zelfstandig registergoed c.q. zakelijk recht, geregeld in titel 9 van Boek 5 van het BW.³ Het uitgangspunt van de wet was en is dan ook dat de appartementseigenaars gelijke aandelen in de gemeenschap hebben (5:113 lid 1 BW) en dat het aandeel van de appartementseigenaars in de gezamenlijke schulden en kosten eveneens gelijk is (5:113 lid 2 BW).⁴ Ook het stemrecht van iedere eigenaar werd veelal op deze basis van gelijkwaardigheid vastgesteld.

Na een aarzelende start in de jaren vijftig en zestig heeft de toepassing van het appartementsrecht inmiddels een grote vlucht genomen. Terwijl dit aanvankelijk vooral werd toegepast bij woongebouwen, is duidelijk dat de splitsing in appartementsrechten de laatste decennia ook veelvuldig wordt toegepast om omvangrijke splitsingen, waarin diverse gebruiksfuncties (bijv. winkelen, kantoren, wonen, parkeren) worden gecombineerd, juridisch vorm te geven. Daarbij wordt vaak gebruikgemaakt van hoofd- en ondersplitsingen.

Daarnaast doet zich in appartementencomplexen steeds vaker de situatie voor dat een groot aantal appartementsrechten toekomt aan één eigenaar, die de appartementen verhuurt en als eigenaar in de vergadering van eigenaars een grote zeggenschap heeft. De groot-eigenaars kunnen woningcorporaties of projectontwikkelaars/beleggers zijn. Deze complexen, waarin huurders met eigenaars een gebouw delen, worden ook wel aangeduid als 'gemengde complexen'.

Het exacte aantal appartementensplitsingen en appartementsrechten in Nederland is niet bekend. Volgens Vegter kent Nederland ruim 600.000 koopappartementen en bijna 120.000 Verenigingen van Eigenaars.⁵ Inmiddels is op initiatief van het ministerie van Binnenlandse Zaken een onderzoek gestart naar aantallen, verschijningsvormen en verspreiding van in appartementsrechten gesplitste gebouwen.

3 In andere landen is eveneens gekozen voor een andere benadering waarbij appartementsrechten onderdeel zijn van de bepalingen over eigendom en mede-eigendom. Zie §1 WEG, Art. 815-1 Code civil, en section 1 van de Engelse Commonhold en Leasehold Reform Act 2002.

4 Van deze uitgangspunten kan in de akte van splitsing worden afgeweken.

5 N. Vegter, *De vereniging van eigenaars* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2012, par. 1.1.

Zowel in de oude wooncomplexen als in de nieuwe omvangrijke complexen ontstaan regelmatig problemen die lacunes in de huidige appartementenwetgeving blootleggen. Omdat het reserveren voor groot onderhoud in een reservefonds pas bij de wetwijziging in 2005 verplicht werd gesteld, is in oude appartementengebouwen bijvoorbeeld vaak onvoldoende gereserveerd voor groot onderhoud en renovatie. In verband met de leeftijd van de vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw gebouwde complexen begint zich bij deze gebouwen tegenwoordig de noodzaak van groot onderhoud en renovatie op te dringen. Omdat niet alle eigenaars over de middelen beschikken om hun bijdrage in de kosten daarvan te voldoen, is de vraag opgekomen of deze via een door de Vereniging van Eigenaars (hierna ook: VvE) af te sluiten lening kan worden betaald. Of de VvE leningen mag afsluiten is echter twijfelachtig. Daarom heeft recent een internetconsultatie plaatsgevonden over een conceptwetsvoorstel verbetering Vereniging van Eigenaars, waarin onder andere de mogelijkheid tot het aangaan van een lening wordt geregeld, evenals een minimumvulling van het reservefonds.⁶

Daarnaast bestaat in de praktijk een aantal andere problemen die aandacht verdienen. De nieuwe omvangrijke splitsingen met gemengde functies leggen problemen bij hoofd- en ondersplitsingen bloot, met name op het punt van besluitvorming in VvE's en transparantie van administratie en bestuur. In 'gemengde complexen' ontstaat voorts een geheel eigen dynamiek doordat er wrijving ontstaat tussen het huurrecht en het appartementsrecht, maar ook vanwege (vermeend) machtsmisbruik door groot-eigenaars.

Enkele problemen in de huidige appartementenwetgeving en oplossingsvoorstellen daarvoor zijn al door N. Vegter in haar dissertatie beschreven.⁷

In het kader van het door het ministerie van Binnenlandse Zaken en de Stichting VvE Belang geëntameerde project 'verbetering Wet- en regelgeving' zijn en worden diverse initiatieven ontplooid om te onderzoeken hoe het appartementsrecht kan worden aangepast om de hier gesignaleerde nieuwe ontwikkelingen op te vangen.

6 internetconsultatie.nl/wet_verbetering_verenigingen_van_eigenaars.

7 Vegter 2012.

Dit preadvies sluit op deze initiatieven aan en beoogt een bijdrage te leveren aan verbetering van de appartementenwetgeving in Nederland. Daartoe hebben de auteurs kennisgenomen van de uit het notariaat en van de vaste medewerkers van het *WPNR* ontvangen suggesties en deze aangevuld met zelf toegevoegde onderwerpen.

Vanuit het notariaat zijn suggesties binnengekomen:

- voor een regeling van de mogelijkheid om op gemeenschappelijke gedeelten van een appartementensplitsing een erfpacht- of opstalrecht te vestigen, al dan niet via rangwisseling (M. Straatman, L. Hartman, E. Ruitenbeek-Poll, R. van Drongelen) en daarbij tevens koppeling aan een mandeligheid te regelen (M. Straatman);
- voor aanpassing van de mogelijkheden om de akte van splitsing te wijzigen (J. Kampherbeek, R. van Drongelen, M. Giesbers);
- voor aanpassing van de regeling over aansprakelijkheid van de blooteigenaar naast de erfpachter of opstaller (T. Vermeulen, D. Bahlman);
- om in eenvoudige gebouwen (boven- en benedenwoningen) de verdiepingen afzonderlijk te kunnen overdragen zonder een voorafgaande splitsing in appartementsrechten (G. van Driel en G. Mulder);
- over aanpassing van de toestemmingseis van beperkt gerechtigden en beslagleggers bij wijziging van de akte van splitsing (H. Linssen);
- voor het mogelijk maken van vestiging van een erfpachtrecht door de eigenaar met het oog op een splitsing daarvan 'op tekening' (G. Verdoes Kleijn).

De meeste van deze onderwerpen komen hierna weer aan de orde. Na een beschrijving van de verenigingsrechtelijke aspecten die naar onze mening verbetering verdienen (par. 1) worden enkele op zichzelf losstaande problemen, waaronder rangwisseling behandeld (par. 2). Daarna komen in par. 3 de gemengde complexen aan bod. In deze paragrafen worden meestal voorstellen tot wijziging of aanvulling van de wet gedaan tot oplossing van in de praktijk gebleken problemen. Ten slotte wordt in paragraaf 4 ingegaan op meer dogmatische aspecten van de appartementenregeling. Dit hoofdstuk bevat voornamelijk een eerste verkenning van de mogelijkheden om als alternatief voor de appartementensplitsing de mogelijkheid van verdiepingseigendom te introduceren in ons recht.

De teksten in paragraaf 2.1 zijn van de hand van Mertens en Van der Vleuten gezamenlijk, de teksten van de paragrafen 2.2, 2.3, 2.6, 2.7, 3.5, 4.1 en 4.2 zijn van de hand van Van der Vleuten, de paragrafen 2.4, 2.5, 2.8, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 en 5.2 zijn van de hand van Mertens, en de paragrafen 5.1 en 5.3 alsmede de rechtsvergelijkende notities zijn van de hand van Akkermans. De preadviseurs staan desalniettemin gezamenlijk achter de teksten.

2 VvE's en Boek 2 BW (verenigingsrechtelijke aspecten)

2.1 Flexibilisering van statutenwijziging

De huidige appartementenregelgeving wordt regelmatig als te star ervaren, ook al is met de wetswijziging van 2005 enige versoepeling doorgevoerd.⁸ Zowel de splitsing van het gebouw zelf, het reglement als de statuten van de VvE waarvan alle eigenaars verplicht lid zijn, dienen verplicht in de notariële akte van splitsing te worden opgenomen. Deze kan slechts bij notariële akte gewijzigd worden, in beginsel slechts met medewerking van alle appartementseigenaars (art. 5:139 BW lid 1) of een meerderheid van tachtig procent van alle stemmen wanneer het bestuur meewerkt. De starheid wordt nog vergroot door het feit dat alle beperkt gerechtigden en beslagleggers met de wijziging in moeten stemmen (zie ook par. 3.3), behalve als het gaat om wijzigingen in het reglement.

In 2014 is onderzoek gedaan naar de mogelijkheden om de regelgeving voor VvE's te vereenvoudigen.⁹ Zowel de wet als de modelreglementen, waarop doorgaans de splitsingsreglementen van individuele VvE's zijn gebaseerd, zijn in dit onderzoek betrokken. Doordat in de loop der jaren verschillende modelreglementen zijn verschenen (en VvE's hun splitsingsakte doorgaans niet wijzigen), zijn op oude splitsingen relatief vaak oude regels van toepassing. Bij deze oude regels kan de vraag opkomen of deze nog voldoen aan de eisen van de huidige tijd, en of er niet een manier

8 A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notarius 120), Deventer: Kluwer 2015, p. 500 en p. 529-533.

9 M.C.E. van der Vleuten, *Onderzoek naar mogelijkheden tot modernisering van wet- en regelgeving in het kader van het verbeteren van het functioneren van VvE's*, Heerlen: Open Universiteit 2014.

moet worden gezocht om steeds de meest actuele regels van toepassing te laten zijn. Dat zou het makkelijker kunnen maken voor zowel kopers als bestaande eigenaars om te begrijpen welke rechten en plichten er binnen een VvE gelden. De stichting VvE Belang heeft daarom bepleit te bezien of het mogelijk is om het – eventueel gemoderniseerde – modelreglement, geheel of gedeeltelijk algemeen verbindend te verklaren op alle VvE's in Nederland. De situatie die dan ontstaat is dat alle VvE's volgens dezelfde regels georganiseerd zijn, individuele afwijkingen zullen er dan minder of niet zijn.

De conclusie van dit onderzoek was dat het algemeen verbindend verklaren van het hele modelreglement onmogelijk en volgens velen ook onwenselijk is. Wel blijkt dat het wenselijk wordt geacht om de verenigingsrechtelijke bepalingen voor alle VvE's gelijk te trekken. Dit doet dan echter geen recht aan de behoefte aan flexibiliteit. Wij pleiten daarom voor het flexibiliseren van de statuten van de VvE.

2.1.1 Wettelijke regeling

Art. 5:111 en art. 5:112 BW regelen dat de akte van splitsing een *reglement* moet bevatten, en dat dat reglement voorts de *oprichting van de vereniging van eigenaars* moet inhouden, alsmede de *statuten* van deze vereniging. Dat impliceert dat ook de statuten van de vereniging in de notariële akte van splitsing zijn opgenomen, en dus onder de starre wijzigingsregels van het appartementsrecht in Boek 5 vallen zoals hiervoor beschreven. Als we kijken naar de modelreglementen zijn de volgende zaken in het gedeelte dat de *statuten* bevat, geregeld:

- de oprichting van de VvE met naam en doel;
- de financiële middelen van de vereniging en het boekjaar;
- de vergadering en de orde van de vergadering;
- de notulen;
- stemrecht, stemrecht bij ondersplitsing, stemrecht bij tegenstrijdige belangen en stemrecht bij meerdere eigenaars van één appartementsrecht;
- spreek- en stemrecht ter vergadering;
- volmacht en zich laten vergezellen door een jurist of accountant;
- gewone besluitvorming en bijzondere besluitvorming;

- vernietigbaarheid van besluiten;
- beslissingsbevoegdheid over beheer en onderhoud van de gemeenschappelijke gedeelten;
- het bestuur: benoeming, taken, bevoegdheden en orde der bestuursvergaderingen;
- bewaarplicht van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers;
- het inschakelen van een beheerder;
- de Raad van Commissarissen;
- commissies;
- huishoudelijk reglement.

Omdat bij de oprichting van de VvE en het vaststellen van de statuten meestal gebruik wordt gemaakt van een KNB-modelreglement, lopen in feite de reglementsbepalingen en de statuten door elkaar heen en zijn ze soms lastig van elkaar te scheiden.¹⁰

2.1.2 Geschiedenis

Sinds het ontstaan van het appartementsrecht is het al verplicht om in het *reglement* een regeling op te nemen omtrent de bevoegdheden der vergadering van eigenaars, het bijeenroepen en bijwonen van de vergadering, het voorzitterschap, de wijze van besluitvorming en de uitoefening van het stemrecht (art. 638g lid 1 onder 5 BW (oud)). De gedachte hiernaachter was slechts dat veelal aan de vergadering van eigenaars het toezicht op het gebruik, het beheer en het onderhoud van de gemeenschappelijke zaken zal worden opgedragen. De verplichting om de statuten in het reglement (en daarmee in de akte van splitsing) op te nemen is ontstaan bij de wetwijziging van 1972, in art. 875f onder sub e BW (oud). De ratio hiervan was dat het niet meer facultatief moest zijn om een VvE op te richten, en er dus meer geregeld moest worden over die vereniging. Bij de totstandkoming van de Appartementswet in 1951 meende men nog dat de oprichting van een vereniging in gevallen van splitsing van een gebouw in slechts twee appartementsrechten 'enigszins gekun-

¹⁰ Van Velten 2015, p. 508.

steld' was, maar bij nader inzien was er geen bezwaar om ook in deze gevallen de oprichting van een VvE verplicht te stellen.¹¹

Ook in andere landen bestaat de verplichting om een reglement te maken. Zo geeft de Wet 65-557 van 10 juli 1965 een uitgebreid raamwerk waarbinnen Franse appartementseigenaren hun afspraken moeten maken.¹² De regels van deze wet, evenals de andere bepalingen over het Franse appartementsrecht, zijn van Franse openbare orde, wat inhoudt dat partijen onder geen enkel beding van deze regels kunnen afwijken. In Engeland dient het *Commonhold Community Statement* (sectie 31 van de Commonhold and Leasehold Reform Act 2002) zowel in vorm als in inhoud overeen te komen met de dwingende bepalingen in deze wet. Overigens kan in Anglo-Amerikaanse rechtstelsels altijd gebruikgemaakt worden van het ondernemingsrecht alsook het trustrecht om een appartementsconstructie te bewerkstelligen met vrijwel algehele partijautonomie. In Duitsland, tenslotte, hebben de appartementseigenaren meer vrijheid. Daar bevat §21 en verder van het *Wohnungseigentumsgesetz* (WEG) regels van regeland recht over het bestuur van de VvE, en bij reglement mogen de appartementseigenaren daar van afwijken.¹³

Bij de wetwijziging van 2005 is getracht verruiming aan te brengen in de regels voor het wijzigen van de akte van splitsing.¹⁴ Daarbij diende goed in het oog te worden gehouden dat aan de belangen van zowel de meerderheid die een wijziging wenst, als die van de minderheid die tegen zodanige wijziging is, voldoende recht werd gedaan. In dat licht is gekozen voor het stelsel dat met medewerking van het bestuur de akte kan worden gewijzigd na een besluit dat is genomen met een meerderheid van tachtig procent van de in de VvE uit te brengen stemmen. Tevens zijn de algemene verenigingsrechtelijke bepalingen van art. 2:42 BW over het wijzigen van de statuten van toepassing verklaard, maar niet de bepalingen

11 *Kamerstukken II 1970/71*, 10 987, nr. 3, p. 10.

12 Zie met name art. 8 en 10-1 e.v. van deze wet.

13 Een voorbeeld van de grens van deze partijautonomie is een poging van een aantal appartementseigenaren om een gemeenschappelijk deel over te dragen aan een derde. §10 WEG stelt dat als er geen andere afspraken bestaan, met meerderheid van stemmen besloten kan worden. Een eigendomsoverdracht van gemeenschappelijke delen was echter in de ogen van het BGH, geen bestuur zoals bedoeld in §10. BGH 12 april 2013 – V ZR 103/12. Er is daarmee sprake van gereguleerde en niet van geheel vrije partijautonomie.

14 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 614, nr. 3, p. 8-10.

gen van art. 2:43 BW. Er is geen onderscheid gemaakt tussen wijziging van de splitsing, het reglement of de statuten anders dan dat dit art. 2:42 BW van toepassing is verklaard. Daarmee werd getracht waarborgen aan te brengen aangaande de oproeping voor en termijnen van de vergadering.

2.1.3 *Wijzigingsvoorstel: statutenwijziging conform het gewone verenigingsrecht*

In de huidige praktijk blijkt opnieuw behoefte aan verruiming van de flexibiliteit van de VvE-regels. Het wijzigen van de akte van splitsing is een omslachtige en kostbare aangelegenheid. Het zou goed zijn wanneer die delen van de akte van splitsing die geen invloed hebben op de vermogensrechtelijke rechten en plichten van de eigenaars jegens elkander, eenvoudiger en daardoor goedkoper gewijzigd zouden kunnen worden. Deze aanpassing zou in de bepalingen van het appartementsrecht zelf gedaan kunnen worden, maar omdat er in het Nederlandse recht, anders dan in de ons omliggende landen waar aparte regels voor het bestuur van VvE's gegeven worden, is gekozen voor een aansluiting met Boek 2 van het BW (art. 5:124 e.v. BW), past het om hiervoor binnen de toepassing van Boek 2 naar een oplossing te zoeken.¹⁵

Sinds de wijziging van 2005 kan het reglement reeds met een meerderheid van vier vijfde van de uitgebrachte stemmen gewijzigd worden zonder dat de beperkt gerechtigden daarmee in hoefden te stemmen (art. 5:139 lid 4 BW).

In het gewone verenigingsrecht kan een statutenwijziging – tenzij de statuten anders bepalen – plaatsvinden met een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen (art. 2:43 lid 1 BW). Wij zien geen

15 Bijvoorbeeld art. 11 en 12 van de Wet 65-557 in Frankrijk, of § 25 van de Duitse WEG.

redenen om dat niet ook voor de VvE van toepassing te laten zijn. Daarin kan voorzien worden door art. 5:139 BW als volgt aan te vullen:¹⁶

Artikel 139

“1. De akte van splitsing kan worden gewijzigd met medewerking van alle appartementseigenaars.

2. De wijziging kan ook met medewerking van het bestuur geschieden, indien het tot de wijziging strekkende besluit is genomen in de vergadering van eigenaars met een meerderheid van ten minste vier vijfden van het aantal stemmen dat aan de appartementseigenaars toekomt of met een zodanige grotere meerderheid als in de akte van splitsing is bepaald. De termijn voor oproeping tot de vergadering bedraagt ten minste vijftien dagen.

De statuten kunnen ook met medewerking van het bestuur worden gewijzigd indien het tot de wijziging strekkende besluit is genomen in de vergadering van eigenaars met een meerderheid van ten minste twee derden van het aantal stemmen dat aan de appartementseigenaars toekomt. Artikel 42 leden 1, eerste zin, 2, eerste zin, en 3 en artikel 43 van Boek 2 zijn van overeenkomstige toepassing.

3. Wijziging van de akte van splitsing behoeft de toestemming van hen die een beperkt recht op een appartementsrecht hebben, van hen die daarop beslag hebben gelegd alsmede, indien een recht van erfpacht of opstal in de splitsing is betrokken, van de grondeigenaar. Ook is toestemming nodig van de gerechtigden tot een erfdiensbaarheid, indien hun recht door de wijziging wordt verkort.

4. Indien de wijziging uitsluitend betrekking heeft op het reglement *of de statuten*, is de toestemming van de beslagleggers niet nodig. *Toestemming van hen die een beperkt recht op een appartementsrecht hebben, van hen die daarop beslag hebben gelegd alsmede, indien een recht*

16 Ook in de ons omliggende landen wordt met een dergelijk uitgangspunt gewerkt. Zo bepaalt §25 WEG bijvoorbeeld zelfs dat voor die aangelegenheden die niet de goederenrechtelijke aanspraak van de eigenaren betreffen (waarvoor unanimiteit vereist is, §4 WEG) met gewone meerderheid van stemmen besloten kan worden – waaronder ook een wijziging van de reglementen (§10(4)). Beperkt gerechtigden, zoals vruchtgebruikers mogen niet meestemmen (BGH 7 maart 2003, V ZB 24/01). Voor Frankrijk zie Art. 11 van Wet 65-557 (unanimiteit), en art. 26 (2/3 meerderheid).

van erfpacht of opstal in de splitsing is betrokken, van de grondeigenaar, is slechts nodig indien hun recht door de wijziging wordt verkort."

Met deze regeling wordt bewerkstelligd dat de regeling van de interne organisatie van de VvE, zoals deze in de statuten is opgenomen, eenvoudiger kan worden gewijzigd dan op dit moment het geval is. Omdat de regeling van art. 5:140b BW ook op deze wijziging van toepassing is, worden appartementseigenaars voldoende beschermd tegen nadeel dat zij kunnen lijden door de statutenwijziging. Daarnaast zou naar onze mening een aantal dwingende beschermingsbepalingen in de wet moeten worden opgenomen, zodat deze binnen alle VvE's gelden (zie bijvoorbeeld de voorstellen in de par. 2.4 en 2.8)

2.1.4 Vergroten toepasselijkheid van het algemene verenigingsrecht van titel 2 van Boek 2?

In feite is er – in het kader van de wens tot uniformiteit – ook veel voor te zeggen om daarnaast meer delen van titel 2 van Boek 2 BW ook voor VvE's van toepassing te laten zijn. Het blijft dan mogelijk om maatwerk in de akte van splitsing toe te passen, maar deze van toepassing verklaring biedt tegelijkertijd ruimte voor uniformering wanneer de VvE gebruikmaakt om de statuten volgens de hiervoor voorgestelde eenvoudigere manier te wijzigen.

Wij denken dan aan de volgende bepalingen van Boek 2 BW:

- art. 2:27 lid 4 BW, waarin geregeld is wat de statuten moeten inhouden;
- art. 2:29 BW, waarin is geregeld dat de bestuurders verplicht zijn om de akte met de statuten in het Handelsregister te doen inschrijven;
- art. 2:37 BW met uitzondering van lid 3, waarin de benoeming van bestuurders is geregeld;
- art. 2:38 BW, waarin de toegang, de rolverdeling, het stemmen en het gebruik van elektronische communicatiemiddelen ter vergadering is geregeld;
- art. 2:43 BW, zie het tekstvoorstel hiervoor bij lid 2;
- art. 2:44 BW, waarin geregeld is dat het bestuur belast is met het besturen van de vereniging, en waarin de bevoegdheid tot het nemen van besluiten wordt beperkt;

- art. 2:45 BW, waarin de vertegenwoordiging van de vereniging door het bestuur is geregeld;
- art. 2:46 BW, waarin geregeld is dat de vereniging ten behoeve van de leden rechten kan bedingen en verplichtingen kan aangaan;
- art. 2:47 BW, waarin de tegenstrijdig belangregeling staat vermeld;
- art. 2:50 BW, waarin is geregeld dat afwijking van de bepalingen van Boek 2 alleen kan geschieden bij schriftelijke statuten.

2.2 Administratieplicht in kleine VvE's

Voor diverse rechtspersonen gelden in ons recht verschillende regels met betrekking tot boekhoud- en administratieplicht en verslaglegging en verantwoording daarvan. Kort samengevat wordt de boekhoud- en administratieplicht en de verslagleggingsplicht voor VvE's bepaald door art. 2:10 en 2:48 BW, aangevuld met hetgeen daarover in het reglement van splitsing is bepaald.

2.2.1 *De boekhoud- en administratieplicht voor VvE's*

De algemene regeling, die voor alle rechtspersonen geldt, is neergelegd in art. 2:10 BW, dat voor zover relevant luidt:

“1. Het bestuur is verplicht van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend.

2. Onverminderd het bepaalde in de volgende titels is het bestuur verplicht jaarlijks binnen zes maanden na afloop van het boekjaar de balans en de staat van baten en lasten van de rechtspersoon te maken en op papier te stellen.”

Voor niet-commerciële verenigingen zoals een VvE geldt voorts art. 2:48 BW (conform art. 5:135 BW). Volgens art. 2:48 BW dient het bestuur van een vereniging in een algemene vergadering, die in beginsel gehouden moet worden binnen zes maanden na afloop van het boekjaar, een

jaarverslag uit te brengen over de gang van zaken in de vereniging en over het gevoerde beleid. Het bestuur moet voorts de balans en de staat van baten en lasten met een toelichting ter vaststelling aan de vergadering overleggen. Deze stukken moeten worden ondertekend door de bestuurders en eventuele commissarissen.

Art. 2:48 lid 2 BW bepaalt in aansluiting hierop dat bij het ontbreken van een raad van commissarissen of een verklaring van een accountant over de getrouwheid van de stukken, een commissie wordt ingesteld van ten minste twee leden *die geen deel van het bestuur mogen uitmaken* (de kascommissie, zie ook par. 2.3). Deze commissie onderzoekt de balans en de staat van baten en lasten met toelichting en brengt aan de algemene vergadering verslag van haar bevindingen uit. Het bestuur is verplicht de kascommissie ten behoeve van een onderzoek alle door haar gevraagde inlichtingen te verschaffen, haar desgewenst de kas en de waarden te tonen en de boeken, bescheiden en andere gegevens van de vereniging voor raadpleging beschikbaar te stellen.

De tot de jaarrekening behorende exploitatierekening vormt de rekening als bedoeld in art. 5:112, eerste lid onder b van het BW en omvat de baten en lasten over het boekjaar, onderverdeeld in de posten:

1. de schulden en kosten die voor rekening van de gezamenlijke eigenaars komen;
2. de aan het betreffende boekjaar toe te rekenen bedragen uit hoofde van het reservefonds, dat gevormd moet worden om de onderhouds- en herstelwerkzaamheden en vernieuwingen zoals opgenomen in het meerjarenonderhoudsplan te bekostigen;
3. toevoeging aan dit reservefonds;
4. de renten en andere opbrengsten die aan de gezamenlijke eigenaars toekomen.

Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, geldt in het thans geldende systeem dat aan de boekhoudplicht van art. 2:10 BW is voldaan,

“indien de boekhouding van een zodanig niveau is dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en deze posities en de stand van de liquiditeiten gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie.”¹⁷

17 Vgl. HR 11 juni 1993, *NJ* 1993/713 en HR 10 oktober 2014, *NJ* 2014/456.

2.2.2 *Het functioneren van kleine VvE's*

Er is reeds langere tijd aandacht voor het functioneren van kleine VvE's in het algemeen. In 1997 pleitte Venemans voor een 'correct functioneren' (conform alle bepalingen van wet en reglement) van ook de kleinste VvE's, om zodoende problemen met onderhoudsplan, reservefonds en opstalverzekering te voorkomen. Hij achtte de VvE een geschikt platform voor regelmatig overleg tussen de eigenaars, die volgens hem maar beter van tevoren de huisregels en de kleur van het verfwerk konden vastleggen. Voorlichting alleen werd onvoldoende geacht voor het verbeteren van het functioneren van kleine VvE's; het vormen van een reservefonds moest verplicht gesteld worden (hetgeen inmiddels is gebeurd).¹⁸

Uit onderzoek¹⁹ blijkt het volgende: slechts zo'n veertig procent van de zeer kleine VvE's (met een of twee appartementen) is bij de Kamer van Koophandel ingeschreven. De niet-ingeschreven zeer kleine VvE's hebben vaak ook geen bestuur benoemd. In kleine VvE's tot tien appartementen voert in 71% van de gevallen een van de eigenaars de administratie. Over de zeer kleine VvE's (maximaal twee appartementen) bestaat minder zorg over het 'slapend' zijn dan over de VvE's van drie tot tien appartementen. Als een dergelijke iets grotere kleine VvE slaapt (d.w.z. niet vergadert, geen bestuur, onderhoudsplan en reservefonds heeft), is het lastiger om bij een slechte onderhoudssituatie adequate acties te bewerkstelligen. Achterstallig onderhoud heeft dan ook een relevante impact op de buurt. Voor de zeer kleine VvE's bestaat echter begrip dat zij zich niet inschrijven bij de KvK, geen meerjarenonderhoudsplan en reservefonds hebben enzovoort. Geopperd wordt dan ook om VvE's met maximaal twee appartementen vrij te stellen van de verplichting tot inschrijving bij de KvK.²⁰ Een verplicht meerjarenonderhoudsplan wordt voor de zeer kleine VvE's eveneens te zwaar gevonden.²¹ Het werd echter

18 Venemans in: R.F.H. Mertens, C. Venemans & G. Verdoes Kleijn (red.), *Preadvies 'Naar een vernieuwd appartementsrecht'*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 106-110.

19 Companen, *Het functioneren van VvE's: update 2012 en verbetervoorstellen*, Arnhem: Companen 2012.

20 Companen 2012, p. 26.

21 Companen 2012, p. 33.

wel voor alle VvE's zinvol geacht om de hoogte van de jaarlijkse onderhoudsbijdrage (bijdrage aan het reservefonds) wettelijk vast te leggen.²² Ook in een later onderzoek²³ wordt geconstateerd dat kleine VvE's hun zaken vaak informeel regelen en niet via een actieve VvE. Het inhuren van professionals zoals een beheerder is voor kleine VvE's vaak te kostbaar. Dit kan resulteren in slecht onderhoud, waardevermindering van de appartementen en wellicht uiteindelijk ook tot achteruitgang van de woon- en leefomgeving. In zeer kleine VvE's van twee of drie appartementen kan bovendien één eigenaar besluitvorming blokkeren. Omdat grotere VvE's deze nadelen in mindere mate hebben, werd onderzocht of het samenvoegen of samenwerken van kleine VvE's voordelen zou kunnen bieden. De nadelen wegen voor de meeste VvE's echter zwaarder dan de eventuele voordelen.

In een ander onderzoek uit 2014²⁴ wordt gesignaleerd dat er bij zeer kleine VvE's soms simpelweg te weinig leden overblijven die niet al deel uitmaken van het bestuur, om een kascommissie te kunnen vormen. Een bestuurslid kan immers niet ook in de kascommissie zitten. Geopperd wordt een regel in te voeren, inhoudende dat – bij ontbreken van een kascommissie – een jaar na het bespreken van de jaarstukken in de vergadering niet meer op de cijfers kan worden teruggekomen. Een andere/aanvullende variant is dat wanneer alle leden in het bestuur zitten, een kascommissie niet verplicht hoeft te zijn. Nog een variant is dat de stukken ter vergadering ter inzage liggen als er geen kascommissie is.

Vegter²⁵ stelt voor om de besluitvorming in zeer kleine VvE's volledig buiten de vergadering mogelijk te maken met gebruikmaking van elektronische communicatiemiddelen, mits beide eigenaars hun stem uitbrengen. (Zie voor ons standpunt over het gebruik van deze elektronische communicatiemiddelen par. 2.6.) Benoeming van een bestuur wordt in kleine VvE's niet noodzakelijk geacht, omdat een bestuursvergadering doorgaans gelijk is aan de algemene vergadering. Ook het opstellen van een begroting en het vaststellen van de jaarrekening kan worden vervangen

22 Companen 2012, p. 34.

23 Companen, *Mogelijkheden tot opschaling van VvE's*, Arnhem: Companen 2014.

24 M.C.E. van der Vleuten, *Onderzoek naar mogelijkheden tot modernisering van wet- en regelgeving in het kader van het verbeteren van het functioneren van VvE's*, Heerlen: Open Universiteit 2014, p. 14.

25 Vegter 2012, p. 257-258.

door een meerjarenonderhoudsplan, aan de hand waarvan de financiële bijdrage wordt vastgesteld. De benoeming van een raad van commissarissen of kascommissie is eveneens overbodig, omdat de eigenaars slechts elkaar hoeven te controleren.

2.2.3 *Wat is een kleine VvE?*

De vraag komt vervolgens op wat precies een kleine VvE is. Venemans sprak over 'een beperkt aantal appartementsrechten', waarbij de eigenaars geneigd zijn zich meer als deelgenoten in de gemeenschap te gedragen en de nodige beslissingen ad hoc te nemen, vergelijkbaar met een individuele eigenaar van een niet in appartementsrechten gesplitst huis. Het gaat dus in ieder geval om woonappartementen die vergelijkbaar zijn met een grondgebonden woonhuis, waarvan het niet in de rede ligt dat deze appartementsrechten weer ondergesplitst worden.

Companen²⁶ maakt het onderscheid tussen zeer kleine VvE's van samengevat twee tot drie appartementsrechten en kleine VvE's van drie à vier tot tien appartementsrechten. Uit het onderzoek blijkt dat met de zeer kleine VvE's gebouwen met woonappartementen bedoeld worden zoals vaak aangetroffen worden in de vier grote steden met een boven- en benedenwoning. Ook Van der Vleuten bedoelt in het OU-rapport van 2014 hiermee VvE's van twee à drie woonappartementen, terwijl Vegter de zeer kleine VvE beperkt tot twee woonappartementen.

2.2.4 *Een kleine VvE in de landen om ons heen*

Het is duidelijk dat er verschil bestaat tussen kleine VvE's en grote VvE's, maar de scheidslijn hiertussen is moeilijk vast te stellen. Immers, in sommige omstandigheden zal een vereniging van tien eigenaars vrijwel als een grote VvE gezien moeten worden, bijvoorbeeld als het een complexe samenstelling van een gebouw met verschillende bestemmingen betreft, terwijl het in andere gevallen tien gelijksoortige woonappartementen met elk een gelijk deel betreft. Het onderscheid tussen grote en kleine VvE's is niet alleen een Nederlandse discussie. Met name in Frankrijk is in 2014 gepoogd om te innoveren en de administratieplicht voor kleine VvE's te

²⁶ Zie voetnoot 3 en 6.

verlichten.²⁷ Hiervoor kent de reeds genoemde wet 65-557 een nieuw art. 17-1-1 waarin een tweetal criteria gegeven wordt voor kleine VvE's. Een VvE is uitgezonderd van de bepalingen over bestuursstructuren (art. 17-1) en de twee derde meerderheid voor besluitvorming (art. 26) als zij niet meer dan tien appartementen omvat en het voorlopige budget voor drie cycli (in principe drie jaren) niet meer dan € 15.000 bedraagt. Kleine VvE's mogen dan de reglementen wijzigen met meerderheid van stemmen en direct samen bestuursbesluiten nemen (zonder een aangestelde bestuurder) en zij hoeven geen dubbele boekhouding aan te houden (art. 14-3). Ook in België wordt voorgesteld een dergelijk onderscheid te maken. Alain Verbeke stelt voor om een systeem van twee snelheden te ontwikkelen, waarbij kleine VvE's (met maximaal tien appartementsrechten) worden ontzien en grote VvE's (met meer dan twintig appartementsrechten) aan extra regels gebonden worden.²⁸

Zowel het Franse recht, waar een dergelijk onderscheid, althans met betrekking tot kleine VvE's reeds werkelijkheid is geworden, als het Belgische voorstel van Verbeke, zijn niet zonder kritiek. Immers, door slimme splitsingen en ondersplitsingen kan een grote constructie zich zo vermommen als een serie kleine VvE's met verlichte regimes.

2.2.5 Een lichter regime voor kleine VvE's?

Om te voorkomen dat 'slimmeriken' constructies bedenken om onder een eventueel in te voeren licht regime te blijven vallen, definiëren we een kleine VvE – anders dan in de landen om ons heen – als een VvE van maximaal drie woonappartementen die bestemd zijn om als afzonderlijke zelfstandige woning gebruikt te worden. Op het moment van splitsen kan er immers heel goed sprake zijn van twee appartementsrechten rechtgevend op grote privégedeelten, die in een later stadium ondergesplitst worden. Wanneer er gekozen wordt voor vele kleine ondersplitsingen,

27 Wet 2014-366 van 24 maart 2014 JORF n. 0072 p 5809, met name Titel II-1-3 getiteld 'Améliorer la gouvernance et la gestion de la copropriété pour prévenir son endettement'.

28 A.L. Verbeke, 'De krachtlijnen van het appartementsrecht getoetst', in: A.L. Verbeke & V. Sagaert (red.), *Het Nieuwe Appartementsrecht. Een Analyse Van De Hervorming Door De Wet Van 2 Juni 2010*, Brugge: Die Keure 2010, p. 124-144.

kan voorkomen worden dat het normale VvE-regime van toepassing wordt, en dat is niet de bedoeling.

Ondanks de breed gedragen zorg over het gebrekkige functioneren van (kleine) VvE's en de mogelijke risico's voor met name het onderhoud, vragen wij ons af of het complete wettelijke VvE regime wel integraal van toepassing moet zijn op kleine VvE's. De regels van Boek 5 en Boek 2 BW, in combinatie met de gebruikelijke regels omtrent de administratie in de KNB-modelreglementen zijn voor kleine VvE's onnodig zwaar en complex en doen een te groot beroep op de (financiële) middelen van de kleine VvE. Een kascommissie is vaak niet mogelijk, terwijl er doorgaans geen raad van commissarissen is en het inschakelen van een accountant overbodig is voor een eenvoudige administratie als die van een kleine VvE. Uiteraard moeten de rechten en verplichtingen van de VvE kunnen worden gekend, maar om de kleine VvE te verplichten ieder jaar complete jaarstukken op te laten stellen, is wellicht ook wat te zwaar voor een dergelijke eenvoudige administratie.

Daarentegen is het juist voor de kleine VvE's van belang dat er voldoende gespaard wordt om noodzakelijk onderhoud te kunnen uitvoeren. De welwillende eigenaar heeft baat bij de wettelijke verplichtingen die het appartementsrecht nu geeft om de niet-willende eigenaar te bewegen tot medewerking (bijv. via de vervangende machtiging ex art. 5:121 BW), de VvE-structuur die het mogelijk maakt om overleg met de mede-eigenaar(s) af te dwingen en de andere waarborgen die de appartementswet biedt.

Ons voorstel behelst – rekening houdend met de zorgen over achterstalig onderhoud bij slapende VvE's, maar recht doende aan de behoefte aan vereenvoudiging en beperking van kosten – slechts een inperking van de boekhoud- en administratieplicht en verslaglegging en verantwoording daarvan. Concreet betekent dit dat voor VvE's met maximaal drie woonappartementen die bestemd zijn om als afzonderlijke zelfstandige woning gebruikt te worden, art. 2:10 lid 2 BW en art. 2:48 BW niet van toepassing hoeven te zijn. Art. 5:124 lid 2 BW zou als volgt kunnen worden aangevuld:

Artikel 124 lid 2

“2. Titel 1 van Boek 2 is van toepassing behoudens de artikelen 4, 6, 13 lid 2, 17, 18, 19 leden 1-3, lid 4, tweede zin, lid 6, tweede zin, en lid 7,

20, 21 en 22 en met inachtneming van de in de volgende artikelen van de onderhavige titel aangegeven afwijkingen.

Voor VvE's met ten hoogste drie appartementsrechten die bestemd zijn om als afzonderlijke zelfstandige woning gebruikt te worden, zijn de artikelen 10 lid 2 en 48 van Boek 2 niet van toepassing."

2.3 Kascommissie

Nu in het appartementsrecht een belangrijk deel van titel 1 van Boek 2 BW en ook diverse artikelen van de tweede titel van Boek 2 BW van toepassing zijn verklaard, is het onvermijdelijk dat in de praktijk vragen opkomen over de toepassing en uitleg van deze bepalingen uit het verenigingsrecht in appartementsrechtelijke geschillen. Een van de bepalingen die in de praktijk vragen oproept – ook al is er nauwelijks jurisprudentie over te vinden –, is de samenstelling van de kascommissie, geregeld in art. 2:48 lid 2 BW.²⁹ Dit artikel luidt:

"Ontbreekt een raad van commissarissen en wordt omtrent de getrouwheid van de stukken aan de algemene vergadering niet overgelegd een verklaring afkomstig van een accountant als bedoeld in art. 393 lid 1, dan benoemt de algemene vergadering jaarlijks een commissie van ten minste twee leden die geen deel van het bestuur mogen uitmaken. De commissie onderzoekt de stukken bedoeld in de tweede zin van lid 1, en brengt aan de algemene vergadering verslag van haar bevindingen uit. Het bestuur is verplicht de commissie ten behoeve van haar onderzoek alle door haar gevraagde inlichtingen te verschaffen, haar desgewenst de kas en de waarden te tonen en de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de vereniging voor raadpleging beschikbaar te stellen."

²⁹ Er zijn twee uitspraken over de samenstelling van de kascommissie bekend. Rb. Utrecht 1 oktober 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BG6985, waar een bestuurder in de kascommissie zat en Rb. Amsterdam 5 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9950, waar een niet-VvE-lid zitting in de kascommissie had. In de praktijk blijkt hier bij professionele beheerders en bestuurders veel onduidelijkheid over te zijn.

Een kantonrechter in Amsterdam heeft eind 2013 geoordeeld dat art. 2:48 lid 2 BW bepaalt 'dat de vergadering van eigenaars jaarlijks uit haar midden een (kas)commissie van tenminste twee leden moet benoemen'.³⁰ De consequentie hiervan was dat in dit geval, omdat de kascommissie niet alleen uit een VvE-lid maar ook uit een derde/ niet-VvE-lid bestond, het besluit tot goedkeuring van diverse jaarstukken werd vernietigd.

In art. 2:48 lid 2 BW is echter niet vermeld dat de leden van de kascommissie ook lid van de betreffende vereniging moeten zijn. Er staat alleen dat er ten minste twee leden moeten zijn, en dat ze geen deel mogen uitmaken van het bestuur. De algemene vergadering moet dus ten minste twee personen aanwijzen die samen de kascommissie vormen.

In de literatuur zijn de meningen over dit onderwerp verdeeld. Sommigen nemen aan dat de kascommissie beslist uit leden van de vereniging moet bestaan,³¹ maar er zijn ook auteurs die menen dat zo'n kascommissie kan bestaan uit – of kan worden aangevuld met – niet-leden.³² In de parlementaire geschiedenis van Boek 2 is hierover niets te vinden, anders dan dat het de bevoegdheid van de algemene vergadering is om deskundigen aan te wijzen die de kas controleren.³³ In de ons omliggende landen bestaat de mogelijkheid tot het aanwijzen van een derde wel. Zie bijvoorbeeld §27 lid 5 WEG waar uitdrukkelijk zowel een houder van een appartementsrecht als een derde als mogelijke kandidaat genoemd wordt. In het Franse recht wordt deze verplichting door het bestuur (het 'syndicat') van de VvE vervuld, dat niet per se bestaat uit de houders van de appartementsrechten (zie Art. 17 I en 18 II wet 65-557).

De modelreglementen bij appartementensplitsingen van de KNB schrijven niet voor dat een kascommissie uit leden van de VvE moet bestaan. De oudere modelreglementen bevatten zelfs geen regeling van een kascommissie, zodat moet worden teruggevallen op de wettelijke bepaling van

30 Rb. Amsterdam 5 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9950.

31 C.H.C. Overes, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:48, aant. 3. Zie ook R.F.H. Mertens, *Appartementen* (Mon. BW nr. B29), nr. 25.

32 P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2013, p. 199, Asser/Rensen 2-III* nr. 165, N.L.J.M. Rijssenbeek, *De model-splitsingsreglementen toelicht*, Den Haag, IBR 2015, p. 320.

33 *Kamerstukken II 1984/85, 27 725, 7, p. 28-29.*

art. 2:48 BW. Er is voor het eerst in het modelreglement van 2006 een bepaling over de kascommissie opgenomen, luidende:

“Ontbreekt een raad van commissarissen, dan benoemt de vergadering jaarlijks een kascommissie, bestaande uit tenminste twee leden. Het lidmaatschap van de commissie is niet verenigbaar met de functie van bestuurder en die van voorzitter van de vergadering.”

Deze formulering sluit aan bij de tekst uit art. 2:48 lid 2 BW. Ook hieruit blijkt dat het in VvE's de bedoeling is dat de kascommissie uit twee personen bestaat, niet zijnde een bestuurder of de voorzitter van de vergadering.

Er zijn weinig bezwaren denkbaar tegen de mogelijkheid om niet-leden van de VvE in de kascommissie te benoemen, nu zowel de wet als het modelreglement dit niet uitsluit. Zeker bij kleine VvE's kan de mogelijkheid tot het benoemen van niet-VvE-leden als lid van de kascommissie voorkomen dat de VvE op kosten gejaagd wordt. In kleine VvE's van twee eigenaars zijn er immers per definitie te weinig VvE-leden om een kascommissie van twee personen te kunnen benoemen. In dat geval dient dan ex art. 2:48 lid 2 BW een accountant ingeschakeld te worden (aannemende dat er ook geen raad van commissarissen is), wat in de meeste gevallen een onwenselijke situatie is vanwege de daaraan verbonden kosten en de veelal geringe omvang van de administratie van zodanige kleine VvE's.

Ook bij serviceflatgebouwen met veelal eigenaars op hogere leeftijden, is voorstelbaar dat kinderen of andere naasten prima kunnen fungeren als lid van de kascommissie. Door benoeming van niet-leden in de kascommissie wordt bovendien meer afstand gecreëerd tussen de VvE en de kascommissie, zodat de kascommissie – zeker als haar leden niet aan VvE-leden zijn gelieerd – onafhankelijker zal kunnen optreden dan een uit de VvE-leden benoemde commissie.

Kortom, het is wenselijk om de twijfel over de mogelijkheid van benoeming van niet-leden van de VvE in een kascommissie weg te nemen. Daarvoor zou art. 5:135 BW als volgt kunnen worden aangevuld:

Artikel 135

“De artikelen 45 lid 4 en 48 van Boek 2 zijn van toepassing. *Een kascommissie wordt door de algemene vergadering, al dan niet uit haar leden, benoemd.*”

2.3.1 Raad van commissarissen

Een alternatief voor de benoeming van een kascommissie is het instellen van een raad van commissarissen. De mogelijkheid om een raad van commissarissen in te stellen was in het oude BW geregeld in art. 876i BW.³⁴ Deze regeling is echter niet overgenomen in het NBW. Dat was niet nodig, omdat een verwijzing naar het toepasselijke artikel in Boek 2 was opgenomen, namelijk art. 2:47 BW (oud).³⁵

In de vorige versie van art. 2:47 BW werd bepaald dat het toezicht op het bestuur aan een raad van commissarissen kon worden opgedragen, in welk geval het bestuur een inlichtingenplicht had. Met de invoering van de structuurregeling voor grote coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen in 1988 is dit artikel komen te vervallen.³⁶ Er bestond toentertijd niet zo'n grote behoefte aan een algemene regeling voor alle soorten van verenigingen, terwijl er met de wetwijziging voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, waar de raad van commissarissen voor bedoeld was, een veel uitgebreidere regeling kwam in de artt. 63a t/m 63j.³⁷

Voor gewone verenigingen moet sindsdien de mogelijkheid dat een raad van commissarissen benoemd kan worden, indirect worden afgeleid uit de art. 2:16 lid 2, 2:23a lid 3, 2:24a lid 1 sub b, art. 2:47 2:48 en 2:49 BW, waarin naar een raad van commissarissen wordt verwezen. Daarmee is het voor VvE's (die weliswaar grotendeels onder de bepalingen van Boek 2 titel 1 vallen, maar slechts voor enkele bepalingen onder titel 2 van Boek 2 BW en al helemaal niet onder titel 3 van Boek 2 BW), ondui-

34 In België bestaat deze constructie dan nog ook altijd, waar zij de naam Raad van mede-eigendom draagt, in te stellen bij grote VvE's van meer dan 20 appartementsrechten. Zie V. Sagaert, B. Tilleman & A.L. Verbeke, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen: Intersentia, 2010, p. 80.

35 *Kamerstukken II 1984/85*, 17 541, 8.

36 Wet van 16 juni 1988, *Stb.* 305.

37 C.H.C. Overes, in: *GS Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer, art. 2:47 BW, aant. 1.

delijk geworden of er nog wel een raad van commissarissen kan zijn en hoe die dan geregeld moet worden.³⁸ Er zijn echter nog diverse VvE's – vooral met betrekking tot serviceflatgebouwen – die een raad van commissarissen kennen. In deze lacune in het BW is voorzien door een regeling van de raad van commissarissen in art. 57 van Modelreglement 2006, maar voor oudere splitsingen geldt dit reglement niet.

De tekst van art. 2:47 BW (oud) was heel geschikt voor VvE's, en zou als een nieuw art. 5:133a BW kunnen worden ingevoegd:

Artikel 133a

"1. Bij de statuten kan worden bepaald, dat het toezicht op het bestuur aan een raad van commissarissen, die uit natuurlijke personen bestaat zal worden opgedragen. Tenzij de statuten anders bepalen, bedraagt het aantal der commissarissen drie.

2. Op de benoeming, de schorsing en het ontslag van commissarissen zijn de bepalingen van artikel 131 van dit Boek betreffende de benoeming, de schorsing en het ontslag van bestuursleden van overeenkomstige toepassing.

3. Het bestuur is verplicht aan de raad van commissarissen alle door hem gewenste inlichtingen te verschaffen, hem desgewenst de kas en de waarden te vertonen, en inzage van de boeken en bescheiden der vereniging te geven.

4. De raad van commissarissen is bevoegd zich op kosten van de vereniging door een deskundige te doen bijstaan.

5. Tenzij de statuten anders bepalen, is de raad van commissarissen bevoegd te allen tijde een algemene vergadering bijeen te roepen of een bestuurder te schorsen. De schorsing kan te allen tijde door de algemene vergadering worden opgeheven.

6. Commissarissen zijn op gelijke wijze als bestuurders voor hun tekortkomingen aansprakelijk."

³⁸ Zie ook van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notarius 120), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 519.

2.4 Waarborgen bij ondersplitsingen

Volgens art. 5:106 lid 3 BW is het mogelijk om een appartementsrecht op zijn beurt te splitsen in appartementsrechten. De mogelijkheid tot zodanige ondersplitsing is in de wet geïntroduceerd bij de wijziging van het appartementsrecht, die op 1 december 1972 in werking trad.³⁹ Hoewel cijfers ontbreken over de frequentie waarmee van de mogelijkheid tot ondersplitsing gebruik wordt gemaakt, lijkt deze bij multifunctionele complexen, waarin verschillende gebruiksfuncties worden gecombineerd, veelvuldig te worden toegepast. Dat is ook internationaal het geval.⁴⁰ Dat biedt degene die tot splitsing over gaat de mogelijkheid om rechten en verplichtingen met betrekking tot kosten zo veel mogelijk over de verschillende hoofdappartementsrechten te verdelen, waarna deze in de onder-VvE('s) nader over de onderappartementseigenaars kunnen worden verdeeld, voor zover deze betrekking hebben op het ondergesplitste hoofdappartementsrecht.⁴¹ Deze kostenverdeling, waarbij zo veel mogelijk van het gebouw als privégedeelten in een van de hoofdappartementsrechten wordt bestempeld, dient overigens wel zorgvuldig te gebeuren. Het ligt voor de hand dat, indien dit niet zorgvuldig geschiedt, geschillen op de loer liggen over de vraag wie van de eigenaars de – soms aanzienlijke – kosten moet betalen.

Het is hier waar de Nederlandse keuze om het appartementsrecht tot een aan een aandeel in mede-eigendom gekoppeld exclusief gebruiksrecht te maken het best tot uiting komt. In landen waar voor een constructie is gekozen waarin volle 'horizontale' eigendom van de privégedeelten wordt gecombineerd met mede-eigendom van de gemeenschappelijke gedeeltes, zoals Frankrijk en België, is het vele malen ingewikkelder om tot een dergelijke ondersplitsing te komen. Immers, als mede-eigendom en ondeelbaarheid van de gemeenschappelijke gedeeltes het uitgangspunt is, dan

39 Appartementswet 1972, *Stb.* 1972/467 en Besluit splitsing in appartementsrechten 1972, *Stb.* 1972/468.

40 Zie bijvoorbeeld A.L. Verbeke, 'De krachtlijnen van het appartementsrecht getoetst', in: A.L. Verbeke & V. Sagaert (red.), *Het Nieuwe Appartementsrecht. Een Analyse Van De Hervorming Door De Wet Van 2 Juni 2010*, Brugge: Die Keure 2010, p. 124-144. C.G. van der Merwe, *Chapter 5, Apartment Ownership, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VI*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1994, p. 5-335 e.v.

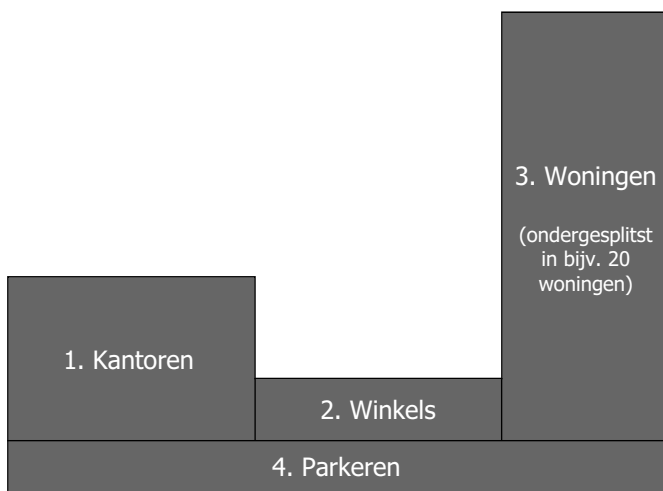
41 Van Velten 2015, par. 10.6.

wordt het dogmatisch vrijwel onmogelijk de mede-eigendom verder te verdelen. In België bijvoorbeeld, bestaat daarom (pas sinds 2010) een mogelijkheid tot het oprichten van deelverenigingen als er meer dan twintig appartementen (of beter, twintig units) zijn en de fysieke omstandigheden van een gebouw of groep van gebouwen daartoe de mogelijkheid biedt (bijvoorbeeld een deel van een gebouw dat alleen door een groep bewoners gebruikt wordt) (art. 577-3 Belgisch BW).

Bij hoofd- en ondersplitsingen kunnen zich, met name ook in de verhouding tussen de VvE van de hoofdsplitsing (hierna: de VvE-Hoofdsplitsing), en de VvE van de ondersplitsing (hierna: de VvE-Ondersplitsing) en de daarin betrokken eigenaars ook minder voor de hand liggende problemen voordoen. Enkele hiervan zullen hierna aan de hand van het volgende voorbeeld worden behandeld.

Voorbeeld

Een groot complex, dat bestaat uit een kantoorgebouw, een winkelgebouw, een parkeergarage en een gebouw met woningen, kan bijvoorbeeld in vier hoofd-appartementsrechten worden gesplitst. Daarbij wordt dan de VvE-Hoofdsplitsing opgericht, die het beheer voert over de gemeenschappelijke gedeelten van de hoofdsplitsing (art. 5:126 lid 1 BW). Schematisch ziet deze hoofdsplitsing er dan uit als in figuur 1.



Figuur 1. Hoofd- en ondersplitsing

In ons voorbeeld blijven – zoals vaak in de praktijk – de hoofdappartementsrechten *kantoren* en *winkels* in handen van een verhurende eigenaar (belegger). Het hoofdappartementsrecht *woningen* wordt ondergesplitst in evenzoveel onderappartementsrechten als er woningen zijn. De parkeergarage wordt in dit voorbeeld evenmin als de kantoren en de winkels ondergesplitst. Alle hoofdappartementsrechten hebben evenveel stemmen in de vergadering van eigenaars, dus ieder heeft 25%.

Bij de ondersplitsing van het hoofdappartementsrecht 'woningen' wordt voor de ondersplitsing een aparte (onder) VvE opgericht (hierna: de VvE-Ondersplitsing).

Indien in de hoofdsplitsing de jaarrekening en het jaarverslag moeten worden goedgekeurd, moet daarvoor een vergadering van eigenaars in de hoofdsplitsing worden bijeengeroepen, waarin ook de onderappartements-eigenaars zijn vertegenwoordigd. Daarvoor gelden de volgende regels, en die leveren het eerste te bespreken knelpunt op.

In geval van ondersplitsing geldt op grond van art. 5:127 lid 3 BW dat in de hoofdsplitsing het stemrecht dat is verbonden aan het ondergesplitste hoofdappartementsrecht, door de onderappartements-eigenaars gezamenlijk moet worden uitgeoefend. De stemmen zelf worden echter uitgebracht door het bestuur van de VvE-Ondersplitsing. Deze stemmen hoeven niet eensluidend te worden uitgebracht. De onderappartements-eigenaars hebben het recht de vergadering van de VvE-Hoofdsplitsing bij te wonen, maar mogen daarin niet het woord voeren. Het bestuur van de VvE-Ondersplitsing mag dat wel en vertegenwoordigt aldus de gezamenlijke onderappartements-eigenaars.

Volgens het Modelreglement 2006 geldt in geval van ondersplitsing voorts dat de rechten en verplichtingen van de eigenaar van het ondergesplitste hoofdappartementsrecht als rechten en verplichtingen van de onder-eigenaars gezamenlijk gelden in overeenstemming met de bepalingen die vastgesteld zijn bij het reglement van ondersplitsing (art. 8 lid 4 Modelreglement 2006). Art. 14 lid 2 bepaalt hierop aansluitend dat de onder-eigenaars gezamenlijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen die in de hoofdsplitsing aan het ondergesplitste appartementsrecht zijn verbonden. Art. 47 lid 3 regelt vervolgens dat het stemrecht dat aan het ondergesplitste appartementsrecht toekomt, door het bestuur van de vereniging van onder-eigenaars in de vergadering van eigenaars van de hoofdsplitsing

wordt uitgebracht in de verhouding zoals bij de ondersplitsing is bepaald.⁴²

De stemmen voor het in de ondersplitsing betrokken appartementsrecht behoeven niet eensluidend te worden uitgebracht, tenzij in het reglement van ondersplitsing anders is bepaald.

Als het bestuur van de VvE-Hoofdsplitsing een vergadering van eigenaars bijeen wil roepen, geldt daarvoor volgens het Modelreglement 2006 een oproepingstermijn van vijftien dagen (de dag van oproeping en van vergadering daaronder niet gerekend, art. 45 lid 8 Modelreglement 2006). Oudere modelreglementen hanteren andere termijnen (zie bijvoorbeeld art. 32 lid 6 Modelreglement 1973, dat een termijn van 'acht vrije dagen' voorschrijft).

Zodra het bestuur van de VvE-Ondersplitsing de oproeping ontvangt, dient zij een vergadering van eigenaars in de ondersplitsing uit te schrijven. Indien in de ondersplitsing het Modelreglement bij ondersplitsing in appartementsrechten van mei 2006 (hierna: Modelreglement Ondersplitsing 2006) van toepassing is, geldt daarvoor een oproepingstermijn van tien dagen (de dag van oproeping en van vergadering daaronder niet gerekend, art. 45 lid 8 Modelreglement Ondersplitsing 2006).

In de aldus bijeengeroepen vergadering van eigenaars in de ondersplitsing moet vervolgens worden voorvergaderd en besluitvorming plaatsvinden over de agendapunten van de hoofdsplitsing. Conform deze besluitvorming dient het bestuur van de VvE-Ondersplitsing vervolgens in de hoofdsplitsing te stemmen (al dan niet eensluidend).

In de praktijk blijken zich hierbij diverse problemen bij te kunnen voordoen.

42 Art. 47 lid 3 Modelreglement 2006 voegt hieraan nog toe: 'met dien verstande dat de onderlinge verhouding tussen het stemrecht verbonden aan het ondergesplitste appartementsrecht en de andere appartementsrechten niet gewijzigd wordt. De vergadering kan in geval van ondersplitsing besluiten het aantal uit te brengen stemmen te verveelvoudigen, doch slechts onder handhaving van de onderlinge stemverhouding tussen de eigenaars als in de akte is bepaald. De stemmen voor het in de ondersplitsing betrokken appartementsrecht behoeven niet eensluidend te worden uitgebracht, tenzij in het reglement van ondersplitsing anders is bepaald. De ondereigenaars zijn bevoegd de vergadering van eigenaars bij te wonen. Uitsluitend het bestuur van de vereniging van ondereigenaars is bevoegd om in de vergadering het woord te voeren.'

2.4.1 *Problemen in verband met de oproepingstermijn*

Het eerste probleem dat kan optreden is dat het bestuur van de VvE-Ondersplitsing niet tijdig een vergadering van eigenaars bijeenroept. De beschikbare termijn is immers zeer beperkt. Als – zoals vaak het geval is – het bestuur van de VvE-Ondersplitsing afwezig of niet voldoende alert is, kan de beschikbare termijn van vijf dagen om de vergadering van eigenaars in de ondersplitsing bijeen te roepen, gemakkelijk worden overschreden. Dat kan tot gevolg hebben dat er in het geheel geen besluitvorming plaatsvindt in de VvE-Ondersplitsing of dat deze te laat plaatsvindt en daardoor blootgesteld wordt aan het risico van vernietiging (art. 5:129 lid 2 juncto art. 2:15 lid 1 sub a BW). Dit probleem is eerder door Rijssenbeek aan de orde gesteld, die hiervoor aanpassing van het modelreglement bepleit.⁴³

Als er geen besluitvorming in de ondersplitsing plaatsvindt, kan het stemrecht van de ondersplitsing niet worden uitgebracht in de vergadering van de hoofdsplitsing. Omdat een quorum eis ontbreekt in het reglement van de hoofdsplitsing, zal de vergadering van eigenaars in de hoofdsplitsing echter gewoon geldige besluiten kunnen nemen.⁴⁴ De eigenaar(s) van winkel-kantoor en parkeer-appartement kunnen derhalve naar believen besluiten zonder de eigenaars van de woningen daarbij te horen. Met enige kwade wil kan telkens de vergadering van eigenaars in de hoofdsplitsing met de minimale oproepingstermijn worden bijeengeroepen, zodat de VvE-Ondersplitsing feitelijk buitenspel wordt gezet.

Het is daarom aan te bevelen om in aktes van (hoofd)splitsing een bepaling op te nemen dat in geval van ondersplitsing van een appartementsrecht, de oproepingstermijn voor de vergadering van eigenaars in de hoofdsplitsing wordt verlengd, bijvoorbeeld tot dertig dagen.⁴⁵ Zodanige

43 N.L.J.M. Rijssenbeek, *De modelreglementen toegelicht*, Den Haag: IBR 2015, p. 225 en 226, die ook voor het bijeenroepen van een vergadering op verzoek van een aantal eigenaars een langere termijn bepleit, als een appartementsrecht is ondergesplitst.

44 Gerechtshof Amsterdam 2 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2012: BZ2410.

45 In andere landen, waar een dergelijke problematiek van ondersplitsing niet bestaat, bestaan ook geen expliciete regels over oproepingstermijnen. Zie in het algemeen art. 18-1 Wet 65-557, §24 WEG, en secties 34-36 Commonhold and Leasehold Reform Act 2002.

nieuwe bepaling in een nieuw modelreglement geldt echter niet voor de vele al bestaande hoofd- en ondersplitsingen. Een algemeen geldende regeling zou derhalve in de wet moeten worden opgenomen.

Een alternatief zou kunnen zijn om in de wet een bepaling op te nemen dat in geval van ondersplitsing van enig appartementsrecht de vergadering van eigenaars in de hoofdsplitsing slechts kan besluiten als alle appartementseigenaars (inclusief de gezamenlijke eigenaars van de ondersplitsing(en)) aanwezig of vertegenwoordigd zijn. Dit zal echter besluitvorming in de hoofdsplitsing kunnen belemmeren als er veel hoofd-appartementsrechten zijn. De eenvoudigste oplossing lijkt dan ook de hiervoor genoemde verruiming van de oproepingstermijn in geval van ondersplitsing door een wettelijke regeling verplicht te stellen. Daarbij zou bij voorkeur ook moeten worden bepaald dat de vergadering van eigenaars wordt bijeengeroepen met inachtneming van een oproepingstermijn van vijftien dagen (de dag van oproeping en van vergadering daaronder niet gerekend) conform de bepaling van het Modelreglement 2006, zodat voor alle VvE's in Nederland waarin geen ondersplitsing heeft plaatsgevonden, de termijn gelijk wordt getrokken.

Deze nieuwe regeling zou kunnen worden opgenomen in een nieuw lid van art. 5:127 BW te weten lid 4:

Artikel 127 lid 4

“4. De oproeping voor de vergadering van eigenaars vindt schriftelijk plaats met een termijn van tenminste vijftien dagen, de dag van oproeping en van vergadering daaronder niet gerekend. In geval van ondersplitsing van een appartementsrecht bedraagt de termijn voor de bijeenroeping van de vergadering van eigenaars van de hoofdsplitsing ten minste 30 dagen.”

2.4.2 Problemen bij de controle van de financiële verslaglegging

In het hiervoor genoemde voorbeeld dienen in de vergadering van eigenaars in de hoofdsplitsing de jaarstukken te worden goedgekeurd. De voorschriften waaraan deze moeten voldoen, worden beschreven in par. 2.3.

Voor de controle van de balans en de staat van baten en lasten met toelichting kan een kascommissie worden benoemd als bedoeld in art. 2:48 lid 2 BW. In ons voorbeeld hebben de eigenaars van de hoofdappartementsrechten *kantoren*, *winkels* en *parkeren* de absolute meerderheid van stemmen. Ook als de VvE-Ondersplitsing correct en tijdig wordt opgeroepen voor de vergadering, kunnen zij – behoudens in geval van misbruik van meerderheidsmacht⁴⁶ – zonder hinder van de VvE-Ondersplitsing alle besluiten nemen die zij wensen. Dat geldt voor de benoeming van een bestuur, voor het opstellen van de jaarstukken, voor het besluit tot het doen van uitgaven, voor de allocatie van kosten aan de hoofdsplitsing en voor de benoeming van een kascommissie. De grote eigenaars kunnen onderling derhalve uitmaken wie de financiële verslaglegging van de VvE-Hoofdsplitsing controleert en daarmee de uitkomst van het onderzoek sturen. Zij kunnen immers eigen werknemers als leden van de kascommissie benoemen.

De ondereigenaars van het appartementsrecht *woningen* en de VvE-Ondersplitsing zijn daarmee aan de goden overgeleverd. Daarbij komt nog dat de individuele ondereigenaars weinig mogelijkheden hebben om zelfstandig de VvE-Hoofdsplitsing op (al dan niet vermeende) onjuistheden te wijzen. Zij kunnen immers niet de benoeming van een lid van de kascommissie afdwingen, en hebben gelet op het bepaalde in de art. 8, 14 en 47 Modelreglement 2006 weinig mogelijkheden om rechtsreeks actie tegen de VvE-Hoofdsplitsing te ondernemen. Onduidelijk is voorts in hoeverre zij recht hebben op inzage in de administratie van de VvE-Hoofdsplitsing.

Om te waarborgen dat de VvE-Ondersplitsing in staat wordt gesteld de financiële verslaglegging van de VvE-Hoofdsplitsing te controleren, verdient het aanbeveling om in de wet te bepalen dat in geval van ondersplitsing ten minste één lid van de kascommissie wordt benoemd op voor-

46 HR 13 oktober 1998, NJ 1999/83 (*Van Gasteren/Beemster*); HR 29 september 2006, NJ 2006/639 (*The Mill/Aruba*); Kantonrechter Utrecht 30 maart 2009, LJN: BJ6989 (*Seyster Veste*); Kantonrechter Maastricht 15 mei 2011, LJN: BQ7678 (*Servatius*); Kantonrechter Haarlem 27 juli 2012, LJN: BX4533 (*Mid-denduin*); Kantonrechter Amsterdam 16 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4332 (*Rochdale*); R.F.H. Mertens, 'Scheve verhoudingen in het appartementsrecht', *NTBR* 2000, p. 35-37; R.F.H. Mertens, 'Machtsoverwicht in de vereniging van eigenaars', *VvErecht.nl*.

dracht van de VvE-Ondersplitsing. Indien geen kascommissie wordt benoemd omdat een raad van commissarissen is ingesteld, geldt mutatis mutandis hetzelfde voor de benoeming van één commissaris.

Uiteraard kan zich het geval voordoen dat meer dan één appartementsrecht is ondergesplitst. Om de vermijden dat de kascommissie of raad van commissarissen uit te veel leden bestaat, kan in zodanig geval worden volstaan met een gezamenlijke voordracht door de VvE's van de ondersplitsingen. Bij hun onderlinge besluitvorming geldt dezelfde stemverhouding als in de hoofdsplitsing.

Dit zou als volgt kunnen worden geregeld in een aanvullend lid 7 van het in par. 2.3 voorgestelde nieuwe art. 5:133a BW:

Artikel 113a lid 7

7. In geval van ondersplitsing wordt ten minste een commissaris benoemd op voordracht van de vereniging van eigenaars van een ondergesplitst appartementsrecht. Ingeval van ondersplitsing van meer dan een appartementsrecht, doen de verenigingen van eigenaars van de ondergesplitste appartementsrechten gezamenlijk deze voordracht. Bij de besluitvorming hierover komt aan iedere vereniging van eigenaars het stemmen-aantal toe overeenkomstig de teller van het breukdeel waarvoor het ondergesplitste appartementsrecht deel uitmaakt van de hoofdsplitsing en het totaal aantal stemmen gelijk is aan de som van deze tellers van de in een ondersplitsing betrokken appartementsrechten."

Voor het geval een raad van commissarissen ontbreekt, kan aan de in par. 2.3 voorgestelde aanvulling van art. 135 nog worden toegevoegd:

Artikel 135

"De artikelen 45 lid 4 en 48 van Boek 2 zijn van toepassing. Een kascommissie wordt door de algemene vergadering, al dan niet uit haar leden, benoemd. *Het bepaalde in art. 133a zevende lid is van overeenkomstige toepassing.*"

Met deze voorgestelde regelingen wordt nog niet erin voorzien dat een onderappartementseigenaar zelf ook enige controle kan uitoefenen en daartoe de op de administratie van het gebouw en het beheer van de

fondsen van de VvE-Hoofdsplitsing in mag zien. De vraag of zodanig inzagerecht wenselijk is, komt in par. 2.8 aan de orde.

2.5 Faillissement van de VvE/toepasselijkheid art. 2:19a lid 2 BW/ art. 2:22a BW

Titel 9 van Boek 5 BW voorziet zelf in een regeling van het vrijwillige en onvrijwillige einde van de VvE. Deze volgt op opheffing van de splitsing, die diverse oorzaken kan hebben.

Volgens art. 5:143 BW wordt de splitsing – kort samengevat – van rechtswege opgeheven:

- als een in de splitsing betrokken recht van erfpacht of opstal eindigt en er geen andere registergoederen in de splitsing zijn betrokken;
- door onteigening van een in de splitsing betrokken perceel, als er geen andere percelen in de splitsing betrokken zijn.

Daarnaast kan de opheffing volgens art. 5:143 lid 2 BW vrijwillig plaatsvinden bij notariële akte met medewerking van alle eigenaars en overige rechthebbenden (conform art. 5:139 lid 1 BW) en op bevel van de kantonnrechtter in de in art. 5:144 BW geregelde gevallen.⁴⁷

Door opheffing van splitsing wordt de VvE van rechtswege ontbonden (art. 5:147 BW). Art. 5:147 lid 2 BW bepaalt dat de vereffening plaatsvindt met inachtneming van de in de leden 3 en 4 opgenomen afwijkingen van art. 2:23 en art. 2:24 BW.

Het appartementsrecht lijkt hiermee een uitputtende regeling en limitatieve opsomming te bevatten van het einde van de VvE, maar dit is niet geheel zeker. De vraag kan bijvoorbeeld opkomen of de VvE ook failliet kan worden verklaard⁴⁸ en of er ook nog andere oorzaken van ontbinding van de VvE buiten het appartementsrecht te vinden zijn.

In de praktijk zal zich niet spoedig de situatie voordoen waarin een VvE insolvent wordt. Art. 5:113 lid 5 BW bepaalt immers – kort gezegd – dat

47 Eenzelfde benadering bestaat in de ons omringende landen. §9 WEG, secties 43, 50 en 55 Commonhold and Leasehold Reform Act 2002 en 6-1 Wet 65-557.

48 Van Velten 2015, par. 10.4. Volgens P.H.M. Gerver, 'Het faillissement van de vereniging van eigenaars', *S&V* 1989, p. 169-171, kan de VvE niet failliet worden verklaard, mede omdat in art. 5:147 BW volgens hem limitatief de gronden van ontbinding van de VvE zijn opgesomd.

de appartementseigenaars voor hun aandeel in de kostenbijdrageplicht hoofdelijk verbonden zijn voor de schulden van de VvE. Helemaal uit te sluiten is insolventie echter niet. In de situatie waarin alle appartementseigenaars zelf failliet zijn en geen verhaal meer bieden en ook de VvE geen middelen meer heeft, zal normaal gesproken uitwinning van de appartementsrechten door de curator of de hypotheekhouder plaatsvinden. In dat geval komen er nieuwe appartementseigenaars, die slechts beperkt aansprakelijk zijn voor de 'oude' schulden (zie art. 5:122 lid 3 BW). Er kan dus een restschuld bij de VvE achterblijven. Hoewel de nieuwe eigenaars niet voor deze restschuld aansprakelijk zijn, zal de VvE uiteraard wel moeten functioneren en zal er bijvoorbeeld onderhoud aan het gebouw moeten plaatsvinden. Voor dit onderhoud zullen de nieuwe eigenaars (maandelijks) een bijdrage moeten storten, waarop een externe schuldeiser van de VvE zich kan verhalen. Per saldo zullen de nieuwe eigenaars derhalve toch (gedeeltelijk) bijdragen aan voldoening van de oude schulden. Indien deze schulden echter te hoog zijn, is een toestand mogelijk waarin de VvE feitelijk failliet is. Zolang de splitsing voortbestaat is een VvE als administratief vehikel dat de gemeenschap beheert echter wettelijk verplicht. Vanuit dat perspectief is een deconfiture van de VvE geen oplossing.⁴⁹

Uit de praktijk zijn ons geen gevallen bekend waarin zich een situatie voordeed waarin de VvE failliet moest worden verklaard. Aan regeling van deze mogelijkheid lijkt dan ook geen behoefte te bestaan.

Iets anders is dat strikt genomen ook buiten de door art. 5:147 lid 1 BW bestreken gevallen ontbinding van de VvE mogelijk is. Volgens art. 5:124 lid 2 BW is titel 1 van Boek 2 BW (over rechtspersonen in het algemeen) immers van toepassing op de VvE behoudens de in dit artikel genoemde wetsartikelen. Art. 2:19a en art. 2:22a BW worden hierin niet genoemd en zijn daarmee strikt genomen van toepassing. Art. 2:19a lid 2 BW voorziet in de mogelijkheid dat de Kamer van Koophandel een vereniging ontbindt als er ten minste een jaar geen bestuurders van de vereniging in het handelsregister zijn ingeschreven en zij ten minste een jaar in gebreke is het voor inschrijving in het handelsregister verschuldigde bedrag te voldoen. Dit artikel is in 1994 in Boek 2 ingevoegd en het heeft er alle schijn van dat destijds over het hoofd is gezien dat voor de VvE een uitzonde-

49 R.F.H Mertens, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:113 BW, aant. 3.

ring moest worden opgenomen in art. 5:124 BW. De VvE is immers verplicht bij iedere appartementensplitsing, zodat het naar onze mening aanbeveling verdient deze uitzondering alsnog op te nemen in art. 5:147 lid 4 BW.

Ditzelfde geldt voor art. 2:22a BW. Dit artikel voorziet in een mogelijkheid om beschikking over aandelen in een bv of nv te bevriezen in het kader van een verzoek van het Openbaar Ministerie tot ontbinding van de desbetreffende vennootschap. Omdat deze ontbindingsmogelijkheid op verzoek van het openbaar ministerie niet geldt voor VvE's en art. 2:22a BW alleen voor nv's en bv's geldt, kan het ontbreken van een uitsluiting van toepasselijkheid van dit artikel in art. 5:124 BW ook overigens niet tot problemen leiden. Ook de artikelen 1 en 2 over overheid(sorganen) en kerkgenootschappen, zijn voor VvE's niet relevant.

2.6 Elektronisch en/of voorafgaand aan de vergadering stemmen

In de praktijk komt soms de vraag op of er ook op een andere manier gestemd mag worden behalve 'in persoon' of 'met een volmacht', en of het uitbrengen van de stem ook voorafgaand aan de vergadering plaats mag vinden.

Het appartementsrecht geeft voor VvE's niet de mogelijkheid om elektronisch of vooraf te stemmen, maar geeft ook geen voorschriften over hoe en wanneer stemmen uitgebracht dienen te worden. Dit geldt ook voor de bepalingen van appartementsrecht in andere landen.

In de modelreglementen is geregeld dat iedere eigenaar stemgerechtigd is (art. 47 modelreglement 2006), dat deze in persoon of bij een schriftelijk gevolmachtigde die al dan niet lid van de vereniging is, de vergadering bij kan wonen, daarin het woord kan voeren en het stemrecht uit kan oefenen. Een bestuurder kan sinds het modelreglement 2006 niet als gevolmachtigde optreden (art. 49 modelreglement 2006). Met een besluit van de vergadering staat gelijk een voorstel, waarmee alle eigenaars schriftelijk hun instemming hebben betuigd, fax en e-mail daaronder begrepen (art. 50 lid 3 modelreglement 2006). In andere landen kent men geen modelreglement zoals in Nederland en, hoewel er gedetailleerde wetgeving bestaat over de uitoefening en bestuur van appartementsrechten, ontbreken bepalingen over de uitoefening van het stemrecht middels elektro-

nisch stemmen.⁵⁰ Het is daarom niet verboden, maar ook niet expliciet toegestaan. Stemmen bij volmacht komt ook voor in Duitsland, waar het ook mogelijk is om schriftelijk in te stemmen met besluiten (§23 (3) WEG).⁵¹ Noemenswaardig is wellicht dat met ingang van 1 januari 2015 in Frankrijk de mogelijkheid bestaat voor professionele bestuurders om online (via een veilige verbinding) inzage in de stukken voor de vergadering te geven (art. 18 I Wet 65-557).

De modelreglementen bieden dus niet zo veel ruimte: besluitvorming vindt ter vergadering plaats, en alleen besluitvorming buiten de vergadering over een voorstel waarmee alle eigenaars schriftelijk instemmen staat gelijk aan een vergaderbesluit. De mogelijkheid voor leden om hun stemgedrag al in een fase voorafgaand aan de algemene vergadering vast te leggen zou overigens niet nieuw zijn. Ook nu al kan immers via een volmacht met een steminstructie bewerkstelligd worden dat tijdens de algemene vergadering een stem wordt uitgebracht die op een eerder moment is bepaald. De mogelijkheid om met elektronische hulpmiddelen aan de vergadering deel te nemen en de stem uit te brengen zou wel nieuw zijn. Op het appartementsrecht zijn delen van het gewone verenigingsrecht van toepassing, maar niet het begin 2007 gewijzigde art. 2:38 BW, dat gaat over het uitoefenen van het stemrecht. Dat artikel is gewijzigd om aan de wensen van de moderne tijd te voldoen en de toepassing van elektronische communicatiemiddelen bij het stemmen te regelen.⁵² Deze wetswijziging voegt met de leden 5 t/m 9 voor gewone verenigingen aan de bestaande praktijk bovendien de mogelijkheid toe om een reeds bepaalde stem al voorafgaand aan de algemene vergadering uit te brengen. Vereiste is dan echter wel dat de statuten deze mogelijkheid bevat.⁵³ Het is denkbaar dat het bestuur in een VvE zou besluiten conform de nieuwe regels voor gewone verenigingen te gaan werken, maar dit is daarmee nog niet in de statuten opgenomen. Besluiten lopen daarmee het risico eenvoudig vernietigd te kunnen worden.

50 De krachtlijnen van het appartementsrecht getoetst, in A.L. Verbeke & V. Sagaert (red.), *Het Nieuwe Appartementsrecht. Een Analyse Van De Hervorming Door De Wet Van 2 Juni 2010*, Brugge: Die Keure 2010, p. 131-132.

51 Zie ook Art. 577-6 van het Belgisch BW.

52 *Stb.* 525, Wet van 20 oktober 2006.

53 Zie C.H.C. Overes, *GS Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer, aant. 5a, voor een bespreking van de wetswijziging en de daar aangehaalde literatuur.

In een VvE waarin niet in de statuten is geregeld dat eigenaars hun stem voorafgaand aan de vergadering schriftelijk uit mogen brengen of dat er elektronisch gestemd mag worden, zijn er in de praktijk dus geen andere mogelijkheden om een stem uit te brengen anders dan door ter vergadering aanwezig te zijn, of een ander een volmacht te geven om namens de afwezige eigenaar een stem uit te brengen.

Er is geen reden om deze vernieuwing in het algemene verenigingsrecht niet ook voor VvE's van kracht te laten zijn. Het gaat om art. 2:38 BW dat – in enigszins aangepaste vorm – van toepassing verklaard zouden kunnen worden.⁵⁴

Art. 2:38 BW luidt als volgt:

“1. Behoudens het in het volgende artikel bepaalde, hebben alle leden die niet geschorst zijn, toegang tot de algemene vergadering en hebben daar ieder één stem; een geschorst lid heeft toegang tot de vergadering waarin het besluit tot schorsing wordt behandeld, en is bevoegd daarover het woord te voeren. De statuten kunnen aan bepaalde leden meer dan één stem toekennen.

2. Tenzij de statuten anders bepalen, treden de voorzitter en de secretaris van het bestuur of hun vervangers, als zodanig ook op bij de algemene vergadering.

3. De statuten kunnen bepalen dat personen die deel uitmaken van andere organen der vereniging en die geen lid zijn, in de algemene vergadering stemrecht kunnen uitoefenen. Het aantal der door hen gezamenlijk uitgebrachte stemmen zal echter niet meer mogen zijn dan de helft van het aantal der door de leden uitgebrachte stemmen.

4. Tenzij de statuten anders bepalen, kan iemand die krachtens lid 1 of lid 3 stemgerechtigde is, aan een andere stemgerechtigde schriftelijk volmacht verlenen tot het uitbrengen van zijn stem.

5. Aan de eis van schriftelijkheid van de volmacht wordt voldaan indien de volmacht elektronisch is vastgelegd.

6. De statuten kunnen bepalen dat iemand die krachtens lid 1 of lid 3 stemgerechtigde is, het stemrecht kan uitoefenen door middel van een elektronisch communicatiemiddel.

54 Zie ook Vegter 2012, ter verbetering van het functioneren van VvE's.

7. Voor de toepassing van lid 6 is vereist dat de stemgerechtigde via het elektronisch communicatiemiddel kan worden geïdentificeerd, rechtstreeks kan kennisnemen van de verhandelingen ter vergadering en het stemrecht kan uitoefenen. De statuten kunnen bepalen dat bovendien is vereist dat de stemgerechtigde via het elektronisch communicatiemiddel kan deelnemen aan de beraadslaging.

8. De statuten kunnen bepalen dat stemmen die voorafgaand aan de algemene vergadering via een elektronisch communicatiemiddel worden uitgebracht, doch niet eerder dan op de dertigste dag voor die van de vergadering, gelijk worden gesteld met stemmen die ten tijde van de vergadering worden uitgebracht.

9. Bij of krachtens de statuten kunnen voorwaarden worden gesteld aan het gebruik van het elektronisch communicatiemiddel. Indien deze voorwaarden krachtens de statuten worden gesteld, worden deze bij de oproeping bekend gemaakt."

Om art. 2:38 BW ook voor VvE's van toepassing te laten zijn, hoeft slechts art. 5:135 BW te worden aangepast. Dit artikel bestaat slechts uit één zin: de cursieve delen betreffen de voorgestelde toevoegingen:

Artikel 135

"De artikelen 38 met uitzondering van lid 1-3, waarbij in lid 4 en lid 6 voor 'iemand die krachtens lid 1 of lid 3 stemgerechtigde is' gelezen moet worden 'stemgerechtigde', 45 lid 4 en 48 van Boek 2 zijn van toepassing."

2.7 Stortingsplicht reservefonds

In het onderzoek naar mogelijkheden tot modernisering van wet- en regelgeving in het kader van het verbeteren van het functioneren van VvE's werd aanbevolen om art. 5:126 lid 1 BW aan te passen, opdat het reservefonds wordt gevuld op basis van de herbouwwaarde, tenzij een deskundig opgesteld meerjarenonderhoudsplan (MJOP) aanleiding geeft tot een andere basis voor het reservefonds. Dit MJOP dient aan nog nader

te omschrijven voorwaarden te voldoen en een nader te bepalen minimale periode te omvatten van bijvoorbeeld tien jaar.⁵⁵

In aansluiting op dit rapport is in september/oktober 2015 een wetsvoorstel aan het publiek ter consultatie voorgelegd.⁵⁶ In het wetsvoorstel wordt art. 5:126 BW voor zover betrekking hebbend op het reservefonds als volgt gewijzigd:

“Onder vernummering van het tweede tot en met vierde lid tot vierde tot en met zesde lid worden na het eerste lid twee leden ingevoegd, luidende:

2. De jaarlijkse reservering ten behoeve van het reservefonds, bedoeld in het vorige lid, bedraagt:

a. het bedrag dat is vastgesteld door de vergadering van eigenaars ter uitvoering van een door de vergadering van eigenaars vastgesteld onderhoudsplan van ten hoogste 5 jaren oud ten aanzien van de gedeelten van het gebouw die niet bestemd zijn om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt, dat betrekking heeft op een periode van ten minste vijf jaar en waarin de benodigde onderhouds- en herstelwerkzaamheden alsmede de geplande vernieuwingen zijn opgenomen daaronder mede begrepen een berekening van de aan die werkzaamheden en vernieuwingen verbonden kosten en een gelijkmatige toerekening van die kosten aan de onderscheiden jaren, of

b. ten minste 0,5% procent van de herbouwwaarde van het gebouw.

3. (...etc.)”

Op dit wetsvoorstel zijn ruim zestig reacties gekomen, waarvan ongeveer de helft van VvE-bestuurders. De reacties waren overwegend positief, maar er is kritiek geleverd op onder meer de periode van vijf jaar (die is te kort) en het ontbreken van een kwaliteitsnorm voor het MJOP. De ministeries van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties en Veiligheid en Justitie beraden zich op moment van schrijven van deze bijdrage op het definitieve wetsvoorstel. Gedacht wordt over het opstellen van kwaliteits-eisen waaraan een goed MJOP moet voldoen. Tevens wordt overwogen

55 M.C.E. van der Vleuten, *Onderzoek naar mogelijkheden tot modernisering van wet- en regelgeving in het kader van het verbeteren van het functioneren van VvE's*, Heerlen: Open Universiteit 2014, p. 32.

56 internetconsultatie.nl/wet_verbetering_verenigingen_van_eigenaars.

het MJOP ten hoogste een termijn van tien jaar te laten bestrijken, waarbij het plan minstens iedere vijf jaar moet worden herzien.

In de reacties zijn voorstellen gedaan om grooteigenaars/beleggers/verhuurders vrij te stellen van het daadwerkelijk storten in het reservefonds. Deze gedachte leeft al langer. Met de wetswijziging van 2005 lijkt immers geen rekening te zijn gehouden met de afwijkende positie van grote (institutionele) beleggers, die vaak rechthebbende zijn van meerdere/veel appartementsrechten. Deze beleggers beschikken meestal over ruim voldoende financiële middelen om de 'andere dan de gewone jaarlijkse kosten' op ieder gewenst moment te kunnen voldoen. Daarnaast ondervinden beleggers nadeel bij een verplichte afdracht, omdat op het reservefonds doorgaans een lager rendement wordt gemaakt dan zij zelf op het vermogen zouden maken. Zij zouden daarom, bijvoorbeeld in het reglement van splitsing, vrijgesteld willen worden van de periodieke betalingen, uiteraard onverminderd de verplichting om te zijner tijd hun aandeel bij te dragen aan voldoening van de desbetreffende kosten. Geconcludeerd werd echter dat ontheffing van stortingen in het reservefonds van bepaalde grooteigenaars in strijd is met de wettelijke regeling. Er kunnen hierdoor bovendien risico's voor de overige appartementseigenaars ontstaan: ook een solide belegger kan failliet gaan of zijn appartementsrechten overdragen aan een minder solide belegger, zonder dat het reservefonds alsnog wordt aangevuld. Het werd daarentegen wel mogelijk gevonden dat een verplichte storting wordt vervangen door een (niet in de tijd beperkte) bankgarantie ten gunste van de VvE, die deze garantie te allen tijde moet kunnen invoeren. Dit bergt echter het gevaar in zich dat de VvE pas een beroep op de garantie doet na de overdracht, waarna wellicht niet meer tot uitkering over wordt gegaan.⁵⁷

Dit onderwerp is ook aan de orde geweest in het hiervoor genoemde onderzoek naar moderniseringsmogelijkheden in wet- en regelgeving voor VvE's. Daarin wordt geconcludeerd dat het niet alleen verplicht, maar ook vanzelfsprekend is dat iedere eigenaar zijn verplichte bijdrage ook daadwerkelijk overmaakt naar een bankrekening van de VvE. Er bestaat echter twijfel of dit eenduidig genoeg in de wet is geregeld.

57 A.A. Van Velten, 'Rechtsvragenrubriek: 12. Is ontheffing mogelijk van de verplichting tot het hebben van een reservefonds bij een VvE?', *WPNR* 2005/6648.

De wet schrijft in art. 5:112 lid 1 onder b BW immers voor dat het reglement van splitsing een regeling moet inhouden omtrent de door de eigenaars te storten bedragen, hetgeen daadwerkelijk overmaken van geld zou impliceren. In lid 2 van dat artikel staat voorts dat ook de statuten een regeling moeten bevatten omtrent de periodiek verschuldigde bijdragen. In de statuten kan dus nader geregeld worden hoe aan deze verplichtingen voldaan moet worden. In de modelreglementen is echter niet nader geregeld dat alle bijdragen uit 'gelden' moeten bestaan.

In art. 5:126 lid 1 BW staat dat de vereniging een reservefonds 'in stand houdt'. Een reservefonds fonds lijkt niet verplicht uit gelden op een bankrekening te moeten bestaan, er zou mogelijk ook voldaan kunnen worden door het verstrekken van een borgtocht of bankgarantieverklaring. Een besluit daartoe kan in de meeste VvE's met een gewone meerderheid genomen worden. In Modelreglement 2006 is weliswaar in art. 43 lid 3 een regeling opgenomen dat de gelden van het reservefonds op een afzonderlijke bankrekening moeten worden gestort, maar er is onduidelijkheid of iedere eigenaar moet voldoen met 'gelden' of met een andere wijze van voldoening kan volstaan.

Het zal duidelijk zijn dat dit risico's oplevert bij betalingsproblemen of zelfs faillissement van de betreffende grooteigenaar die een meerderheidsstem in de VvE heeft. De VvE zal dan in lang niet alle gevallen de verschuldigde bijdragen aan het reservefonds kunnen incasseren. Daarom is het raadzaam om eenduidig in de wet te regelen dat de bedragen en bijdragen die in reglement of statuten zijn geregeld, daadwerkelijk moeten worden overgemaakt naar een bankrekening die op naam van de VvE staat. Art. 5:112 lid 1 onder b en c zouden als volgt kunnen worden aangepast:

Artikel 112 lid 1 onder b en c

"b. een regeling omtrent een jaarlijks op te stellen exploitatierekening, lopende over het voorafgaande jaar, en de door de appartementseigenaars *op een bankrekening ten name van de vereniging van eigenaars* te storten bijdragen;

c. een regeling omtrent door de appartementseigenaars periodiek, tenminste jaarlijks, aan de vereniging verschuldigde *en op een bankrekening van de vereniging van eigenaars te storten* bijdragen;"

2.8 Inzagerecht

In het Modelreglement 2006 is geen regeling opgenomen die een eigenaar het recht geeft om inzage te nemen in – kort gezegd – de administratie van de VvE. Zodanige regeling was wel opgenomen in het (nagenoeg gelijklopende) art. 40 lid 6 modelreglement 1973, 41 lid 6 modelreglement 1983 en 41 lid 6 modelreglement 1992.

Art. 41 lid 6 modelreglement 1992 luidde:

“Het bestuur is verplicht aan iedere eigenaar alle inlichtingen te verstrekken betreffende de administratie van het gebouw en het beheer van de fondsen, welke die eigenaar mocht verlangen en hem op zijn verzoek inzage te verstrekken van alle op die administratie en dat beheer betrekking hebbende boeken, registers en bescheiden. Het houdt de eigenaars op de hoogte van het adres en de telefoonnummer van het bestuur.”⁵⁸

In de praktijk ontstaat, ook in die gevallen waarin het reglement voorziet in een inzagerecht voor de appartementseigenaar, regelmatig discussie over de vraag of een appartementseigenaar inzage heeft in bepaalde bescheiden van de VvE en wat de reikwijdte van dit inzagerecht is.⁵⁹ Aan de ene kant bevinden zich de besturen van de VvE die er vaak niet happig op zijn om inzage te verlenen en deze zo veel mogelijk belemmeren (bijvoorbeeld door voor te stellen deze te verschaffen in een nabijgelegen snackbar of in een kantoor op tientallen kilometers afstand, of door de inzage te beperken met het argument dat de administratie vertrouwelijke stukken bevat, bijvoorbeeld over ten laste van een andere appartementseigenaar gelegde beslagen).⁶⁰ Aan de andere kant bevindt zich de al dan

58 Vergelijkbare bepalingen komen voor in §27 WEG en Art. 18 Wet 65-557.

59 Hof Leeuwarden 9 juli 2008, *PRG* 2009/92; Hof Amsterdam 22 april 2014, *ECLI:NL:GHAMS:2014:1485*. Zie voorts Rb. Noord-Holland 5 juni 2013, *ECLI:NL:RBNHO:2013:CA3797* en Rb. Midden-Nederland 25 juni 2014, *RVR* 2014/98, zie voorts M.L.J.M. Rijssenbeek, *De model splitsingsreglementen toegelicht*, Den Haag: IBR 2015, pagina 304-305 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

60 Uiteraard zijn er ook VvE's c.q. VvE-bestuurders, die standaard op een afgesloten deel van een website alle relevante stukken van de VvE ter inzage en zo nodig tot afdrukken gereed houden.

niet terecht wantrouwe eigenaar die zich een beeld wil vormen van bijvoorbeeld de juistheid van bepaalde uitgaven die zijn gedaan en de vraag of daarvoor een correcte vergelijking van aanbieders heeft plaatsgevonden.

In sommige gevallen zal hij dit niet bij eenvoudige inzage kunnen vaststellen, maar daartoe de stukken nader moeten bestuderen. Regelmatig verzoeken eigenaars dan ook om kopieën van (delen van) de administratie. Ook als zij aanbieden daarvan de redelijke kosten te vergoeden of zelf kopieën te maken, wordt dit vaak niet toegestaan. De hiervoor aangehaalde tekst van de modelreglementen biedt ook geen grondslag voor het vragen van door het bestuur te maken kopieën.⁶¹ Volgens de Rechtbank Midden-Nederland mag de eigenaar zelf ook geen kopieën of foto's maken, mede omdat daar vertrouwelijke stukken bij zitten die derden betreffen.⁶² In de gevallen waarin de eigenaar geen of slechts beperkte inzage krijgt, ontstaat vaak discussie over de vraag welke stukken tot de administratie van de VvE behoren. De Laat heeft bepleit hiervoor aansluiting te zoeken bij art. 2:10 BW:⁶³

“Het bestuur is verplicht de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend.”

Volgens De Laat valt hier niet onder dat het bestuur alle denkbare correspondentie tussen de organen van de VvE en derden ter inzage moet worden gegeven.

Bij deze uitleg past het oordeel van de kantonrechter te Alkmaar,⁶⁴ dat onder de definitie van *bescheiden* ook vallen:

61 Hof Amsterdam 22 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1485.

62 Rb. Midden-Nederland 25 juni 2014, *RVR* 2014/98.

63 R.P.M. de Laat, 'Het inzagerecht in de praktijk', *VvErecht.nl*, 25 februari 2015. Zie van dezelfde auteur 'Inzagerecht in de administratie van VvE omvat niet tevens het verstrekken van kopieën', *VvErecht.nl*, 31 oktober 2014.

64 Rb. Noord-Holland 5 juni 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA3797.

“offertes die betrekking hebben op noodzakelijk herstel van het gebouw en de daarmee gepaard gaande fondsen. Het is in het belang van de leden van de VvE dat ook dergelijke stukken kunnen worden ingezien door de leden met het oog op de uit te oefenen controle van de administrateur.”

Kort samengevat kan een appartementseigenaar – afhankelijk van het toepasselijke modelreglement – recht hebben op inzage in de boeken en bescheiden van de VvE die betrekking hebben op de administratie en de financiën van de VvE.

In geval van ondersplitsing van een appartementsrecht kan vervolgens de vraag opkomen of ook een ondereigenaar recht heeft op inzage van de boeken en bescheiden van de VvE-Hoofdsplitsing. De Rechtbank Midden-Nederland oordeelde in de zojuist al genoemde uitspraak dat de eigenaar zodanig recht niet heeft:

“De gezamenlijke onderappartementseigenaars, verenigd in De Nieuwe Hof II, zijn op hun beurt lid van De Nieuwe Hof I. De Nieuwe Hof II wordt door haar bestuur vertegenwoordigd in de vergadering van eigenaars van De Nieuwe Hof I en oefent het stemrecht uit met uitsluiting van de onderappartementseigenaars zelf (art. IV.B.4 van de akte van ondersplitsing en art. 5:127 lid 3 BW). Het bestuur van De Nieuwe Hof I is ten opzichte van de eigenaars van de appartementsrechten verplicht tijdig de jaarstukken op te maken en ter goedkeuring voor te leggen aan de vergadering van eigenaars, conform het Modelreglement 1992. Krachtens art. 2 lid 4 van dat reglement gelden de rechten en verplichtingen van de eigenaar van het in de ondersplitsing betrokken appartementsrecht echter als rechten en verplichtingen van de ondereigenaars gezamenlijk. Dit betekent dat niet eiseres, maar alleen de gezamenlijke onderappartementseigenaars, verenigd in De Nieuwe Hof II, het bestuur van De Nieuwe Hof I kunnen aanspreken op nakoming van de verplichting om jaarrekeningen op te stellen en ter goedkeuring voor te leggen aan de vergadering van eigenaars. Niet is gesteld of gebleken dat eiseres in deze procedure de gezamenlijke onderappartementseigenaars vertegenwoordigt. Dit deel van de vordering zal daarom worden afgewezen.”

In het kader van de in par. 2.4 beschreven verhoudingen tussen VvE-Hoofdsplitsing en VvE-Undersplitsing is dit oordeel verdedigbaar. Daarbij dient echter tevens te worden meegewogen dat een onderappartementseigenaar deelgenoot is (via een ondergemeenschap) van de gemeenschap die in de hoofdsplitsing is betrokken. Als zodanig is deze onderappartementseigenaar ook, weliswaar getrapd via de VvE-Undersplitsing, hoofdelijk verbonden voor schulden van de VvE-Hoofdsplitsing (art. 5:113 BW). De ondereigenaar kan er dan ook belang bij hebben om inzage te krijgen in de administratie en de bescheiden van de VvE-Hoofdsplitsing. Het gaat immers ook over het beheer en de administratie van de gemeenschap waarin hij/zij deelgenoot is. A fortiori in hoofd- en ondersplitsingen waarin de verhoudingen niet in balans zijn (als beschreven in par. 2.4) zou naar onze mening de positie van de onderappartementseigenaar moeten worden versterkt. Aangezien niet ieder modelreglement een inzage-recht bevat en geen van de modelreglementen voorziet in een regeling dat de eigenaar op zijn verzoek ook afschriften van de door hem verlangde stukken krijgt of kan maken, verdient het overweging om in de wet een, op art. 41 lid 6 Modelreglement 1992 geënte, algemeen geldende regeling op te nemen die dit inzage- en kopieerrecht regelt. Dit inzage en kopieerrecht zou kunnen worden opgenomen in een nieuw lid 5 bij art. 5:131 BW:

Artikel 131 lid 5

"Het bestuur is verplicht aan iedere eigenaar, waaronder begrepen een eigenaar in een ondergesplitst appartementsrecht, alle inlichtingen te verstrekken betreffende de administratie van het gebouw en het beheer van de fondsen, welke die eigenaar mocht verlangen en hem op zijn verzoek inzage te verstrekken van alle op die administratie en dat beheer betrekking hebbende boeken, registers en bescheiden. Het bestuur houdt de eigenaars op de hoogte van het adres, e-mailadres en het telefoonnummer van het bestuur. Het bestuur stelt de eigenaar desverzocht in een daartoe geschikte ruimte in de gelegenheid om voor eigen rekening foto's of fotokopieën te maken van de door hem ingeziene boeken, registers en bescheiden."

3 Praktische problemen

3.1 Mogelijkheid tot het vestigen van een recht van opstal- of erfpacht op gemeenschappelijke gedeelten of rangwisseling?

Volgens art. 5:117 lid 2 BW kunnen goederen die in de splitsing zijn betrokken, niet geheel of gedeeltelijk worden overgedragen, verdeeld, bezwaard of uitgewonnen. De enige uitzonderingen hierop zijn belasting met een erfdiensbaarheid door de gezamenlijke eigenaars (art. 5:117 lid 4 BW), de uitwinning door een hypotheekhouder, beslaglegger of bevoorrecht schuldeiser, wiens recht voor de splitsing was ontstaan (art. 5:114 lid 2 BW) en onteigening van een deel van de in de splitsing betrokken percelen (art. 5:144 lid 1 aanhef en sub f BW).⁶⁵

In de praktijk blijkt het bepaalde in art. 5:117 lid 2 BW een belemmering te vormen voor een regelmatig opkomende behoefte om bijvoorbeeld ten behoeve van WKO-installaties of andere energie-installaties een opstalrecht te verlenen aan degene die de installaties wil plaatsen. Bij nieuwe splitsingen betekent dit, dat het opstalrecht voorafgaande aan de splitsing moet worden gevestigd, terwijl bij bestaande splitsingen de weg moet worden gevolgd van wijziging (verkleining) van de akte van splitsing (art. 5:117 lid 3 BW).⁶⁶

Een andere barrière wordt gevormd door het feit dat vestiging van een opstalrecht ten behoeve van zodanige installaties niet mogelijk is, indien een recht van erfpacht is gesplitst in appartementsrechten. De erfpachter

65 HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/474.

66 Rb. 's-Gravenhage 28 augustus 2002, *NJ kort* 2002/65. Zie tevens V. Tweehuyzen, 'Het specialiteitsbeginsel en de art. 3:222 lid 1 en 5:106 lid 6 BW', *WPNR* 2009/6820, p. 934; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/453; Mertens, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:117, aant. 3; Van Velten 2015, par. 10.22 en A.G. Hartman, *Handboek Registergoederenrecht 2015*, Zutphen: Walburg Pers 2015, par. 6.5.2.1.

Ook in het Duitse recht bestaat de mogelijkheid een opstalrecht te vestigen op een in appartementsrechten gesplitst perceel, mits het opstalrecht op het gehele perceel rust (§ 1 (1) ErbauVO, § 8 WEG). Middels de reglementen of andere overeenkomst kunnen de appartementseigenaren dan de canon verdelen. DNotl-Report 1998, 13-14 (30 december 1998). Voor een reeds gevestigd opstalrecht, later verdeeld in appartementsrechten zie § 30 WEG. Ook een vestiging van een erfdiensbaarheid is mogelijk, al zal deze formeel op het gehele perceel rusten (DNotl Gutachten 11186 (15 januari 2008)).

(in dit geval bestaande uit de gezamenlijke eigenaars) is immers niet bevoegd om een opstalrecht te verlenen.⁶⁷

In de aanloop tot dit preadvies is door enkele (kandidaat-)notarissen voorgesteld om hetzij rangwisseling mogelijk te maken in diër voege, dat een later op de goederen van de splitsing te vestigen opstalrecht in rang mag wisselen met het gesplitste erfpachtrecht. Een andere optie die is genoemd is om art. 5:117 BW zodanig aan te vullen dat vestiging van een opstalrecht of erfpachtrecht mogelijk wordt op de gedeelten van de in de splitsing betrokken goederen die niet bestemd zijn om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt (de gemeenschappelijke gedeelten).

Met deze laatste optie zou dus ook vestiging van een opstalrecht op de gemeenschappelijke gedeelten van een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht mogelijk worden gemaakt.

Deze mogelijkheid om een opstalrecht op (een in appartementsrechten gesplitst) erfpachtrecht te vestigen is echter niet geheel nieuw. Zij bestaat immers ook al voor vestiging van een opstalrecht op de privégedeelten van een appartementsrecht (art. 5:118a BW).

Om aan deze behoefte uit de praktijk tegemoet te komen menen wij dat wettelijke regeling van de mogelijkheid om een erfpacht- of opstalrecht te vestigen op de gemeenschappelijke gedeelten van een appartementencomplex de voorkeur verdient boven de mogelijkheid van rangwisseling, omdat deze vestiging eenvoudiger is te realiseren dan de rangwisseling.⁶⁸ Aangezien de vestiging van deze rechten op een wijziging van de goederenrechtelijke situatie in de splitsing neer komt, dient naar onze mening – evenals bij wijziging van de akte van splitsing – toestemming van de beperkt gerechtigden, beslagleggers en dergelijke vereist te zijn.

De hier beschreven regeling kan in nieuwe leden 5 tot en met 7 worden toegevoegd aan art. 5:117 BW:

67 Zie hierover ook het preadvies van S. Bartels, V. Sagaert, V. Tweehuysen en F.J. Vonck in deze bundel.

68 Deze oplossing sluit ook aan bij de in het Duitse recht gekozen benadering, waarbij zo veel mogelijk wordt uitgegaan van uniforme toepassing van beperkte rechten op een perceel in zijn geheel.

Artikel 117 leden 5 tot en met 7

"5. In afwijking van de leden 2 en 3 kunnen gedeelten van de in de splitsing betrokken goederen, die niet bestemd zijn om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt door een appartementseigenaar, door de gezamenlijke appartementseigenaars worden bezwaard met een recht van erfpacht of een recht van opstal.

6. Een recht van erfpacht of recht van opstal als bedoeld in het tweede lid kan met inachtneming van het daarover in de akte van vestiging bepaalde worden overgedragen, verdeeld, bezwaard of uitgewonnen.

7. Op een bezwaring als bedoeld in het vijfde lid is het bepaalde in artikel 139 lid 3 en artikel 140 van overeenkomstige toepassing."

3.2 Ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten

In de praktijk blijkt er behoefte te bestaan aan de mogelijkheid om bepaalde gemeenschappelijke gedeelten (bijvoorbeeld een deel van het gemeenschappelijke dak), aan een eigenaar of derden in gebruik te geven. Het kan daarbij gaan om toestemming tot het aanleggen van een dakterras, maar ook om het plaatsen van een zendmast voor telecommunicatie.

In de literatuur is de mogelijkheid tot ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten door de VvE omstreden, omdat betwijfeld kan worden of de VvE tot zodanige ingebruikgeving bevoegd is.⁶⁹

Deze twijfel wordt gevoed door de wettelijke bepalingen die de bevoegdheid van de VvE regelen. Het betreft met name art. 5:126 en art. 5:128 BW, die kort gezegd inhouden dat de vereniging het beheer voert over de gemeenschap, met uitzondering van die gedeelten die bestemd zijn om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt en dat de vergadering van

69 A.A. Creutzberg, 'Boksen in de gemeenschappelijke tuin: perikelen van de vereniging van eigenaars', *WPNR* 1988/5871, p. 249 en 250; G. Verdoes Kleijn, 'Appartementsrecht en privégebruik van de gemeenschappelijke terreinen', *WPNR* 1991/6209, p. 862; R.J. Holtman, 'Geen exclusief gebruik door een meerderheidsbesluit VvE', *WPNR* 1995/6171, p. 169 e.v. en L.P. Oostveen-ter Braak & R.J. Holtman, 'Geen exclusief gebruik van gemeenschappelijke ruimten krachtens besluit van de VvE (1)', *WPNR* 1998/6329 p. 625 e.v.; A.A. van Velten, 'Het onderscheid tussen beheer en beschikking in het appartementsrecht', *WPNR* 2000/6407, p. 447-448; J.B.C. Tummers en R.F.H. Mertens, 'Ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten in een appartementensplitsing', *NTBR* 2012, p. 58-65.

eigenaars bevoegd is regels te stellen betreffende het gebruik van de gemeenschappelijke gedeelten, voor zover het reglement van splitsing daarover geen bepalingen bevat.⁷⁰

Aangezien de vergadering niet meer bevoegdheden kan hebben dan de VvE zelf, zal ieder besluit van de vergadering over het gebruik van de gemeenschappelijke gedeelten in beginsel slechts op beheer betrekking mogen hebben.

Daarbij komt dat een appartementseigenaar volgens art. 5:120 BW bevoegd is zijn privégedeelten exclusief te gebruiken en hij daarnaast het recht tot medegebruik heeft van de gemeenschappelijke gedeelten. Deze toepassing van deze bepalingen in de rechtspraak levert een diffuus en casuïstisch beeld op.⁷¹

In een geval waarin een gemeenschappelijk parkeerterrein exclusief in gebruik werd gegeven aan een eigenaar van winkels ten behoeve van bezoekers van die winkels, werd geoordeeld dat zodanige ingebruikgeving zonder wijziging van de akte van splitsing niet mogelijk was wegens het ontbreken van bevoegdheid daartoe bij de VvE.⁷² Datzelfde hof oordeelde enkele jaren later echter dat ingebruikgeving van een gemeenschappelijk dak wel mogelijk is, omdat de ingebruikgeving niet permanent

70 Ook in Duitsland bestaat eenzelfde uitgangspunt, waarbij de VvE krachtens §15 WEG een gebruiksregeling mag overeenkomen. Vanwege het regelend (d.w.z. niet dwingend) karakter van het Duitse appartementsrecht, wordt wel aangenomen dat de appartementseigenaren kunnen overeenkomen dat er een 'Sondernutzungsrecht' ontstaat. Sinds 2007 kan via §5(4) tweede zin, een dergelijke overeenkomst tussen alle eigenaren met zich meenemen dat een exclusief gebruiksrecht onderdeel wordt van de individuele eigendom van het appartement. Dit kan niet ten gunste van een derde geschieden.

71 Hof Amsterdam 18 juni 1998, *NJ* 1999/437; HR 7 april 2000, *NJ* 2000/638 m.nt. WMK; Hof Amsterdam 24 juli 2008, *RN* 2008/102; Hof Amsterdam, 29 december 2009, *RVR* 2010/108; Hof Leeuwarden 13 juni 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4798; HR 7 april 2000, *NJ* 2000/638 m.nt. WMK (*Not. Wortelboer/VvE 'Schoolstraat'*).

72 Ktr. Utrecht 10 april 1996, *Praktijkgids* 1996/4549 en Hof Amsterdam 18 juni 1998, *NJ* 1999/437. Zie ook Rb. 's-Gravenhage 28 augustus 2002, *NJ kort* 2002/65 (VvE Waldeck Rijnmond); Ktr. Breda 22 november 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY4484; Ktr. Amsterdam 29 oktober 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7428.

was,⁷³ of omdat de bestemming van het dak niet wijzigde door de ingebruikgeving als dakterras (het bleef immers een dak).⁷⁴

De bevoegdheid tot ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten aan een eigenaar of een derde kan onzes inziens wel in het reglement van splitsing worden opgenomen⁷⁵ (art. 5:112 lid 1 aanhef en sub c BW) en de KNB Projectgroep Modelreglement 2015 overweegt dan ook een bepaling – ertoe strekkende dat deze bevoegdheid aan de VvE wordt toegekend – in het nieuwe modelreglement op te nemen.

Deze eventuele bepaling in een nieuw modelreglement neemt de bestaande onzekerheid niet volledig weg, maar de leden van de projectgroep zijn van mening dat een grondslag in het reglement voor de ingebruikgeving, aan de behoeften van de praktijk kan voldoen. Om de mogelijkheid om gemeenschappelijke gedeelten krachtens besluit van de vergadering van eigenaars in gebruik te geven aan een eigenaar of een derde (onomstotelijk) voor alle VvE's te laten gelden, is echter wetswijziging nodig.

Daartoe zou aan art. 5:128 BW een nieuw derde lid kunnen worden toegevoegd, dat aansluit bij de tekst zoals deze in het nieuwe modelreglement van de KNB zal worden opgenomen. In afwachting van deze regeling wordt hierna geen tekstvoorstel geformuleerd, maar worden slechts de uitgangspunten daarvoor geformuleerd. Deze zijn:

1. ingebruikgeving is beperkt tot obligatoire ingebruikgeving die steeds op korte termijn opzegbaar is;
2. deze kan al dan niet om baat geschieden;
3. deze mag geen onredelijke hinder veroorzaken⁷⁶ (bijvoorbeeld geluidsoverlast of belemmering van uitzicht over een dak) of onredelijk afbreuk doen aan de medegebruiksrechten van de overige eigenaars.

73 Gerechtshof Amsterdam, 6 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3066.

74 Aldus ook Rb. Amsterdam 18 oktober 2006, *RN* 2007/53 (VvE Zocherstraat); Rb. Den Bosch 16 juni 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN2276; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 juni 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4798. Anders Rb. Utrecht 18 juli 2000, ECLI:NL:RBUTR:2000:AH8228; *KG* 2000/193 en Rb. Haarlem 2 januari 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC3250; Rb. Rotterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1486.

75 Aldus ook J.B.C. Tummers & R.F.H. Mertens, 'Ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten in een appartementensplitsing', *NTBR* 2012, p. 58-65.

76 Gerechtshof Amsterdam 2 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2012:BZ2410.

3.3 Instemming van de erfpachter met wijziging van de akte van splitsing

Bij wet van 19 februari 2005 (*Stb.* 2005, 89) werd het appartementsrecht gewijzigd. Deze wijziging trad in werking op 1 mei 2005 (*Stb.* 2005, 160).⁷⁷ Bij deze wetwijziging werd in art. 5:139 lid 2 BW de mogelijkheid geïntroduceerd om de akte van splitsing te doen wijzigen met medewerking van het bestuur, indien het besluit tot wijziging is genomen in een vergadering van eigenaars met een meerderheid van ten minste vier vijfde van het aantal stemmen dat aan de appartementseigenaars toekomt (of een grotere meerderheid als de akte zulks bepaalt). Op deze wijziging is art. 5:139 BW van toepassing, dat bepaalt dat deze wijziging de toestemming behoeft van (onder anderen) beperkt gerechtigden en beslagleggers op een appartementsrecht.

Bij dezelfde wetwijziging in 2005 werd art. 5:118a BW in het BW geïntroduceerd, dat het mogelijk maakt voor een appartementseigenaar om op zijn privégedeelten een recht van erfpacht en daarop (voor zover daarvoor geen in de splitsing betrokken goederen aan de splitsing worden onttrokken) een opstalrecht te vestigen. Als een recht van erfpacht op de privégedeelten is gevestigd, wordt (behoudens andersluidende regeling in de akte van vestiging) het stemrecht van de appartementseigenaar door de erfpachter uitgeoefend. Bij een opstalrecht is het juist omgekeerd en wordt het stemrecht behoudens andersluidende regeling in de akte van vestiging door de appartementseigenaar uitgeoefend.

Wanneer in een vergadering van eigenaars over wijziging van de akte van splitsing wordt gestemd, kan zich dus de situatie voordoen dat een erfpachter of opstaller in plaats van de appartementseigenaar over deze wijziging stemt. Omdat art. 5:139 BW echter bepaalt dat de beperkt gerechtigden op een appartementsrecht ook toestemming moeten verlenen voor de wijziging, moeten de erfpachter en opstaller die in de vergadering van eigenaars al hebben ingestemd, strikt genomen na de

⁷⁷ Het appartementsrecht werd nogmaals gewijzigd door de Wet van 26 februari 2011 (*Stb.* 2011/123) tot wijziging van Boek 5 van het BW en de Woningwet in verband met het plegen van onderhoud door verenigingen van eigenaars.

besluitvorming in de vergadering van eigenaars nogmaals daarin toestemmen.⁷⁸

Om deze onpraktische en onwenselijke dubbele toestemmingseis te schrappen, kan onzes inziens worden volstaan met een technische wijziging van art. 5:139 lid 3 BW door daaraan toe te voegen:

Artikel 139 lid 3

“3. Wijziging van de akte van splitsing behoeft de toestemming van hen die een beperkt recht op een appartementsrecht hebben, van hen die daarop beslag hebben gelegd alsmede, indien een recht van erfpacht of opstal in de splitsing is betrokken, van de grondeigenaar. Ook is toestemming nodig van de gerechtigden tot een erfdiensbaarheid, indien hun recht door de wijziging wordt verkort. *De wijziging van de akte van splitsing behoeft niet de toestemming van de gerechtigde tot een recht van erfpacht of een recht van opstal die in de vergadering van eigenaars als bedoeld in het tweede lid over deze wijziging heeft kunnen stemmen.*”

Overigens komt aan de erfpachter of opstaller strikt genomen niet de bescherming toe die art. 5:140b BW aan een appartementseigenaar biedt. Volgens dit art. wordt een besluit van de vergadering tot wijziging van de akte van splitsing immers vernietigd op vordering van de appartementseigenaar die niet voor deze wijziging heeft gestemd, tenzij hij – kort gezegd – door de wijziging geen schade lijdt of hij daarvoor schadeloos wordt gesteld. Deze bescherming zou moeten worden uitgebreid tot de stemgerechtigde opstaller of erfpachter, hetgeen zou kunnen worden gerealiseerd door in art. 5:140b lid 1 BW de navolgende wijziging aan te brengen:

Artikel 140b lid 1

“1. Op vordering van een appartementseigenaar *of een stemgerechtigde gerechtigde tot een recht van erfpacht of opstal* die niet voor een overeenkomstig artikel 139 lid 2 bij meerderheid van stemmen genomen

78 G. Verdoes Kleijn, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:139 BW, aant. 5; A.G. Hartman, *Handboek Registergoederenrecht 2015/2016*, Zutphen: Walburg Pers 2015, par. 6.5.3.

besluit tot wijziging van de akte van splitsing heeft gestemd, wordt het besluit bij rechterlijke uitspraak vernietigd.”

3.4 Procederen in appartementsrechtelijke geschillen

In hoofdstuk 9 van het preadvies 'Naar een vernieuwd appartementsrecht' dat in 1997 werd uitgebracht voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de KNB beschreef Mertens de verschillende procesingen (dagvaarding of verzoekschrift), de vele verschillende termijnen bij de afzonderlijke procedures en de samenloop daartussen.⁷⁹ Hij bepleitte daarom de vereenvoudiging van deze procedures. Dit pleidooi is later, ook door diverse andere auteurs herhaald en ondersteund.⁸⁰

In het op het preadvies volgende wetgevingstraject, dat uiteindelijk leidde tot de Wet van 19 februari 2005 tot wijziging van titel 5.9 (Appartementsrechten) van het BW (*Stb.* 2005, 89), zijn deze aanbevelingen niet meegenomen. In de nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken I* 2004/05, 28 614, C) merkte de minister naar aanleiding van vragen van de CDA-fractie op dat er voor het wijzigen van regels van procesrechtelijke aard geen goede reden bestond, omdat ten tijde van het advies tot wijziging van het appartementsrecht 'de fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht aanving en in dat kader onder meer zou worden overwogen of het onderscheid tussen dagvaardings- en verzoekschriftprocedure niet beter kan worden afgeschaft'. Wel onderkende de minister de door de Vaste Commissie aangehaalde problematiek van samenloop van dagvaardings- en verzoekschriftprocedures en beloofde daarom overleg daarover te zullen plegen met de rechterlijke macht. De herbezinning op het Nederlandse burgerlijk procesrecht heeft echter geen oplossing voor de geschetste problematiek, waaronder die van samenloop, opgeleverd.

De bekendste en meest voorkomende samenloop is die tussen de procedure tot verkrijging van een verklaring voor recht dat een besluit van een

79 R.F.H. Mertens, C. Venemans & G. Verdoes Kleijn (red.), *Preadvies 'Naar een vernieuwd appartementsrecht'*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997.

80 R.M.G. Rothengatter, *De VvE en de Rechter*, Oosterhout: VvE Media BV 2001, p. 33 e.v.; R.F.H. Mertens, 'Appartementsrechtelijk procederen', *Praktisch Procederen*, 2003, p. 154-158; R.F.H. Mertens, 'Het appartementsrecht vernieuwd', *BR* 2004, p. 34; A.A. van Velten, 'De indiening en voortgang van het wetsvoorstel tot herziening van het appartementsrecht', *WPNR* 2004/6585, p. 559.

orgaan van een VvE nietig is en procedure tot vernietiging van zodanige besluiten. Een rechterlijk oordeel over de vraag of een besluit van een orgaan van andere rechtspersonen op grond van art. 2:14 BW nietig is of op grond van art. 2:15 BW vernietigbaar is, moet in een dagvaardingsprocedure bij de rechtbank worden verkregen. Bij twijfel over de vraag of er sprake is van nietigheid of vernietigbaarheid, of bij aanwezigheid van meerdere gronden waarop het besluit kan worden aangevochten, kan een rechtzoekende voor de meeste rechtspersonen derhalve zijn stellingen aan de rechter voorleggen in een gewone dagvaardingsprocedure.

Voor de VvE geldt een andere regeling. Terwijl ook nietigheid van een besluit van een orgaan van de VvE moet worden vastgesteld in een dagvaardingsprocedure bij de rechtbank, moet vernietiging daarentegen worden verzocht in een verzoekschriftprocedure bij de kantonrechter.

Bij samenloop van aantastingsgronden moet de rechtszoekende derhalve kiezen of hij twee afzonderlijke procedures aanhangig wil maken, of beide rechtsmiddelen zal combineren.

Complicerende factor daarbij is dat, terwijl vernietiging van besluiten van gewone rechtspersonen binnen een jaar moet worden gevorderd, art. 5:130 lid 2 BW een termijn van één maand bevat, waarbinnen een verzoekschrift tot vernietiging van een besluit van een VvE moet worden ingediend. Deze termijn begint te lopen op het moment dat de verzoeker van het besluit kennis heeft genomen of heeft kennis kunnen nemen.

Veel juristen kiezen er daarom voor om in een verzoekschrift zowel vernietiging te vragen, als een verklaring voor recht dat het aangevochten besluit nietig is. Of dit door de behandelende rechter wordt geaccepteerd, is op voorhand niet duidelijk. Sommige rechters achten zich om proceseconomische redenen bevoegd,⁸¹ terwijl anderen zich niet bevoegd achten.⁸² De hoeveelheid hierover verschenen jurisprudentie is groot.

81 Bijvoorbeeld Rb. Utrecht 12 februari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010: BM0088 waarover R.P.M. de Laat, 'Nietigheid, bevoegdheid sector kanton', *VvErecht.nl*, 12 februari 2010; Gerechtshof Amsterdam 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3536; Rb. Midden-Nederland 15 januari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:187.

82 Bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 6 april 2012, *LJN*: BW1490m, waarover R.P.M. de Laat, 'Nietig besluit is ook vernietigbaar; kantonrechter vernietigt', *VvErecht.nl* 11 april 2012; Rb. Noord-Holland 4 juni 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:4766.

Anders dan in 1997 nog het geval was, is het kiezen van de verkeerde rechtsingang tegenwoordig overigens niet meer fataal. Volgens art. 69 Rv wordt een verkeerd ingeleide procedure immers verwezen naar de juiste instantie in de juiste procedure.

Inmiddels ruim tien jaar na de wetwijziging van 2005 is van de afschaffing van het onderscheid tussen dagvaardings- en verzoekschriftprocedures nog niet veel terechtgekomen. Integendeel, door de genoemde wetwijziging in 2005 en de Wet van 26 februari 2011 (*Stb.* 2011, 123) tot wijziging van Boek 5 van het BW en de Woningwet in verband met het plegen van onderhoud door verenigingen van eigenaars, zijn nog verschillende nieuwe procedures in het appartementsrecht geïntroduceerd. Zo werd in 2005 in art. 5:139 lid 2 BW de mogelijkheid geopend om de akte van splitsing, naast de reeds bestaande mogelijkheid van wijziging met medewerking van alle appartementseigenaars, te wijzigen krachtens besluit van de vergadering van eigenaars dat met een gekwalificeerde meerderheid was genomen. Om eigenaars die tegen zodanige wijziging zijn te beschermen, biedt art. 5:140b BW hen de mogelijkheid om binnen drie maanden nadat het besluit is genomen, vernietiging te vorderen in een dagvaardingsprocedure bij de rechtbank. Ook hier doet zich overigens het risico, of de mogelijkheid, voor van samenloop tussen de twee rechtsingangen.⁸³ Ook andere gevallen van samenloop kunnen zich voordoen bij op zichzelf samenhangende vorderingen/verzoeken.⁸⁴

Kortom, op dit moment is het appartementsrecht vanuit procesrechtelijk perspectief nog een mijnenveld. Het is dan ook wenselijk dit procesrecht te vereenvoudigen.⁸⁵

Inmiddels is met het Voorstel tot wijziging van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging

83 Rb. 's-Gravenhage 22 augustus 2012, *NJF* 2012/452, lijkt de mogelijkheid vernietiging te verzoeken op grond van art. 5:130 BW en vernietiging te vorderen ex art. 5:140b BW niet uit te sluiten. Volgens Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4467, (waarover Y.H. van Ballegooijen, 'Beoordeling vordering tot vernietiging besluit tot wijziging van de akte van splitsing ex art. 5:140b BW', *VvErecht.nl* 17 maart 2014) is de combinatie in één procedure niet mogelijk.

84 Rb. Leeuwarden 8 december 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU7520.

85 Aldus ook R.P.M. de Laat, 'Alle VvE zaken naar de sector kanton en nietigheid bij verzoekschrift', *VvErecht.nl* 6 juli 2012.

en digitalisering van het procesrecht een weg ingezet die in ieder geval tot uniformering van de procesgang kan leiden, omdat alle procedures met een 'procesinleiding' kunnen worden gestart.⁸⁶ Daarbij wordt tevens voorzien dat combinatie van vorderingen en verzoeken die strikt genomen onder de absolute competentie van verschillende rechters vallen, toch door de kantonrechter kunnen worden beslist, als ten minste één van de vorderingen of verzoeken tot zijn competentie behoort.⁸⁷

Art. 30b (voorstel) regelt immers dat in één procesinleiding zowel een verzoek als een vordering kan worden opgenomen, mits daartussen voldoende samenhang bestaat en de Nederlandse rechter bevoegd is van beide kennis te nemen. Art. 94 lid 2 (voorstel) bepaalt dat in zaken waarin zowel een verzoek als een vordering wordt ingediend en ten minste één daarvan een vordering of verzoek betreft als bedoeld in art. 93 onder (c of) d Rv (bestaand), deze vorderingen en verzoeken alle door de kantonrechter worden behandeld en beslist, voor zover de samenhang tussen de vorderingen en verzoeken zich tegen afzonderlijke behandeling verzet.⁸⁸ Volgens art. 30b lid 2 zal de vorderingsprocedure in zodanig geval zowel voor het verzoek als voor de vordering worden toegepast. Daarmee kunnen in de toekomst derhalve een verzoek om vernietiging en een vordering tot een verklaring voor recht in één procesinleiding worden gecombineerd, die aan de kantonrechter wordt voorgelegd. Daarbij blijft echter de voor vernietiging van besluiten uit art. 5:130 BW voortvloeiende indieningstermijn van één maand (na kennisneming) gelden, terwijl voor vernietiging van een besluit tot wijziging van de akte van splitsing bijvoorbeeld een termijn van drie maanden na het besluit wordt gehandhaafd. Het is naar onze mening wenselijk dat deze termijnen in het appar-

86 *TK* 2014-2015, 34059, nr. 1 en *EK* 2014-2015, 34059 nr. A (gewijzigd voorstel van wet).

87 In het eerste ontwerp was dit nog niet geregeld. Zie R.P.M. de Laat, 'Nieuw procesrecht laat onderscheid in procedure nietigheid/vernietiging in stand', *VvErecht.nl* 24 januari 2014. De Laat verwijst hiervoor naar het advies van de Raad voor de rechtspraak d.d. 14 januari 2014 aan de minister. Inmiddels is aan dit bezwaar tegemoetgekomen. Zie de memorie van toelichting, *TK* 2014-2015, 34059, nr. 3, toelichting bij art. 30b.

88 Het huidige art. 94 lid 2 Rv bevat een soortgelijke regeling, maar alleen voor vorderingen.

tementsrecht beter op elkaar worden afgestemd.⁸⁹ Wij stellen daarom voor om de termijnen voor vernietigingsprocedures en het hoger beroep daarop te bepalen op drie maanden. Concreet betekent dat wijzigingen in de volgende artikelen:

Artikel 130 leden 2 en 3

“2. Het verzoek tot vernietiging moet worden gedaan binnen ~~een maand na de dag waarop de verzoeker van het besluit heeft kennis genomen of heeft kunnen kennis nemen~~ drie maanden nadat het besluit is genomen.

3. De verzoeker, alle andere stemgerechtigden en de vereniging van eigenaars worden bij name opgeroepen om op het verzoek te worden gehoord. Hoger beroep kan slechts worden ingesteld binnen ~~een maand drie maanden~~ na de dagtekening der eindbeschikking.”

Artikel 138

“Geschillen over herstel of de wijze van herstel beslist de kantonrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin het gebouw of het grootste gedeelte daarvan is gelegen, op verzoek van de meest gereede partij. Hoger beroep kan slechts worden ingesteld binnen ~~een maand drie maanden~~ na de dagtekening van de eindbeschikking.”

Artikel 141 lid 2

“De bevoegdheid om vernietiging te vorderen verjaart door verloop van ~~een jaar drie maanden~~, welke termijn begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop degen die de vernietiging kan vorderen kennis heeft genomen van de wijziging dan wel hem schriftelijk van die wijziging mededeling is gedaan.”

3.5 Verbod op het aangaan van langlopende verplichtingen

In de modelreglementen van de KNB is van oudsher een verbod op langlopende verplichtingen opgenomen, maar deze is in het Modelreglement van 2006 komen te vervallen.⁹⁰ In de oudere reglementen stond een met

89 Aldus ook het (nog niet openbare) rapport van Werkgroep 4, Nieuwe wet- en regelgeving 2015: 'Procederen' aan de klankbordgroep die door het ministerie van Binnenlandse Zaken werd ingesteld in het kader van het project 'verbetering van wet en regelgeving voor VvE's'.

90 Art. 38 MR1973, art. 39 MR1983 en art. 39 MR1992.

het in 2011 in de wet geïntroduceerde lid 4 van art. 5:126 BW vergelijkbare bepaling, maar zonder de beperking dat een bepaald deel van de appartementsrechten overgedragen moest zijn.

Art. 5:126 lid 4 BW luidt:

“Zolang tweederde deel van de appartementsrechten niet is overgedragen onmiddellijk na oprichting van de vereniging van eigenaars, gaat de vereniging van eigenaars geen overeenkomsten voor onderhoud aan met een langere looptijd dan een jaar.”

Ook was er een escape mogelijk: wanneer het reglement van splitsing de mogelijkheid tot het sluiten van bepaalde contracten opende of wanneer het contracten betrof met betrekking tot administratief beheer, technisch beheer of onderhoud, kon wel een meerjarig contract aangegaan worden. Meerjarige contracten inzake bijvoorbeeld het bestuur van de VvE, het onderhoud van de cv-installaties en verzekeringsovereenkomsten vielen derhalve niet onder het verbod.⁹¹

De bepaling is niet zonder reden uit het modelreglement geschrapt. Uit de praktijk bleek namelijk dat deze bepaling, ondanks de hiervoor genoemde uitzonderingen, een te nauw keurslijf opleverde.⁹² Mertens gaf aan dat de bepaling in art. 39 van modelreglement 1992 bijdroeg aan ‘te verregaande starheid in de besluitvorming binnen de gemeenschap van appartementseigenaars’. Hij adviseerde het aangaan van langlopende overeenkomsten wel toe te staan, maar aan de besluitvorming daarover extra eisen te stellen ter bescherming van de appartementseigenaars.⁹³

De bepaling leidde in de praktijk tot twee problemen: de VvE kon geen geldleningsovereenkomsten aangaan⁹⁴ (nodig of door de leden gewenst voor bijvoorbeeld groot onderhoud of renovatie) en de VvE kon voor gemeenschappelijk gebruik bestemde gedeelten niet in gebruik geven

91 R.F.H. Mertens, ‘Langlopende contracten in het appartementsrecht’ *WPNR* 1997/6254, p. 70.

92 Commissie Beekhuis, ‘Kanttekeningen bij de nieuwe KNB-modelreglementen 2006 voor splitsing in appartementsrechten’, *WPNR* 2006/6661.

93 R.F.H. Mertens, ‘Langlopende contracten in het appartementsrecht’, *WPNR* 1997/6254, p. 72, ook opgenomen in R.F.H. Mertens, C. Venemans & G. Verdoes Kleijn (red.), *Preadvies ‘Naar een vernieuwd appartementsrecht’*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, par. 7.7, p. 121 e.v.

94 Asser/Mijnssen, F.H.J. & A.A. Van Velten & S.E. Bartels, *Zakenrecht* 5*, nr. 493.

voor een periode langer dan een jaar.⁹⁵ Of ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten anders dan voor een korte periode overigens mogelijk is, kan ook op andere gronden worden betwijfeld (zie par. 3.2).

Bij de wetswijziging van 2005 is reeds over dit onderwerp gesproken, namelijk bij het vervallen van lid 3 van art. 5:125 BW, waardoor de VvE thans door het passeren van de akte opgericht wordt. De VvE kon sindsdien de nodige overeenkomsten afsluiten, maar moest de koper daarover wel informeren bij de aankoop.⁹⁶ Bescherming van de koper tegen nadelige langjarige verplichtingen werd gevonden in art. 39 van modelreglement 1992 en in art. 8 onder b en c van de model koop-/aannemingsovereenkomst voor appartementsrechten.⁹⁷ Tijdens de parlementaire behandeling is gevraagd of deze bescherming wel voldoende zou zijn, en werd gevraagd waarom de regering niet koos voor een wettelijke bescherming van toekomstige verkrijgers van appartementsrechten.⁹⁸ De minister antwoordde daarop:

“Ik acht deze waarborgen inderdaad zodanig adequaat dat ik hier geen aanleiding zie voor een wettelijke bescherming van toekomstige verkrijgers van appartementsrechten.”⁹⁹

Blijkbaar werd bij de voorbereiding van de wetswijziging van 2005 de bescherming die het modelreglement en de model koop-/aannemingsovereenkomst bieden voldoende geacht, maar tijdens de voorbereiding van de wetswijziging van 2011 niet meer, waarbij het onbekend is of het feit dat de bepaling in modelreglement 2006 vervallen is, een rol heeft gespeeld.

95 Zie Ktr. Amsterdam 2 augustus 1996, *Prg.* 1996, nr. 4646, m.nt. A.J.J. van der Heijden. De kantonrechter oordeelde dat verhuur van een gemeenschappelijk gedeelte niet onder 'beheer' van art. 38 MR1992 valt, en de huurovereenkomst voor een periode langer dan een jaar, in strijd is met art. 39 van MR1992.

96 Althans, het lijkt nu geen twijfel meer dat de VvE overeenkomsten af kan sluiten. Voor die tijd werd aangenomen dat de VvE wordt opgericht bij akte van splitsing en dat de overdracht van appartementsrechten aan derden uitsluitend van belang is voor de vraag of de vereniging 'effectief' is geworden. Zie Ktr. Amsterdam 1 april 1996, *Prg.* 1996, nr. 4575 en de toelichting daarop in A.A. van Velten, 'Naar een soepeler toepassing van het appartementsrecht?', *WPNR* 1996/6231, p. 532.

97 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 614, nr. 3, p. 6.

98 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 614, nr. 4, p. 4.

99 *Kamerstukken II* 2003/04, 28 614, nr. 5, p. 6.

Die wettelijke bescherming van aspirant-appartementseigenaars tegen langlopende verplichtingen is er in 2011 gekomen. De motie van Depla, Jansen en Van Bochhove om langlopende verplichtingen¹⁰⁰ met betrekking tot het onderhoud te verbieden zolang twee derde van de appartementsrechten (wellicht bedoelden zij een zodanige hoeveelheid appartementsrechten waaraan twee derde van het aantal stemmen is verbonden) nog niet is overgedragen onmiddellijk na oprichting van de VvE, is aangenomen en terechtgekomen in art. 5:126 lid 4 BW.¹⁰¹ Het doel van deze bepaling was volgens de indieners om te voorkomen dat de ontwikkelaar of oorspronkelijke eigenaar langjarige verplichtingen zou aangaan in een stadium waarin een groot deel van de toekomstige eigenaren nog niet bekend is. Zij zagen het risico van gedwongen winkelnering, en baseerden hun voorstel op signalen uit de praktijk dat VvE's aan een veel te dure beheerder vastzaten. Zij gaven tevens aan dat het met name om nieuwbouwprojecten zou gaan. De minister merkte daarover op:

“Ik vraag mij af of het een praktijkprobleem is. De projectontwikkelaar zelf heeft ook geen belang bij een wurgcontract zolang de appartementen niet zijn verkocht: hij moet dan zelf de kosten dragen als eigenaar. Het sluiten van onderhoudscontracten van slechts een jaar is meestal duurder dan het sluiten van meerjarige contracten en is nadelig voor nieuwe eigenaren. Het amendement raakt niet alleen de projectontwikkelaar van nieuwe projecten.”

De minister ontraadde het amendement, omdat de reikwijdte te breed zou zijn, mede denkend aan kleine VvE's waar twee van de drie appartementen te koop staan.¹⁰² Wellicht dat daarom de tekst is veranderd: 'verkocht' is vervangen door 'overgedragen onmiddellijk na oprichting van de vereniging van eigenaars'. Hiermee werd overigens het bezwaar van de

100 Deze bepaling lijkt ontleend te zijn aan art. 8 onder b en c van de model koop/aannemingsovereenkomst voor appartementsrechten, waar een uitzondering op het verbod om langlopende verplichtingen aan te gaan was geformuleerd, ingeval bedoelde verplichtingen noodzakelijkerwijze moeten gelden voor een langere periode, dan wel ten minste twee derde van de appartementsrechten door de ondernemer (verkoper/aannemer) aan derden is overgedragen.

101 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 991, nr. 9 en 17; nr. 17 is aangenomen.

102 *Handelingen II* 2010, 31 991, 78, p. 6679.

minister niet opgelost, de bepaling geldt nog steeds ook voor kleine splitsingen.¹⁰³

Woningcorporaties en andere vastgoedeigenaars die overgaan tot verkoop van voorheen verhuurde flatwoningen kunnen in de praktijk nooit aan dit vereiste voldoen. Het verkopen van flatwoningen bij mutatie of aan zittende huurders zal immers altijd geleidelijk verlopen. Het zou buitengewoon onwenselijk zijn wanneer grooteigenaars uitsluitend om deze bepaling te omzeilen, het complex onmiddellijk na splitsing overdragen aan een andere partij die het complex direct weer terug levert.

Er wordt – vooral van de zijde van de overheid – aan de ene kant gezocht naar bescherming van individuele appartementseigenaars, maar in de praktijk is er behoefte om toch langlopende contracten aan te gaan terwijl nog minder dan twee derde van de appartementen in handen is van individuele eigenaar. Art. 5:126 lid 4 BW is dan ook een ongelukkige bepaling, die niet alleen ongelukkig geformuleerd is, maar die ook niet voor niets uit het modelreglement is verwijderd.

Het is onduidelijk hoe lang de werking is van het verbod door de zinsnede 'onmiddellijk na oprichting van de Vereniging van Eigenaars'. Hoe lang is 'onmiddellijk'? Zou dat werkelijk betekenen dat als er niet in geslaagd wordt op zeer korte termijn na de oprichting van de VvE, zeg binnen een week, minstens twee derde van de appartementsrechten niet alleen te verkopen maar ook nog over te dragen, er nooit meer contracten met een looptijd langer dan een jaar inzake het onderhoud afgesloten kunnen worden?

Voorts is onduidelijk hoe breed 'onderhoud' moet worden gezien. Vallen daar ook geldleningsovereenkomsten onder, en overeenkomsten inzake het beheer en bestuur? Of zou het alleen om het technische onderhoud gaan?

De formulering van deze bepaling zou aangepast moeten worden, zodat duidelijk wordt welke termijn geldt en waarin de beperking van 'onderhoud' vervalst. Daarnaast dient er een mogelijkheid te worden opgenomen

103 De toelichting bij het gewijzigde amendement vermeldt: 'Het aangaan van contracten van maximaal één jaar, geldt voor nieuw opgerichte verenigingen van eigenaars. Reeds bestaande verenigingen van eigenaars, waar appartementen te koop staan die tweederde deel van de appartementsrechten betreffen, worden door het voorstel niet geraakt.' (*Kamerstukken II 2009/10, 21 991, nr. 17*).

voor die gevallen dat de grooteigenaar en daarnaast een substantieel deel van de individuele eigenaren van mening zijn dat een bepaald langlopend contract afgesloten dient te worden.

Artikel 126 lid 4

"4. Zolang tweederde deel van de appartementsrechten niet is overgedragen ~~onmiddellijk na oprichting van de vereniging van eigenaars~~, gaat de vereniging van eigenaars geen overeenkomsten voor onderhoud aan met een langere looptijd dan een jaar, tenzij in de vergadering van eigenaars tenminste 50% van de eigenaars (ongeacht het aantal stemmen dat zij uit kunnen brengen) daartoe besluiten."

4 Gemengde complexen

4.1 De positie van huurders in een VvE

Appartementseigenaars mogen, tenzij dat in het reglement van splitsing is uitgesloten, hun privégedeelte aan een ander in gebruik geven (art. 5:120 lid 1 BW).¹⁰⁴ De meest voorkomende vorm daarvan is verhuur, maar er zijn ook andere vormen denkbaar zoals huisbewaring, bruikleen, anti-kraakbewoning enzovoort. Waar in deze bijdrage wordt gesproken over gebruikers, worden daarmee alle gebruikers bedoeld, inclusief de huurders.

In lid 2 van art. 5:120 BW is bepaald dat voorschriften van het reglement van splitsing omtrent gebruik, beheer en onderhoud ook van toepassing zijn op degene die het gebruik verkrijgt.¹⁰⁵ Andere bepalingen van het reglement van splitsing kunnen in dit reglement op de gebruiker van toepassing worden verklaard.

Voor huurders is in lid 3 van art. 5:120 BW een uitzondering gemaakt: voor huurders gelden alleen de regels omtrent gebruik, beheer en onder-

¹⁰⁴ Dat geldt ook voor de appartementsgerechtigden in de ons omringende landen. Zij hebben immers goederenrechtelijke gerechtigheid tot het registergoed en daarmee ook de bevoegdheid tot verhuur van een eigenaar. Zie §13 WEG, sectie 17 e.v. Commonhold and Leasehold Reform Act 2002.

¹⁰⁵ Zo ook, bijvoorbeeld, het bepaalde in §13 WEG, BGH 10 juli 2015, V ZR 194/14 (voor een vruchtgebruiker).

houd die reeds bestonden ten tijde van het tot stand komen van de huur-overeenkomst.¹⁰⁶ Nieuwe regels die de VvE mocht vastleggen, gelden slechts wanneer de huurder daarmee instemt.

Voor huurders geldt dus een ander regime dan voor de andere gebruikers. Gebruikers behalve huurders moeten zich aan *alle* regels uit het reglement houden – ook de regels die later worden vastgesteld. Voor huurders gelden alleen de regels die er al waren toen ze het huurcontract tekenden.

Nieuwe gebruiksregels kunnen eenvoudig door de vergadering worden vastgesteld, mits het gaat over het gebruik van de *gemeenschappelijke* gedeelten en voor zover het niet al in het reglement van splitsing is geregeld (art. 5:128 lid 1 BW). Deze nieuwe regels gelden niet van rechtswege voor gebruikers, maar wel als de gebruiker de zogenaamde 'gebruikersverklaring' heeft ondertekend. In de modelreglementen is een bepaling opgenomen die regelt dat een eigenaar zijn privégedeelte slechts in gebruik mag geven wanneer hij de gebruiker een verklaring laat ondertekenen dat hij zowel de regels uit het reglement van splitsing, als de regels uit het huishoudelijk reglement, als de regels die voortvloeien uit in de toekomst nog te nemen vergaderbesluiten zal naleven.¹⁰⁷

4.1.1 Geschiedenis

In de eerste appartementenwet bestond dit onderscheid tussen huurders en gebruikers nog niet in de wettekst. Het oude art. 638h lid 2 BW (oud) luidde:

“De in art. 638g, eerste lid, onder 4° en tweede lid, onder 2° bedoelde regelingen kunnen ook worden ingeroepen tegen degenen, aan wie de eigenaar na de overschrijving het appartement, hetzij om niet hetzij tegen vergoeding, ten gebruike heeft afgestaan.”¹⁰⁸

¹⁰⁶ Dit is een unieke bepaling. De ons omringende landen kennen geen bijzonder regime voor huurders. Dat is anders voor goederenrechtelijk gerechtigden, zie bijvoorbeeld art. 577-6 van het Belgisch BW over opschorting van het stemrecht van de eigenaar bij erfpacht, opstal, vruchtgebruik, gebruik en bewoning.

¹⁰⁷ Art. 20 Modelreglement 1973, art. 24 MR 1983 en MR 1992 en art. 35 MR 2006.

¹⁰⁸ *Stb.* 1951, 571.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de toenmalige minister van Justitie en de minister van Wederopbouw en Volkshuisvesting vonden dat slechts die gedeelten van het reglement van splitsing die het *gebruik* regelen voor gebruikers verbindend zijn, en bovendien alleen voor gebruikers die na de splitsing in appartementsrechten het gebruik verkregen. Het feit dat de huurder niet is gebonden aan latere wijzigingen in het reglement van splitsing werd onderschreven, maar zij vonden het niet nodig om dit nader te regelen. Dat de huurder in kennis wordt gesteld van een wijziging waaraan hij gebonden is, vloeide volgens hen uit de goede trouw voort, en hoefde daarom ook niet nader geregeld te worden.¹⁰⁹

De bepaling zoals we die nu kennen in art. 5:120 lid 2 en 3 BW, heeft met de wetwijziging van 1972 haar intrede gedaan in het toenmalige art. 875m lid 2 en 3 BW:

“Voorschriften van het reglement omtrent gebruik, beheer en onderhoud zijn ook van toepassing op degeen die het gebruik verkrijgt. Andere bepalingen van het reglement kunnen in het reglement op de gebruiker van toepassing worden verklaard. Ten aanzien van een huurder geldt een na het tot stand komen van de huurovereenkomst overgeschreven reglementsbeepaling niet, tenzij hij daarin heeft toegestemd. Weigert hij zijn toestemming of verklaart hij zich niet, dan kan de kantonrechter op verzoek van iedere appartementseigenaar beslissen dat de reglementsbeepaling ten aanzien van de huurder komt te gelden.”¹¹⁰

Nieuw is dat de gebruiker niet alleen aan de bepalingen omtrent gebruik gebonden is, maar ook aan die omtrent beheer en onderhoud, en dat er bovendien ook andere bepalingen in het reglement op de gebruiker van toepassing verklaard kunnen worden. Deze uitbreiding was wenselijk in verband met de ruimere doelomschrijving van de VvE.

Daarnaast is de ongebondenheid van huurders aan latere reglementsbeepalingen gecodificeerd, waarbij in de MvT werd opgemerkt dat een huurder uiteraard wel met een dergelijke wijziging kan instemmen, of zich van tevoren met wijzigingen akkoord verklaren, bijvoorbeeld via het huur-

109 *Kamerstukken II* 1950/51, 451, nr. 5, MvA, p. 25.

110 *Stb* 1972, 467.

contract. De eerste zin van lid 2 maakt volgens de minister van Justitie geen onderscheid tussen reglementsbepalingen die tot stand zijn gekomen vóór of tijdens het genotsrecht. Alleen de *huurder* moest worden beschermd tegen een reglementswijziging waarin hij niet is gekend, omdat een na het tot stand komen van zijn huurovereenkomst overgeschreven reglementsbeeping niet geldt tegenover hem indien hij daarin niet heeft toegestemd.¹¹¹ Waarom dit onderscheid nu wel gemaakt moest worden, is onduidelijk.

Wierenga heeft er bij de behandeling van de wetwijziging voor gezorgd dat de bepaling zoals we die nu kennen uit art. 5:128 lid 2 BW is geïntroduceerd (over gebruiksregels omtrent gemeenschappelijke gedeelten).¹¹² De bepaling in het toenmalige art. 876c lid 2 BW luidde:

“Iedere appartementseigenaar kan een gebruiker vragen te verklaren of hij bereid is een in het vorige lid bedoelde regel na te leven. Is de gebruiker daartoe niet bereid of verklaart hij zich niet, dan kan de kantonrechter op verzoek van iedere appartementseigenaar beslissen dat de regel ten aanzien van de gebruiker komt te gelden.”

Er was onduidelijkheid over deze gebondenheid, vanwege het feit dat een gebruiker zijn rechten ontleent aan de rechten van de eigenaar van het appartement. Als er een meerderheidsbeslissing genomen wordt waaraan elke eigenaar is gebonden, dan zou automatisch ook elke gebruiker gebonden zijn. Minister Van Agt was echter van mening dat een vergaderbesluit niet van rechtswege doorwerkt naar huurders, en dat het dus goed zou zijn om hier duidelijkheid over te scheppen. Van Agt sprak overigens over ‘huurders’, maar de bepaling geldt voor alle gebruikers.¹¹³

4.1.2 Modelreglementen

Onder alle modelreglementen van de KNB is de in gebruik gevende of verhuurende eigenaar verplicht om zijn gebruiker een verklaring te laten ondertekenen waarin deze verklaart dat hij de bepalingen van het regle-

111 *Kamerstukken II 1970/71*, 10 987, nr. 3, p. 17.

112 *Kamerstukken II 1971/72*, 10 987, nr. 13.

113 *Handelingen II 1972*, p. 3186.

ment en het eventuele huishoudelijk reglement, alsmede eventuele regels als bedoeld in art. 5:128 lid 1 BW, voor zover die op een gebruiker betrekking hebben, zal naleven. Deze verklaring wordt sinds het modelreglement van 1992 geacht ook betrekking te hebben op besluiten en bepalingen die pas na die verklaring worden genomen respectievelijk vastgesteld, tenzij een beroep op die besluiten en bepalingen jegens de gebruiker in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid. Het bestuur dient de gebruiker sinds modelreglement 1992 van iedere aanvulling of verandering van het reglement of het eventuele huishoudelijk reglement, alsmede van eventuele regels als bedoeld in art. 5:128 BW, op de hoogte te stellen.

Deze regels zijn sinds het modelreglement van 2006 niet van toepassing op gebruikers ten tijde van de totstandkoming van de splitsing. In het laatste modelreglement is de positie van de gebruiker gelijkgesteld aan die van de huurder, met een afwijking van de wet, krachtens welke de gebruiker wel gebonden zou zijn aan latere wijzigingen in het reglement van splitsing.

De termen gebruiker en huurder zijn blijkens de parlementaire geschiedenis in het verleden door elkaar heen gebruikt. Heden ten dage wordt de regeling omtrent de gebondenheid van gebruikers dan wel huurders aan bepalingen in het reglement van splitsing, dan wel het huishoudelijk reglement dan wel nog te nemen vergaderbesluiten, moeizaam gevonden.¹¹⁴

Opvallend is bovendien dat het huishoudelijk reglement ontbreekt in de tekst van art. 5:120 lid 2 en 3 BW. Alleen de bepalingen uit het reglement van splitsing zijn daarom automatisch op gebruikers – maar alleen op nieuwe huurders – van toepassing. Ook de nog te nemen vergaderbesluiten ontbreken.¹¹⁵ Dat is onwenselijk, omdat zowel eigenaar/bewoners als gebruiker/bewoners als het ware deel uitmaken van één leefgemeen-

114 A.A. van Velten, 'Botsende rechten van appartementseigenaars en huurders', in: A. Bergers-Kemp, M. Lagerweij & J.Ph. Lochem (red.), *De grenzen van het huurrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 161-162.

115 Van Velten, 'Botsende rechten van appartementseigenaars en huurders', in: A. Bergers-Kemp, M. Lagerweij & J.Ph. Lochem (red.), *De grenzen van het huurrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 159-172, p. 165 en M.C.E. van der Vleuten, *Onderzoek naar mogelijkheden tot modernisering van wet- en regelgeving in het kader van het verbeteren van het functioneren van VvE's*, Heerlen: Open Universiteit 2014, p. 32.

schap, waarin het wenselijk is dat eenieder zich aan dezelfde regels voor gebruik, beheer en onderhoud houdt.¹¹⁶

4.1.3 *Positie gebruikers gelijkstellen aan de positie van huurders*

Ons voorstel is daarom, om de lijn die in 2006 in het modelreglement is ingezet, in de wet op te nemen. Daardoor wordt de positie van gebruikers in het algemeen gelijk aan die van huurders. Bovendien stellen wij voor om de 'gebruikersverklaring-regeling' op te nemen in de wet. Daardoor is het voor iedereen duidelijk dat alle bewoners in een in appartementsrechten gesplitst complex, zich aan dezelfde regels voor gebruik, beheer en onderhoud en andere relevante regels hebben te houden.

Artikel 120 lid 2

"2. Voorschriften van het reglement, *het eventuele huishoudelijk reglement alsmede eventuele regels als bedoeld in artikel 5:128 eerste lid, voor zover die op een gebruiker betrekking hebben* omtrent gebruik, beheer en onderhoud zijn ook van toepassing op degenen die het gebruik verkrijgt. Andere bepalingen van het reglement *en het eventuele huishoudelijk reglement alsmede eventuele regels als bedoeld in artikel 5:128 eerste lid, voor zover die op een gebruiker betrekking hebben* kunnen in het reglement, *het eventuele huishoudelijk reglement alsmede in eventuele nadere regels als bedoeld in artikel 5:128 eerste lid* op de gebruiker van toepassing worden verklaard."

Artikel 120 lid 3

"3. Ten aanzien van een ~~huurder~~ *gebruiker* geldt een na het tot stand komen van de ~~huurovereenkomst~~ *overeenkomst tot ingebruikneming* ingeschreven reglementsbe­paling, *bepaling in het eventuele huishoudelijk reglement of eventuele regels als bedoeld in artikel 5:128 eerste lid van het Burgerlijk Wetboek, voor zover die op een gebruiker betrekking hebben* niet, tenzij hij daarin heeft toegestemd. Weigert hij zijn toestem-

¹¹⁶ M.C.E. Van der Vleuten, *Onderzoek naar mogelijkheden tot modernisering van wet- en regelgeving in het kader van het verbeteren van het functioneren van VvE's*, Heerlen: Open Universiteit 2014, M.C.E. Van der Vleuten, 'VvE's met eigenaar-bewoners en huurders, huurdersparticipatie in gemengde complexen', *TBR* 2015/10, p. 961-971, p. 965.

ming of verklaart hij zich niet, dan kan de kantonrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin het gebouw of het grootste deel daarvan is gelegen, op verzoek van iedere appartementseigenaar beslissen dat de reglements bepaling ten aanzien van de huurder gebruiker komt te gelden."

4.1.4 *Inspraak*

In de huidige wetgeving bestaat geen recht op inspraak voor gebruikers. Over het ontbreken van participatie van gebruikers – waaronder huurders – in VvE's is al eerder geschreven.¹¹⁷ Gebruikers hebben in beginsel geen toegang tot de VvE, en er is geen wettelijke bepaling die regelt dat gebruikers geïnformeerd worden over wat er in de VvE-vergadering besproken wordt. Dat impliceert dat gebruikers zich in de huidige situatie niet alleen moeten houden aan bestaande regels maar bovendien kunnen worden geconfronteerd met nieuwe of gewijzigde – ook voor hen geldende – regels, waar ze geen inspraak in hebben gehad. In België hebben huurders beperkt inspraak in de gang van zaken binnen de VvE. De syndicus moet iedereen die geen stemrecht heeft, maar wel in het complex woont de vergaderdatum meedelen om hem in staat te stellen schriftelijk zijn vragen of opmerkingen met betrekking tot de gemeenschappelijke gedeelten te formuleren. Deze zullen als zodanig aan de vergadering worden medegedeeld. Het staat de vergadering echter vrij om deze mededelingen te behandelen of niet.¹¹⁸

Daarnaast kan ook de huurder een beroep doen op de rechter:

"Ieder die het gebouw bewoont krachtens een persoonlijk of zakelijk recht, maar die in de algemene vergadering geen stemrecht heeft, kan de rechter om de vernietiging of wijziging verzoeken van elke bepaling van het reglement van orde of van elke beslissing van de algemene vergadering aangenomen na het ver-

117 Zie M.C.E. van der Vleuten, 'VvE's met eigenaar-bewoners en huurders, huurdersparticipatie in gemengde complexen', *TBR* 2015/10, p. 961-971, en de in dit artikel aangehaalde literatuur.

118 R. Timmermans, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen: Kluwer 2008 nr. 1410. Zie ook C. van der Merwe (red.), *European Condominium Law*, Cambridge: University Press 2015 p. 499.

lenen van het recht, indien deze hem een persoonlijk nadeel berokkent.” (art. 577-10, lid 4 sub 2, 3^e volzin).

Dat moet dan binnen drie maanden nadat de beslissing werd meegedeeld aan de huurder.¹¹⁹ Het Duitse systeem voorziet niet in inspraak van huurders in de regels van de gemeenschap.¹²⁰ In het Engelse recht hebben huurders het recht om de akte van oprichting, de statuten en het reglement in te zien en ze kunnen tegen betaling een kopie verkrijgen. Van inspraak is echter geen sprake.

In het huidige recht hebben gebruikers alleen toegang tot de vergadering wanneer ze benoemd zijn als bestuurder, beheerder of lid van de raad van commissarissen, als ze een eigenaar vergezellen in de functie van jurist of accountant, of wanneer ze door de betreffende eigenaar gevolmachtigd zijn. Deze laatste mogelijkheid geeft de meeste bevoegdheden: de gebruiker heeft dan zowel het recht om ter vergadering aanwezig te zijn, te spreken als het stemrecht uit te oefenen. Het verstrekken van een volmacht is echter een bevoegdheid en dus een keuze van de betreffende eigenaar. Dit kan niet verplicht gesteld worden, dat zou te zeer afbreuk doen aan het eigendomsrecht.

In de huidige regeling gelden *nieuwe of gewijzigde* bepalingen over gebruik, beheer en onderhoud of andere relevante bepalingen niet voor gebruikers, tenzij zij daarmee hebben ingestemd. Voor het woonplezier zijn bewoners in een appartementengebouw echter in sterke mate van elkaars gedrag afhankelijk, veel meer dan het geval is bij bewoners van grondgebonden eengezinswoningen. Onderling contact is onvermijdelijk, aangezien verschillende delen van het gebouw gemeenschappelijk in gebruik zijn. Ook de verhurende eigenaar is gebaat bij een complex waar prettig wordt samengewoond, vanwege de positieve effecten op de verhuurbaarheid en daarmee de waarde van het vastgoed. Er is daarom veel te zeggen voor het regelen dat alle gebruikers van een appartementengebouw, zowel eigenaars als zij die hun gebruiksrecht aan een eigenaar

119 L. Vandevoot & V.d. Potter, *Praktische gids voor mede-eigenaars, Luisternetwerk van de notarissen*, Brussel: Koning Boudewijnstichting / Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat 2014, p. 12. Zie ook R. Timmermans, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen: Kluwer 2008 nr. 1411-1414.

120 C. van der Merwe (red.), *European Condominium Law*, Cambridge: University Press 2015, p. 506.

ontlenen, zich aan dezelfde spelregels moeten houden. In voorkomende gevallen dient een huurder aldus eventueel een afwijking van de bepalingen van zijn huurovereenkomst te dulden. De bepaling van art. 7:201 lid 2 BW (dat huur ook op een vermogensrecht betrekking kan hebben en dat dan de bepalingen van Boek 7 titel 4 afdeling 1-4 van toepassing zijn voor zover de strekking van die bepalingen of de aard van het recht zich daartegen niet verzet) dient daarvoor (zeer) ruim te worden uitgelegd. Ook onder meer de art. 7:242, 7:265 en 7:282 BW waarin het dwingend rechtelijke karakter voor zover het verhuur van woonruimte betreft is vastgelegd, zouden moeten worden aangepast. Voorts zou tegenover deze gebondenheid aan wijzigingen in VvE regels dan wel inspraak moeten staan.

Een en ander legitimeert een wettelijke regeling van een driepartijenoverleg, om alle bewoners en eigenaars bij het reilen en zeilen in het complex te betrekken, opdat iedereen zich verantwoordelijk voelt voor en bijdraagt aan een prettig leefklimaat.¹²¹ Daartoe is het nodig om het stemrecht wettelijk nader te regelen en een 'gekwaliceerd adviesrecht' zoals nu geldt voor huurders in art. 5 van de Wet op het overleg huurders verhuurder te introduceren voor gebruikers in een in appartementsrechten gesplitst appartementengebouw.

Artikel 127 lid 1

"1. Alle appartementseigenaars *en alle gebruikers* hebben toegang tot de vergadering van eigenaars. *Gebruikers hebben gekwalificeerd adviesrecht zoals bedoeld in art. 5 Wet overleg huurders verhuurder bij besluitvorming over onderwerpen zoals bedoeld in artikel 120, waarbij voor 'de verhuurder' in artikel 5 van de Wet overleg huurders verhuurder 'de eigenaars' dient te worden gelezen.* De besluiten worden genomen bij volstreckte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, voor zover de statuten niet anders bepalen. *Ieder appartementsrecht geeft recht op één stem, tenzij in de statuten anders is bepaald. In dat laatste geval blijkt uit de statuten op welke grondslag de verhouding berust.*"

Wanneer gebruikers gebonden zijn aan alle VvE regels *en de eventuele wijzigingen daarin*, dient het tekstvoorstel voor art. 5:120 lid 2 aangepast te worden.

¹²¹ Van der Vleuten, zie voetnoot 117.

Nieuw tekstvoorstel voor art. 5:120 lid 2:

Artikel 120 lid 2

"2. Voorschriften *alsmede toevoegingen of wijzigingen in van* het reglement, *het eventuele huishoudelijk reglement alsmede eventuele regels als bedoeld in artikel 128 eerste lid, voor zover die op een gebruiker betrekking hebben* omtrent gebruik, beheer en onderhoud zijn ook van toepassing op degenen die het gebruik verkrijgt. Andere bepalingen *alsmede toevoegingen of wijzigingen in van* het reglement *en het eventuele huishoudelijk reglement alsmede eventuele regels als bedoeld in artikel 128 eerste lid, voor zover die op een gebruiker betrekking hebben kunnen door de algemene vergadering in het reglement*, op de gebruiker van toepassing worden verklaard."

Lid 3 van art. 5:120 verliest haar functie, en kan vervangen worden door een regeling waarmee een beroep op de rechter voor gebruikers mogelijk wordt gemaakt:

Artikel 130 lid 3

"3. Art. 5:130 is van toepassing."

Art. 5:128 lid 2 BW kan vervallen wanneer geregeld wordt dat alle gebruikers aan alle VvE-regels en de eventuele wijzigingen daarin zijn gebonden.

Artikel 128

"De vergadering van eigenaars is bevoegd regels te stellen betreffende het gebruik van de gedeelten die niet bestemd zijn als afzonderlijk geheel te worden gebruikt, voor zover het reglement daarover geen bepalingen bevat.

~~2. Iedere appartementseigenaar kan een gebruiker vragen te verklaren of hij bereid is een in het vorige lid bedoelde regel na te leven. Is de gebruiker daartoe niet bereid of verklaart hij zich niet, dan kan de kantonrechter binnen wiens rechtsgebied het gebouw of het grootste gedeelte daarvan is gelegen, op verzoek van iedere appartementseigenaar beslissen dat de regel ten aanzien van de gebruiker komt te gelden."~~

4.2 De positie van de grooteigenaar in een VvE¹²²

In een VvE zijn de *eigenaars* stemgerechtigd.¹²³ In de akte van splitsing staat hoeveel stemmen iedere eigenaar kan uitbrengen.¹²⁴ Dat betekent dat aan ieder appartementsrecht stemrecht is verbonden. Wanneer een eigenaar meerdere appartementsrechten heeft, zoals een belegger/verhurend grooteigenaar, heeft hij een evenredig groot stemrecht: per appartementsrecht het aantal stemmen dat in de akte is bepaald. Soms is dat één stem per appartementsrecht, soms is het stemrecht gerelateerd aan de breukdelen (die bepalen hoeveel een eigenaar bijdraagt in lasten en kosten van de VvE). Een eigenaar die meerdere appartementsrechten heeft, heeft daarom een relatief grote invloed op de besluitvorming in de VvE. Hij kan met het inzetten van zijn stemrecht bevorderen dat besluiten worden genomen maar ook voorkomen dat besluiten genomen worden. Over het algemeen wordt in ons land het principe 'wie betaalt, bepaalt' als heel redelijk ervaren. Iemand met een groter aandeel in de gemeenschap betaalt immers ook een groter deel van de kosten en lasten van de VvE. Toch wordt het in de praktijk soms als oneerlijk ervaren wanneer de besluitvorming in een VvE gedomineerd wordt door een of enkele eigenaren die een groot dan wel meerderheidsaandeel hebben.¹²⁵ De (particuliere) eigenaar die het niet eens is met het genomen besluit heeft echter verschillende mogelijkheden tot zijn beschikking om een besluit ongedaan te maken (zie ook par. 3.4).

Ook in de ons omliggende landen bestaat dit probleem. Met name in de Franse traditie bestaat het beginsel van solidariteit, op basis waarvan een

122 Deze bijdrage is voor een belangrijk deel ontleend aan M.C.E. van der Vleuten, 'Zouden individuele eigenaars beschermd moeten worden tegen de invloed van een grooteigenaar bij grote renovaties in een VvE?', *Tijdschrift Huurrecht in Praktijk* 2015/7, p. 8-13.

123 Volgens art. 5:118a lid 3 BW wordt in geval van erfpacht op de privégedeelten het stemrecht van de eigenaar door de erfpachter uitgeoefend, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald. Bij een opstalrecht blijft het stemrecht bij de eigenaar, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald. Bij vruchtgebruik geldt ingevolge art. 5:123 lid 3 BW hetzelfde als bij erfpacht. De ons omliggende landen zijn strenger, §20 WEG spreekt over de eigenaren en Duitse jurisprudentie wijst uit dat dat ook alleen de eigenaren en niet bijvoorbeeld vruchtgebruikers kunnen zijn. Zie ook Art. 2 en 4 Wet 65-557 dat spreekt van 'propriété'.

124 Art. 47 MR 2006.

125 Zie de motie van Monasch: *Kamerstukken II* 2014/2015, 32 847, nr. 173.

groot deel van de bestaande wetgeving tot stand is gekomen.¹²⁶ Dit houdt in dat van alle appartementseigenaren een actieve houding wordt verwacht, maar ook dat er bijzondere bepalingen zijn die de balans tussen grote en minder grote aandeelhouders bepalen.

4.2.1 *Nietig besluit*

Allereerst kan een besluit nietig zijn op grond van art. 2:14 BW. Dat is het geval wanneer een besluit in strijd is met de wet of de statuten zoals deze in de akte van splitsing staan. Een besluit tot benoeming van een bestuurder voor de termijn van één jaar is bijvoorbeeld nietig, omdat in de meeste statuten een bepaling die vergelijkbaar is met art. 53 lid 3 Modelreglement 2006, waarin is bepaald dat bestuurders voor onbepaalde tijd worden benoemd.

4.2.2 *Vernietiging van besluit*

Daarnaast kan een besluit vernietigbaar zijn op grond van art. 5:130 BW jo. art. 2:15 BW. Vernietiging van een besluit kan binnen een maand na de dag dat de verzoeker het besluit kende of kon kennen bij de kantonrechter verzocht worden met de laagdrempelige verzoekschriftprocedure, waarbij er geen verplichte procesvertegenwoordiging is.

Vernietiging van een besluit kan onder andere plaatsvinden bij strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen. De belangrijkste reden om vernietiging van een besluit te verzoeken bij inzet van een groot of meerderheidsstemrecht, is strijd met de redelijkheid en billijkheid die door art. 2:8 BW wordt geëist. In dat artikel is geregeld dat een rechtspersoon en alle daarbij betrokkenen zich jegens elkander moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Juist bij het inzetten van het stemrecht door een groot-eigenaar bestaat daarover wel eens twijfel, en er is dan ook wat rechtspraak over dit onderwerp.¹²⁷

126 A.L. Verbeke, 'De krachtlijnen van het appartementsrecht getoetst', in: A.L. Verbeke en V. Sagaert (red.), *Het Nieuwe Appartementsrecht. Een Analyse Van De Hervorming Door De Wet Van 2 Juni 2010*, Brugge: Die Keure 2010, p. 127-128.

127 Zie R.F.H. Mertens, 'Machtsoverwicht in de vereniging van eigenaars', *VvRecht.nl* 13 juni 2013, voor een bespreking van de belangrijkste jurisprudentie.

4.2.2.1 Misbruik van stemrecht

In de jurisprudentie wordt niet snel geconcludeerd tot machtsmisbruik van een grooteigenaar, maar wel als er sprake is van een schending van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.¹²⁸ De rechter toetst bij een verzoek om een besluit te vernietigen of het besluit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is als bedoeld in art. 2:8 lid 2 BW.¹²⁹ Het feit dat een eigenaar een groot aandeel van de stemmen heeft en die ook uitbrengt is op zichzelf onvoldoende om te concluderen tot strijd met de statuten of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Al in 1942 sprak de Hoge Raad uit dat een meerderheid haar eigen belang niet blind eenzijdig mag dienen ten koste van de minderheid. Dan spreekt men *wel* van misbruik van meerderheidsmacht, waardoor strijd ontstaat met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Niet alleen het belang van de rechtspersoon zelf, maar ook eventuele andere aanwezige belangen moeten worden afgewogen en zo nodig ontzien.¹³⁰ Dat geldt zelfs bij monopolieposities. Misbruik van een monopoliepositie is onrechtmatig, niet het gebruik ervan. Bij het oordeel daarover moeten alle omstandigheden in acht genomen worden.¹³¹

In 2006 sprak de Hoge Raad zich op een met het voorgaande vergelijkbare wijze uit in een geschil in een VvE, waarin een beroep werd gedaan op misbruik van meerderheidsmacht. Uit deze beschikking volgt dat een eigenaar met een meerderheidspositie zijn stemrecht in beginsel onbelemmerd kan uitoefenen, maar dat zo'n besluit vernietigd kan worden wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid wanneer onvoldoende rekening is gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de overige

128 Een voorbeeld van vernietiging van een besluit wegens misbruik van macht dat in strijd is met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid is te vinden in de uitspraak van ktr. Amsterdam, 12 maart 2008, *NJF* 2008/293 (*Dahlia/Variaprop II*). Zie ook M.J.J. Nijenhof, 'Spanning tussen woningcorporaties en VvE bij gemengd wonen', *Tijdschrift Huurrecht in Praktijk* 2012/3, p. 73.

129 Mertens, 'Machtsoverwicht in de vereniging van eigenaars', *VvErecht.nl* 2013/13 juni 2013, p. 2.

130 HR 13 februari 1942, *NJ* 1942/360 (*Baus/de Koedoe*), R.F.H. Mertens, 'Machtsoverwicht in de vereniging van eigenaars', *VvErecht.nl* 13 juni 2013.

131 HR 24 mei 1968, *NJ* 1968/252 m.nt. GJS, R.F.H. Mertens, 'Machtsoverwicht in de vereniging van eigenaars', *VvErecht.nl* 2013/13 juni 2013.

eigenaars.¹³² In latere lagere rechtspraak is deze lijn over het algemeen bevestigd.¹³³

4.2.3 *Vervangende machtiging*

De eigenaar die geconfronteerd wordt met een grooteigenaar die zijn zin probeert door te drukken, kan de kantonrechter om een vervangende machtiging verzoeken, bijvoorbeeld wanneer de VvE een besluit juist *niet* neemt. Deze machtiging van de kantonrechter komt dan in de plaats van de medewerking of toestemming die de verzoeker van de VvE nodig heeft om zijn plannen uit te kunnen voeren. Die mogelijkheid is geregeld in art. 5:121 BW. De rechter kan een vervangende machtiging verstrekken wanneer de medewerking of toestemming zonder redelijke grond wordt geweigerd, of als degene zich niet verklaart. Dit kan een oplossing zijn wanneer de individuele eigenaars een ingreep aan het gebouw noodzakelijk vinden terwijl de grooteigenaar besluitvorming tegenhoudt. Andersom is het ook mogelijk dat de grooteigenaar met een minderheidsaandeel de kantonrechter om vervangende machtiging verzoekt wanneer de individuele eigenaars een renovatiebesluit tegenhouden.

Al met al heeft de eigenaar die het niet eens is met een besluit verschillende opties om een besluit terug te laten draaien, ongeacht of hij veel of weinig stemrecht in de VvE heeft. Hij moet er echter wel voor naar de rechter, en dat is voor velen toch een grote stap die niet makkelijk gezet wordt.

4.2.4 *Verplichtingen grooteigenaar jegens huurders*

Een verhurende eigenaar heeft zich niet alleen aan de regels van de VvE te houden zoals beschreven in akte van splitsing, reglement van splitsing, een eventueel huishoudelijk reglement en andere vergaderbesluiten, maar ook aan de bepalingen van het huurrecht in Boek 7 titel 4 BW en – als hij meer dan 25 woningen verhuurt of als het een woningcorporatie is – ook

132 HR 29 september 2006, NJ 2006/639 m.nt. Maeijer (*The Mill resort/Aruba*).

133 Kantonrechter Utrecht 30 maart 2009, LJN: BJ6989 (*Seyster Veste*); Kantonrechter Maastricht 15 mei 2011, LJN: BQ7678 (*Servatius*); Kantonrechter Haarlem 27 juli 2012, LJN BX4533 (*Middenduin*).

aan de bepalingen van de Wet op het overleg huurders verhuurder. Grote delen van het huurrecht zijn dwingend recht, althans er mag niet ten nadele van de huurder van worden afgeweken. Dat betekent dat de verhurende grooteigenaar op verzoek van de huurder gebreken moet verhelpen, ook gebreken aan gemeenschappelijke gedeelten. De verhurende grooteigenaar heeft instemming van zijn huurders nodig bij renovatieplannen, moet soms zelfwerkzaamheden toestaan die in een VvE verboden kunnen zijn, kan het voorschot servicekosten pas aanpassen als hij met zijn huurders afgerekend heeft, hetgeen pas mogelijk is nadat de VvE de jaarstukken gereed heeft. Ook de Warmtewet kan nog voor complicaties zorgen, nu deze wet weliswaar niet gehandhaafd wordt in VvE's, maar woningcorporaties zich daar nog wel aan moeten houden.¹³⁴

4.2.5 *Moet de zeggenschap van grooteigenaars ingeperkt worden?*

De grote vraag is: moet het stemrecht van de grooteigenaar ingeperkt worden, bijvoorbeeld als het gaat om besluiten die de toekomst van het gebouw betreffen en die de eigenaars veel geld kosten? Moet 'wie betaalt, bepaalt' voorrang krijgen, of is het eerlijker om de grooteigenaar in meer of mindere mate 'de mond te snoeren'? Het antwoord is genuanceerd. Het ligt in de aard van ons appartementsrecht dat de eigenaars *samen* beslissen over het gebouw, maar ook dat de minderheid zich soms moet aanpassen aan de wensen van de meerderheid. Dat geldt met name bij het in stand houden van het gebouw en het aanpassen van het gebouw aan de eisen van de tijd. Het zal in het algemeen redelijk zijn dat minderheids-eigenaars zich daartegen niet kunnen verzetten, zonder dat daarbij gesproken wordt over een 'vijandige overname'. Daar waar echter onnodige en kostbare besluiten worden genomen (denk aan ingrepen die aanmerkelijk de luxe verhogen maar niet noodzakelijk zijn), zal een besluit de toets van de aanvaardbaarheid naar redelijkheid en billijkheid moeten doorstaan. Er dient derhalve ook naar de met het besluit beoogde doelen te worden gekeken.

In het kader van de reeds genoemde solidariteitsgedachte, wordt in België gebruikgemaakt van een bijzondere wettelijke regel om de macht van

¹³⁴ Zie voor de problematiek van de verhurende grooteigenaar uitgebreid M.C.E. van der Vleuten, *Knelpunten en oplossingsrichtingen in gemengde complexen (VvE's) met grooteigenaars (literatuurstudie)*, Heerlen: Open Universiteit 2015.

de grooteigenaar te beperken. Art. 577-6 §7 bepaalt in de vierde zin dat een grooteigenaar ter vergadering nooit meer stemmen kan hebben dan de totaal aanwezige andere stemmen. Op deze wijze kunnen de kleine eigenaren, mits zij samenwerken, een front vormen tegen de grooteigenaar. Deze bepaling is echter niet zonder kritiek, omdat de best mogelijke uitkomst bij tegengestelde belangen een patstelling is tussen de kleine eigenaren en de grooteigenaar en er daarmee nog geen effectief besluit is genomen.¹³⁵

Ook in het Duitse recht kent men een beschermingsbepaling tegen groot-eigenaars. Als de partijen bij de splitsing in appartementsrechten niet anders zijn overeengekomen, dan biedt §25 (2) elke eigenaar één stemrecht in de besluitvorming. Dit zogenaamde 'Kopfprinzip' zorgt voor gelijkheid onder de eigenaren, ongeacht hun aandeel. Ook deze oplossing is niet zonder kritiek. Immers, de grooteigenaar zal vaak projectontwikkelaar of opdrachtgever (geweest) zijn en daarmee zorg hebben gedragen voor afwijkende stemregels.

Gelet op het voorgaande is het naar onze mening niet nodig om in een specifieke wettelijke regeling te voorzien waarin gebruik van meerderheidsmacht wordt gereguleerd.

5 Toekomst

5.1 Flexibiliteit van het appartementsrecht, is en blijft deze voldoende?

Dit preadvies biedt hopelijk een overzicht van het spanningsveld tussen regulering en partijautonomie. Het is duidelijk dat in het Nederlandse recht voor een tussenweg gekozen is. De regels van het appartementsrecht in Boek 5 zijn grotendeels van dwingend recht, maar laten (met name bij aanvang van de splitsing in appartementsrechten) tevens grote

¹³⁵ Art. 577-6 §7 vermeldt: 'Niemand kan aan de stemming deelnemen, zelfs niet als lasthebber, voor een groter aantal stemmen dan het totaal van de stemmen waarover de andere aanwezige of vertegenwoordigde mede-eigenaars beschikken.' Zie A.L. Verbeke, 'De krachtlijnen van het appartementsrecht getoetst', in: A.L. Verbeke & V. Sagaert (red.), *Het Nieuwe Appartementsrecht. Een Analyse Van De Hervorming Door De Wet Van 2 Juni 2010*, Brugge: Die Keure 2010, p. 128-129.

vrijheid aan partijen om zelf hun rechtsverhoudingen vorm te geven. Daar wordt in de projectontwikkeling gretig gebruik van gemaakt en creatieve oplossingen, ook in de combinatie van beperkte en zakelijke rechten, maken appartementsplitsingen steeds complexer. In toenemende mate is er daarmee sprake van druk op de dwingende regels.

Vanuit de rechtspraktijk bestaat altijd de wens naar zo veel mogelijk vrijheid. Het Nederlandse goederenrechtelijke stelsel is van oudsher een gesloten stelsel van goederenrecht.¹³⁶ De *numerus clausus* in het goederenrecht brengt met zich mee dat de wetgever bepaalt waar private partijen de vrijheid hebben om afwijkende afspraken te maken. Daarin behoort de Nederlandse wetgever in vergelijking met de ons omliggende landen tot de meer strenge categorie.

Het Duitse appartementsrecht, waar men zou verwachten dat de *numerus clausus* sterk aanwezig zou zijn, kenmerkt zich nu juist door haar regelend karakter. Partijen mogen daar in grote mate afwijken van hetgeen de wetgever als ideaal voorbeeld voorschotelt.

Ook in het Franse recht bestaat veel ruimte omdat het reglement dat de basis is voor de Franse variant van de VvE als een overeenkomst is vormgegeven. Daar komt in het Franse recht het voordeel bij dat de regels van appartementsrecht als regels van openbare orde gezien worden. Daarmee, zo stelt art. 6 van het Franse BW, kan daar niet meer van worden afgeweken. Hoewel zeer Frans in benadering, heeft een dergelijke kwalificatie als voordeel dat partijen ook niet via een andere weg, zoals bijvoorbeeld een bv met aandelen samenhangend met een (verbintenissenrechtelijk) recht van bewoning, kunnen proberen de regels van de Franse wetgever te omzeilen. In het Engelse recht, ten slotte, geldt het totale tegenovergestelde. Daar is het juist mogelijk om via het ondernemingsrecht tot creatieve oplossingen te komen. Te denken valt hierbij aan de timeshares van vakantiewoningen. In het Engelse, alsook Amerikaanse, recht, staat ook het trustrecht volledig ter beschikking aan de partijen. Dit houdt in dat private partijen op elke wijze die zij willen, mits zij geen fraude beogen te plegen of het recht op enigerlei andere wijze menen te schenden, hun rechtsverhoudingen vorm kunnen geven. Het behoeft geen

136 Zie T.H.D. Struycken, *De Numerus Clausus in het Goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer, 2007, en B. Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen: Intersentia 2008.

verbazing, ten slotte, dat het Engelse equivalent van ons appartementsrecht, de *commonhold estate*, geen succes geworden is.¹³⁷

In het kader van deze interne en externe ontwikkelingen is het de moeite waard om te overwegen om het appartementsrecht verder te flexibiliseren. Te denken valt hierbij aan de invoering van verdiepingseigendom (zie hierover in 5.2), alsook het verder loslaten van de dwingende bepalingen over het beheer van de gemeenschap.

5.2 Verdiepingseigendom als alternatief voor splitsing in appartementsrechten

Al sinds de oudheid worden gebouwen opgericht die in verschillende woonlagen ten behoeve van verschillende gebruikers worden verdeeld. Niet in alle gebieden waarin zulke gebouwen voor kwamen, bestond echter de mogelijkheid om zodanige afzonderlijke verdieping in eigendom te hebben. In het Romeinse recht werd bijvoorbeeld als uitgangspunt gehanteerd, dat horizontale splitsing niet mogelijk was (*superficies solo cedit*), maar in diverse uithoeken van het Romeinse rijk, zoals Syrië, Egypte, Palestina en Klein-Azië, kwam verdiepingseigendom wel voor.¹³⁸ In latere tijden kwam ook in het middeleeuwse Europa, dat een sterk versnipperde regelgeving kende, verdiepingseigendom op veel plaatsen voor.¹³⁹ In verschillende Franse steden was verdiepingseigendom in diverse costumen geregeld. Deze vormden de basis voor het latere art. 664 van de Franse Code civil, dat luidde:

137 J. Brown, 'English commonhold: A failed experiment?', *Property Law Review* 2013, p. 85.

138 Zie M.Kaser, *Das Römische Privatrecht*, zweiter abschnitt, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, tweede druk, p. 290; Bernard, p. 19-21; J. Bärmann, *Zur Dogmatik des gemeinen Raumeigentums*, AcP 155, 1956, p. 1; J. Draht, *Zum Wohnungseigentum auf Grund der gräko-ägyptischen Payri*, diss. Marburg/Lahn 1970; R. Timmermans, *handboek Appartementsrecht*, Deventer: Wolters-Kluwer 2008, p. 7-8; C.G. van der Merwe, *Apartment ownership*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, § VI, Property and Trust, Chapter 5, J.C.B. Mohr & M. Nijhoff publishers 1994, p. 3-6.

139 F. Novak, *Das Stockwerkeigentum im Wiener Rechte des Mittelalters*, ZSS, Bd. 54, germ Abt. Weimar 1934, p. 91, 92; Timmermans 2008, p. 9.

"Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode des réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit: Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient; Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche; Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit, le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui et ainsi de suite."

Kort gezegd en enigszins vrij vertaald kwam deze regeling er dus op neer dat – bij gebreke van een andersluidende regeling tussen de eigenaars – de dragende muren en het dak voor gemeenschappelijke rekening kwamen naar rato van de waarde van de verdieping die iedere eigenaar had, dat iedere eigenaar voor zijn eigen vloer zorg droeg en dat de eigenaars van de verdiepingen de kosten van de trap tussen de benedenliggende verdieping en hun eigen verdieping moesten dragen.

Deze op zichzelf eenvoudige regeling van volledige eigendom van verdiepingen werd in het Nederlandse oude BW niet overgenomen, omdat daaraan destijds volgens de wetgever geen behoefte bestond.¹⁴⁰ Toen die behoefte wel op kwam, ontstond discussie over de vraag of afzonderlijke eigendom van verdiepingen in Nederland toch mogelijk is.¹⁴¹ De Groningse hoogleraar J.H. Beekhuis concludeerde in zijn preadvies voor de Broederschap van Notarissen in 1940:

"Het resultaat, waartoe ik kom is derhalve, dat hoewel ons recht zich in principe tegen een eigendom van flatwoningen niet verzet, er in de praktijk onoverkomelijke moeilijkheden uit zouden voortvloeien, omdat onze wet er niet voldoende op is ingesteld."¹⁴²

140 Zie over de geschiedenis van het Nederlandse appartementsrecht ook R.F.H. Mertens, *Appartementsrecht en de welstandsbepalingen* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1989, hoofdstuk 2.

141 Zie Mertens 1989, voetnoot 3, par. 2.1.1.

142 J.H. Beekhuis, *Horizontale eigendom, Preadvies voor de Broederschap van Notarissen*, 1940, slot. De directie van het kadaster was in 1942 dezelfde mening toegeedaan. Zie *NJB* 1942, p. 396.

Later werd een constructie toegepast die gebruikmaakte van horizontale aantrekking, waarbij een eigenaar van een verdieping een perceel had op de begane grond waarop zich zijn toegang en trappenhuis bevond. De gedachte was dat de verdieping horizontaal bij dit perceel werd nagetrokken.¹⁴³ Over deze constructie is echter later weer de nodige discussie gevoerd.¹⁴⁴ Tegenwoordig lijkt overdracht van verdiepingen zonder voorafgaande splitsing in appartementsrechten niet of nauwelijks voor te komen. Bij grote complexen wordt wel gebruik gemaakt van opstalrechten om de gerechtigdheid op verschillende bouwlagen af te bakenen.¹⁴⁵

De vraag die hierbij kan opkomen is of er bij verplichte toepassing van het regime van de appartementensplitsing voor eenvoudige gebouwen, waarin zich bijvoorbeeld twee of drie woningen bevinden, geen sprake is van overkill. Uit – met name de Haagse – praktijk weten we dat de appartementensplitsing bij boven en benedenwoningen vaak niet werkt. De VvE's voeren vaak een slapend bestaan, iedere eigenaar verricht al dan niet onderhoud aan zijn eigen gedeelten en verder beschouwt iedere eigenaar zich als volledig eigenaar, niet als medegerechtigde in de appartementengemeenschap.

In dat kader heeft Vegter in haar dissertatie bepleit om voor appartementengebouwen waarin zich slechts twee appartementen bevinden (het gaat om circa 48.000 appartementensplitsingen), een vereenvoudigde statutaire structuur voor de VvE mogelijk te maken.¹⁴⁶ (zie ook par. 2.2).

Een verdergaande oplossing, waarin volledige eigendom van verdiepingen wettelijk wordt geregeld, is onzes inziens echter eveneens denkbaar. Deze regeling zou dan beperkt moeten worden tot eenvoudige gebouwen, waarin zich uitsluitend verdiepingen bevinden die qua omvang een normaal eengezinsappartement niet overstijgen. De regeling kan dan inhouden dat in een gebouw dat bestaat uit ten hoogste drie van deze verdiepingen, de verdiepingen afzonderlijk in eigendom kunnen worden over-

143 Vergelijk het kelderarrest, HR 11 april 1913, *NJ* 1913/683.

144 H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 1997, par. 155; W. Louwman, 'Het standpunt van de bewaarders inzake verdiepingseigendom', *JBN* 1997, nr. 39; E.A.A. Lujten, 'Verdiepingseigendom veroordeeld?', *WPNR* 6333/1998 en reactie H. Louwman, 'De bijhouding van de kadastrale registratie inzake verdiepingseigendom', *WPNR* 6342/1999.

145 Zie ook Van Velten 2015, par. 12.4 en B.C. Mouthaan, 'Opstal en erfpacht als juridische instrumenten voor meervoudig ruimtegebruik', *IBR* 2013.

146 Vegter 2012, par. 7.2.1.

dragen. Daarbij kan worden voorzien dat het dak van het gebouw, de fundamenteën en de buitenmuren gemeenschappelijk zijn en voor gemeenschappelijke rekening naar rato van het vloeroppervlak van de verdiepingen komen. De overige bouwkundige delen (vloeren/plafonds en wanden) die een scheiding aanbrengen tussen twee verdiepingen, kunnen als mandelig worden aangemerkt waarbij art. 5:62 e.v. BW van overeenkomstige toepassing zijn. Deze regeling maakt het ook mogelijk dat bepaalde ruimten die zich niet op dezelfde bouwlaag bevinden maar wel bij een bepaalde verdieping horen (bijvoorbeeld een slaapkamer die zich op een hoger gelegen niveau bevindt), toch onderdeel van de verdieping uitmaken waarbij zij volgens bestemming behoren.

Uiteraard zal tevens moeten worden voorzien in een regeling dat kabels en leidingen die door een verdieping lopen ten behoeve van een andere verdieping, moeten worden gedoogd, mits deze op de minst bezwarende wijze worden aangebracht en dat de toegang daartoe moet worden verleend in geval van reparatie en vernieuwing. De kosten hiervan kunnen worden toebedeeld aan degene of degenen tot wier nut deze kabels en leidingen strekken.

Voor zover zich in of bij het gebouw voor gemeenschappelijk gebruik bestemde gedeelten bevinden (bijvoorbeeld een gemeenschappelijk trapenhuis voor de eigenaars van de woningen op de eerste en tweede verdieping), kunnen deze als mandelig worden aangemerkt ten nutte van degenen die ervan gebruikmaken. In een desgewenst op te stellen gebruiksregeling als bedoeld in art. 3:168 BW kan een gebruiks- en kostenverdeelregeling worden opgenomen.

Uiteraard zal tevens moeten worden toegezien op een correcte kadastrale uitmeting en registratie van verdiepingseigendom, maar deze kan naar analogie van de appartementenregeling met 'horizontale splitsings-tekeningen' worden gewaarborgd.

Het voordeel van deze regeling is naar onze mening dat de eigenaars niet verplicht zijn om een administratief vehikel als de VvE in de lucht te houden, deze 'verdiepingseigendom' beter aansluit bij de verhouding die de eigenaars gevoelsmatig ten opzichte van hun verdieping hebben en de onderhoudsplichten en kostenverdelingen transparant zijn en grotendeels uit de wet voortvloeien (art. 5:65 BW).

5.3 Maatschappelijke en internationale ontwikkelingen

Ten slotte is het goed om aandacht te besteden aan een aantal maatschappelijke en internationale ontwikkelingen. Met deze laatste paragraaf beogen wij slechts een aantal ontwikkelingen te signaleren, deze deels beknopt te bespreken, omdat er nog meer onderzoek nodig is voordat deze aspecten uitvoerig besproken kunnen worden.

5.3.1 (Burger)initiatieven

Met name in het buitenland ontstaan er (burger)initiatieven waarbij private partijen samen komen om zelf hun leefomstandigheden vorm te geven. Hierbij valt te denken aan coöperatieve woonvormen en gemeenschappelijke initiatieven voor bijvoorbeeld energievoorziening. Vooral in Duitsland worden hiermee enorme vorderingen gemaakt, waarbij groepen actieve burgers geen gebruik maken van traditionele coöperaties (of 'co-ops' in het Engels) waarbij een lidmaatschap van een vereniging of aandeel in een vennootschap gekoppeld wordt aan een woonrecht, maar beginnen zij zelf, medegefinancierd door coöperatieve banken, hun eigen coöperatieve woongemeenschap die zij volledig naar eigen wens vormgeven. Dit zijn vaak vermogende jonge professionals die met andere idealen dan een veilige investering en speculatie op waardevermeerdering te werk gaan. Zo willen de sterken bijvoorbeeld de zwakkeren helpen om financiering te verkrijgen, samen faciliteiten als auto's en keukens delen, en willen zij zeggenschap over wie er in de woongemeenschap woont en blijft wonen. De opkomende deeleconomie zal deze ontwikkeling alleen maar versnellen. Het goederenrecht kan hier een belangrijke faciliterende rol in spelen door middel van flexibilisering van de bestaande regels dit soort innovatieve woongemeenschappen mogelijk te blijven maken. Met de introductie van de wooncoöperatie in de Woningwet per 1 juli 2015 heeft deze innovatieve variant – met name bedoeld voor huishoudens met een bescheiden inkomen – ook in het Nederlandse recht haar (her)intrede gemaakt.¹⁴⁷

147 Art. 18a Woningwet.

5.3.2 Doorwerking Europees recht

Een laatste ontwikkeling betreft de toenemende doorwerking van het Europese recht in de Nederlandse rechtsorde. Niet alleen het aannemen en de inwerkingtreding van de Europese Erfrechtverordening, maar ook de werking van het Europese recht in het algemeen, hebben grote potentiële gevolgen voor de (notariële) rechtspraktijk.¹⁴⁸ Binnen de Europese rechtsruimte wordt het eigendomsrecht beschermd door art. 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, maar, sinds 1 december 2009, ook bindend door art. 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Beide bepalingen beschermen tegen inbreuk op eigendomsrechten, waaronder zeker ook appartementsrechten in het Nederlands recht vallen.

Het recht van de Europese Unie kent daarnaast een aantal beginselen van Europese Unierecht die direct kunnen doorwerken in de nationale rechtsorde. Te denken valt hierbij aan de Europese regels inzake consumentenbescherming, maar ook het gelijkheidsbeginsel.¹⁴⁹ Deze beginselen werken, zelfs als er geen uitvoerende wetgeving is, ook door in zogenaamde horizontale rechtsverhoudingen, waaronder ook het verbintenisrecht. De reglementen in het appartementsrecht dienen daarmee ook te voldoen aan de regels van het Europese Unierecht. Deze vaststelling brengt een dimensie die tot op heden niet de aandacht heeft gekregen die het verdient.¹⁵⁰

Ten slotte brengt het Europese Unierecht ook een aantal fundamentele vrijheden met zich mee, die ook een effect op het nationale goederenrecht kunnen hebben. In het kader van het appartementsrecht valt hierbij met name te denken aan het vrij verkeer van kapitaal. Het kopen van een appartement in een andere lidstaat door een EU-burger, is een zoge-

148 Verordening 650/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen en de aanvaarding en de tenuitvoerlegging van authentieke akten op het gebied van erfopvolging, alsmede betreffende de instelling van een Europese erfrechtverklaring.

149 Zie hierover N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, Antwerpen: Intersentia 2013.

150 Zie, kort, hierover B. Akkermans, 'European Constitutional Property Law', in: B. Akkermans e.a. (red.), *Who Does What? On the allocation of regulatory competences in European Private Law*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 177 e.v.

naamde kapitaalbeweging.¹⁵¹ Beperkingen die EU-burgers ondervinden in het uitoefenen van deze vrijheid vallen onder het EU-recht en worden door het Europese Hof van Justitie bezien in het licht van de effectiviteit van het Europese Unie recht. Datzelfde geldt voor een EU-burger die zich in Nederland vestigt gebruikmakend van zijn of haar vrijheid van vestiging (vrij verkeer van personen) of die een appartement verkrijgt met het oogmerk dat te verhuren (vrij verkeer van diensten). In dat kader zijn het niet alleen de regels van het Nederlandse goederenrecht die door het Hof van Justitie kunnen worden onderzocht, maar ook de horizontale verhoudingen tussen private partijen onderling.

Het verdient aanbeveling om deze ontwikkelingen op internationaal, en met name Europees niveau, goed te volgen en periodiek te bekijken of het Nederlandse recht nog wel conform maatschappelijke en juridische ontwikkelingen kan beantwoorden. Dit preadvies is hopelijk een goede stap in de richting.

In de voetnoten verkort aangehaalde literatuur

Companen 2012

Companen, *Het functioneren van VvE's: update 2012 en verbetervoorstellen*, Arnhem, 2012.

Mertens 1989

R.F.H. Mertens, *Appartementsrecht en de welstandsbepalingen* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1989.

Vegter 2012

N. Vegter, *De vereniging van eigenaars* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2012.

Van Velten 2015

A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariatus 120), Deventer: Kluwer 2015.

¹⁵¹ Zie hierover, B. Akkermans, 'Property Law and the Internal Market', in: J.H.M. van Erp e.a. (red.), *The Future of European Property Law*, München: Sellier 2012, p. 199 e.v.

VIII Grondgebonden lidmaatschap van een beheersvereniging (titels 5 en 9)

Een nieuwe regeling voor terreinbeheer

Prof. mr. A.A. van Velten

1 Inleiding

De vraag of het aan een onroerende zaak verbonden lidmaatschap van een beheersvereniging mogelijk en wenselijk is, heeft zich eerst sinds kort voorgedaan in ons land.

In *WPNR* 2006/6681 en 2007/6700-6701 werd aandacht besteed aan het eind vorige eeuw ontwikkelde instituut 'parkmanagement'. Parkmanagement betreft een vorm van terreinbeheer die wordt toegepast bij de exploitatie van verkavelde kantoren- en bedrijvencomplexen ('werklandschappen'), maar ook voor het beheer van particuliere recreatieparken en woondomeinen.¹

Geconstateerd werd dat in zulke gevallen voor de juridische vormgeving van parkmanagement diverse rechtsfiguren kunnen worden gebruikt – zoals appartementsrecht, coöperatie, erfpacht en contractuele mandeligheid – maar ook, dat aan al deze rechtsvormen, die niet specifiek voor terreinbeheer zijn bedoeld, beperkingen en bezwaren kleven.² Ook vanuit het notariaat is een aantal suggesties met deze strekking gedaan (door G. van Driel en G. Mulder).

- 1 Voor andere bijdragen over dit onderwerp zie H.D. Ploeger, *BW-krant jaarboek 18* (2002) (n.a.v. de EZ-uitgave 'Kwaliteit wint terrein Parkmanagement'); Alexander van Velten, *Vast en goed* (Deventer: Kluwer 2003); alsmede K. van Geet e.a., *Vastgoedrecht* 2005/1. Voorts de bundel *Privé terrein, Privaat beheerde woondomeinen in Nederland* (NAI Rotterdam 2006), *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2009/3 (themanummer); alsmede G.J.C. Rensen, 'Ontwikkelingen in het verenigingen- en stichtingenrecht', *WPNR* 2015/7072, p. 679.
- 2 Zie voor deze beperkingen en bezwaren F.H.J. Mijnsen, A.A. van Velten & S. Bartels, *Asser Zakenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 613 e.v.; E.M. Dutmer, *Vastgoedrecht* 2011/1, alsmede hoofdstuk 16 van mijn handboek *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Amsterdam/Deventer: Kluwer 2015).

De eenvoudigste en voor de betrokkenen meest heldere oplossing is gelegen in de overdracht aan elke koper in zo'n complex van de eigendom van zijn kavel, gecombineerd met diens dan aanvangende lidmaatschap van een beheersvereniging die voor exploitatie van de gemeenschappelijke (al dan niet mandelige) voorzieningen zorg zal dragen.

Elke eigenaar wordt dan bij de grondoverdracht van het door hem gekochte kavel krachtens een bepaling in zijn koop- (en aannemings)contract lid van die vereniging en gaat hierdoor bijdragen in de uit het beheer voortvloeiende kosten. Inspraak van de eigenaren in het door de vereniging gevoerde beheer en het te voeren beleid kan plaatsvinden in de jaarlijkse algemene vergadering van leden/eigenaren.

Een groot probleem is echter, dat onze wetgeving – buiten het appartementsrecht – niet toestaat dat zo'n lidmaatschap op kwalitatieve wijze aan de eigendom van een kavel wordt verbonden. Immers, volgens de in Boek 2 vastgelegde regels inzake vrije uittreding is het lidmaatschap van een vereniging altijd opzegbaar.³ Eventuele kettingsbedingen met boetebepalingen in de leveringsakten die verplichten tot oplegging van het lidmaatschap aan een opvolgend eigenaar, kunnen bovendien worden doorbroken bij verkoop van een kavel door een faillissementscurator of in het geval van executoriale verkoop door een beslaglegger of hypotheekhouder.⁴

Kortom, de gewenste situatie van een grondgebonden lidmaatschap kan wel obligatoir worden geconstrueerd, maar deze toont enkele belangrijke manco's die de toekomstige exploitatie van een bedrijvenpark of woon-domein in gevaar kunnen brengen doordat eigenaren om welke reden dan ook geen lid (meer) zijn en zich als 'free riders' gaan gedragen: zij benutten wel de gezamenlijke voorzieningen, maar betalen daar niet aan mee.⁵

- 3 Art. 2:35 en 36 BW. Soms kan na opzegging toch de betalingsverplichting doorlopen, bijvoorbeeld omdat het opzeggende lid tevens mede-eigenaar is van de gemeenschappelijke grond en de verplichting tot betaling mede voortvloeit uit art. 3:168 BW of art. 5: 65 BW. In die zin Rb. Arnhem 16 mei 2007, *Notamail* 2007, nr. 143, alsmede Rb. Haarlem (ktr.) 21 mei 2008, *NJF* 2008/343 (*Midi Center Haarlem*).
- 4 Pres. Rb. Roermond 28 september 1999, *WPNR* 2007/6700 (*Resort Arcen/Rabo*), alsmede Pres. Rb. Rotterdam 23 mei 2000, *KG* 2000, 130 (*Stichting Walang/Amev*).
- 5 HR 17 september 2007, *RvdW* 2007/748 (*Beach Park Texell/Driessen c.s.*) n.a.v. Hof Amsterdam 17 november 2005, *NJ* 2007/571; opvallend is dat de Hoge Raad volstond met een art. 81 RO-uitspraak. Soms kan in zo'n geval een beroep op ongerechtvaardigde verrijking soelaas bieden: zie Hof NA 7 mei 2004 en 16 december 2005, *NJF* 2006/157 (*Stichting The Betterment Umbrella Foun-*

Gezien de in korte tijd ontstane jurisprudentie heerst hier veel onzekerheid, waar uitsluitend de wetgever een einde aan kan maken.

Het is daarom onbegrijpelijk dat de Minister van Justitie bij de behandeling van het wetsvoorstel inzake de wijziging van het appartementsrecht in 2004, bij de beantwoording van een Kamervraag over deze problematiek heeft opgemerkt dat aan een toegesneden rechtsfiguur – in bijzonder het aan de eigendom verbonden kwalitatief lidmaatschap van een beheersvereniging – geen behoefte zou zijn.⁶

Deze onwenselijke situatie is voor mij aanleiding geweest tot het ontwerpen van een toegespitste regeling, waarbij het lidmaatschap van een beheersvereniging kwalitatief wordt gemaakt. Hierbij wordt voorgesteld om de desbetreffende wetsartikelen – aangezien het kenmerkende aspect van de regeling is gelegen in een grondgebonden lidmaatschap dat ook bij contractuele mandeligheid kan worden toegepast – op te nemen als een nieuwe titel 10 van Boek 5 BW, direct volgend op het verwante appartementsrecht. Dat daarbij getreden wordt buiten het opschrift van Boek 5 ('Zakelijke rechten') kan een bezwaar zijn, maar omdat het altijd om vastgoed gaat, zoals ook bij de VvE, ligt het het meest voor de hand om de regeling in Boek 5 BW, op te nemen.

2 Uitgangspunten van de voorgestelde wettelijke regeling

Een wettelijke regeling voor de koppeling tussen grondeigendom en het lidmaatschap van een beheersvereniging lijkt op het eerste gezicht niet al te moeilijk. Bepaald zou kunnen worden dat aan de eigendom van een kavel het lidmaatschap van zo'n vereniging is verbonden, dit naar analogie van art. 5:112 lid 3 BW, waar zo'n lidmaatschap is geregeld voor

dation of Point Pirouette/Barbier). Zie ook HR 13 juli 2007, NJ 2008/199, alsmede de latere rechtspraak vermeld in *WPNR 2011/6889en WPNR 2013/6981*. Illustratief is ook Rb. Zeeland-West-Brabant (ktr.) 24 juli 2013, *TBR 2014/159 (Buitenplaats Hof van Zeeland)*.

- 6 *TK 2003-2004*, 28 614, nr. 5. Het ministerie van EZ was een andere mening toegedaan, zo blijkt o.a. uit de nota *Kwaliteit wint terrein. Parkmanagement* (Den Haag 2002), alsmede MvT bij de Experimentenwet Bedrijven Investeringszones, *TK 2007-2008*, 31 430, nr. 3, p. 18, waarbij over de noodzaak van een beheersregeling wordt gesproken. In deze zin ook het advies 073 *Publieke ruimte* van de VROM-raad (Den Haag 2009), onderdeel 4.4.2, alsmede *RO Magazine* 31 augustus 2009.

appartementenrechten. Maar in dat geval is zo'n lidmaatschap gebaseerd op een bepaling in het splitsingsreglement, dat uiteraard ontbreekt bij 'gewone' eigendom.

In de Schoordijkbundel *In het nu, wat worden zal* (Deventer: Kluwer 1991) heb ik voorgesteld om zogenoemde 'gereguleerde' eigendom van onroerende zaken in Boek 5 te introduceren. Een vorm van eigendom waaraan rechten en verplichtingen op kwalitatieve wijze kunnen worden verbonden, waaronder het lidmaatschap van een beheersvereniging. Zolang deze bijzondere vorm van eigendom niet in onze wetgeving is opgenomen, moet er echter binnen het kader van het bestaande vermogensrecht een andere rechtsgrond worden gezocht, er daarbij van uitgaande dat er – evenals het geval is bij art. 5:112 lid 3 BW – een beheersvereniging bestaat op het moment dat de koppeling plaatsvindt. Een dergelijke situatie wordt ook aangetroffen bij de Angelsaksische rechtsfiguren *Home Owners Association* en *Community Association*, waarbij meestal een projectontwikkelaar voor de oprichting van zo'n vereniging zorgdraagt.⁷

Bij het voorstel tot invoering van een titel over terreinbeheer (parkmanagement) is aangesloten bij de bestaande regeling inzake kwalitatieve rechten ex art. 6: 251 BW en kwalitatieve verplichtingen van art. 6:252 BW. Tevens komen daarin elementen voor die zijn ontleend aan de wettelijke bepalingen betreffende gemeenschap (de beheersovereenkomst van art. 3:168 BW) en appartementsrecht (de vereniging van eigenaars (VvE)) van art. 5:124 e.v. BW). Uitgangspunt is een overeenkomst die grondeigenaren krachtens een op zich genomen verplichting of op vrijwillige basis aangaan met een eerder daartoe opgerichte beheersvereniging die de voor gemeenschappelijk gebruik bestemde grond binnen een complex beheert ten behoeve van haar leden, de grondeigenaren.

Deze voor gemeenschappelijk gebruik bestemde grond ('het terrein') kan zowel eigendom zijn van die beheersvereniging als van de gezamenlijke grondeigenaren, bijvoorbeeld in de vorm van contractuele mandeligheid. Eventueel kan het beheer zich ook uitstrekken tot de aan de leden/eigenaren toekomende privégronden met opstallen, bijvoorbeeld voor beveiliging of bemiddeling bij verhuur.

⁷ Zie Evan McKenzie, *Privatopia, Homeowner Associations and the Rise of Residential Private Government*, New Haven (CT): Yale University Press 1994, p. 20 e.v., alsmede Van Velten 2015, onderdeel 19.6.

Onderdeel van de voorgestelde overeenkomst is het kwalitatieve lidmaatschap van de beheersvereniging van elke grondeigenaar of diens rechtsopvolger met alle daaraan verbonden rechten en verplichtingen.

De inhoud van de statuten van de beheersvereniging wordt in mijn voorstel overgelaten aan de oprichter(s) daarvan, waarbij echter wel enkele min of meer vanzelfsprekende beperkingen gelden. Zo zullen opzegging van of ontzetting uit het lidmaatschap in beginsel niet mogelijk moeten zijn, terwijl omzetting in een andere rechtspersoon of een toelatingsprocedure voor nieuwe leden (anders dan grondeigenaren) niet zal zijn toegestaan.

Bij overdracht door een lid/eigenaar van zijn privégrond zal de regeling van art. 5:122 BW inzake de overdracht van een appartementsrecht van toepassing moeten zijn, inclusief de aansprakelijkheid van het/de nieuwe lid/eigenaar voor eventuele achterstand in betalingen. Voor die betalingen zal de beheersvereniging bovendien een voorrecht op het aan het uittredende lid toekomende registergoed moeten hebben.

Als de beheersvereniging het terrein op naam dient te krijgen, zal dit op grond van art. 2:44 lid 2 BW in de statuten moeten worden vermeld. Naar verwachting zal de overdracht aan de vereniging van de voor gemeenschappelijk gebruik bestemde grond in de meeste gevallen tegen een symbolische vergoeding plaatsvinden.

3 Proeve van een ontwerp-titel voor Terreinbeheer

Het vorenstaande heeft mij gebracht tot de volgende ontwerptekst voor een nieuwe titel 10 'Terreinbeheer', waarbij getracht is tot een zo veel mogelijk flexibele regeling te komen die past binnen ons huidige vermogensrecht. Hoewel 'beheervereniging' taalkundig juister is, heb ik toch gekozen voor het meer in het gehoor liggende woord 'beheersvereniging'.

Artikel 148

"1. Een eigenaar van een onroerende zaak, een appartementseigenaar, een erfpachter of een opstaller kan ten aanzien van het hem toekomende registergoed met een beheersvereniging een overeenkomst tot beheer aangaan waarbij:

a. wordt overeengekomen dat het beheer van voor gemeenschappelijk gebruik en genot bestemde grond met bijbehorende al of niet toekomstige bebouwing en infrastructuur mede voor zijn rekening door de beheersvereniging zal worden gevoerd;

b. hij toetreedt en wordt aanvaard als lid van de beheersvereniging waardoor hij het medegebruik en -genot van de onder a. bedoelde grond met toebehoren verkrijgt; en

c. wordt bedongen dat de overeenkomst bindend zal zijn voor – en het onder b. bedoelde lidmaatschap zal overgaan op – de rechtverkrijgende van zijn registergoed of een gedeelte daarvan.

2. In deze titel wordt verstaan onder:

– beheersvereniging: een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid waarvan de naam aanvangt met het woord 'Beheersvereniging' en welke vereniging ten doel heeft het ten behoeve van haar leden beheren van de in lid 1 onder a. bedoelde grond met toebehoren;

– gerechtigde: de eigenaar, appartementseigenaar, erfpachter of opstalder als bedoeld in lid 1 en zijn rechtverkrijgende;

– huishoudelijk reglement: het krachtens de statuten vastgestelde huishoudelijk reglement van de beheersvereniging;

– lidmaatschap: het kwalitatieve lidmaatschap van een gerechtigde van de beheersvereniging;

– overeenkomst: de in lid 1 bedoelde overeenkomst tot beheer;

– registergoed: het aan een gerechtigde toekomende registergoed ten aanzien waarvan de overeenkomst geldt;

– statuten: de statuten van de beheersvereniging;

– terrein: de voor gemeenschappelijk gebruik en genot bestemde grond met toebehoren, waaronder begrepen aanwezige of toekomstige bebouwing en infrastructuur, ten name van de beheersvereniging of een andere rechtspersoon dan wel ten name van een of meer gerechtigden;

– vergadering: de algemene vergadering van de beheersvereniging.

3. De overeenkomst kan tevens betrekking hebben op het beheer, het gebruik en de instandhouding van het aan een gerechtigde toekomende registergoed of een gedeelte daarvan.

4. Voor de werking van de overeenkomst en de overgang van de overeenkomst en het lidmaatschap op een rechtverkrijgende is vereist dat van de overeenkomst een notariële akte wordt opgemaakt, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers.

De gerechtigde moet in de akte terzake de inschrijving woonplaats kiezen binnen Nederland.

5. Op de overeenkomst en de gevolgen daarvan is het bepaalde in artikel 252 lid 3 van Boek 6 van overeenkomstige toepassing.

Artikel 149

1. De gerechtigde die een overeenkomst is aangegaan is daardoor lid van de beheersvereniging en zijn lidmaatschap eindigt bij overdracht of toedeling aan een derde van het hem toekomende registergoed, in welk geval zijn rechtverkrijgende van rechtswege lid wordt in zijn plaats.

2. Indien een gerechtigde het hem toekomende registergoed verdeelt en de gedeelten onder bijzondere titel overdraagt of toedeelt aan verschillende personen, zal elke verkrijger gebonden zijn aan de overeenkomst en zal elke verkrijger lid worden van de beheersvereniging. Hij zal bijdragen in de uit het lidmaatschap voortvloeiende schulden en stem uitbrengen in de vergadering naar rato van de oppervlakte van zijn gedeelte, voor zover de statuten niet anders bepalen.

3. Indien een registergoed toekomt aan twee of meer gerechtigden zullen zij jegens de vereniging hoofdelijk verbonden zijn voor de uit het lidmaatschap voortvloeiende schulden en zullen zij stem kunnen uitbrengen in de vergadering door middel van een daartoe uit hun midden schriftelijk aangewezen deelgenoot.

4. Indien een gerechtigde het hem toekomende registergoed splitst in appartementsrechten zullen de appartementseigenaren jegens de vereniging hoofdelijk verbonden zijn voor de uit het lidmaatschap voortvloeiende schulden, terwijl het stemrecht in de vergadering zal worden uitgeoefend door het bestuur van de door de splitsing ontstane vereniging van eigenaars.

5. Indien een gerechtigde op het hem toebehorende registergoed een recht van erfpacht of opstal vestigt zal de beperkt gerechtigde gedurende de duur van diens recht in de plaats treden van de gerechtigde, terwijl beiden hoofdelijk verbonden zullen zijn voor de uit het lidmaatschap voortvloeiende schulden.

6. Indien een gerechtigde op het hem toekomende registergoed een recht van vruchtgebruik vestigt zal het in artikel 123 bepaalde van overeenkomstige toepassing zijn.

Artikel 150

1. *De gerechtigden zijn jegens elkaar verplicht om de inrichting van het terrein tot stand te brengen en in stand te houden, inclusief onderhoud, vernieuwing en uitbreiding, in overeenstemming met de statuten, het huishoudelijk reglement en de door de vergadering genomen besluiten.*

2. *Indien het terrein bestaat uit een gemeenschap en alle deelgenoten een overeenkomst met de beheersvereniging zijn aangegaan zal het samenstel van de overeenkomsten gelden als een beheersregeling in de zin van artikel 168 lid 1 van Boek 3. In dat geval zal het bepaalde in de artikelen 169 tot en met 188 van Boek 3 geen toepassing vinden voor zover de statuten anders bepalen.*

3. *Indien op het terrein titel 5 van toepassing is zijn de artikelen 64, 66, 67 en 68 slechts van toepassing voor zover de statuten niet anders bepalen.*

Artikel 151

1. *De beheersvereniging wordt geregeerd door de titels 1 en 2 van Boek 2 met inachtneming van de in de onderhavige titel aangegeven afwijkingen.*

2. *De beheersvereniging draagt zorg voor het beheer van het terrein met inbegrip van onderhoud, vernieuwing en uitbreiding daarvan overeenkomstig de statuten, het huishoudelijk reglement en de door de vergadering genomen besluiten.*

3. *De beheersvereniging houdt een reservefonds in stand ter bestrijding van andere dan de gewone jaarlijkse kosten.*

4. *Indien is overeengekomen dat de beheersvereniging tevens zal zorgdragen voor het beheer van het aan een gerechtigde toekomende registergoed of regels kan stellen inzake het gebruik en de instandhouding daarvan, zal het daarover in de statuten en het huishoudelijk reglement bepaalde gelden.*

5. *Tenzij de statuten anders bepalen zullen degenen die hun gebruik ontlenen aan een gerechtigde, mede gebonden zijn aan de regels vervat in de statuten en het huishoudelijk reglement en aan de door de vergadering genomen besluiten.*

6. *De beheersvereniging ziet toe op de naleving van de verplichtingen die voor haar leden en hun gebruikers voortvloeien uit de statuten, het*

huishoudelijk reglement en de door de vergadering genomen besluiten. Zij kan te dien einde tegen hen in rechte optreden.

7. In afwijking van het bepaalde in artikel 26 lid 2 van Boek 2 kan de beheersvereniging worden opgericht bij eenzijdige rechtshandeling, terwijl in afwijking van de artikelen 35 en 36 van Boek 2 opzegging van of ontzetting uit het lidmaatschap niet mogelijk zal zijn, tenzij de statuten anders bepalen.

De artikelen 18, 33, 34 lid 1 en 39 van Boek 2 zijn niet van toepassing.

Artikel 152

1. Voor de schulden van de beheersvereniging zijn zij die lid waren ten tijde van het ontstaan van de schuld met de beheersvereniging hoofdelijk verbonden, en wel, indien de prestatie deelbaar is, ieder voor een deel in de verhouding van hun in de statuten bepaalde draagplicht.

2. Ten aanzien van vorderingen van de beheersvereniging op een gerechtigde krachtens diens lidmaatschap is het voorrecht van artikel 286 lid 1 van Boek 3 van overeenkomstige toepassing op het aan die gerechtigde toekomende registergoed.

3. Bij overgang onder bijzondere titel of toedeling van het aan een gerechtigde toekomende registergoed, zal het bepaalde in artikel 122 van overeenkomstige toepassing zijn.

Artikel 153

1. Het beheer van het terrein door de beheersvereniging ten behoeve van de gerechtigden eindigt wanneer elke overeenkomst is geëindigd of de beheersvereniging wordt ontbonden.

2. De gebondenheid aan de overeenkomst en het lidmaatschap van een appartementseigenaar, erfpachter of opstaller eindigt van rechtswege bij het einde van dat zakelijk recht, tenzij de beëindiging daarvan gepaard gaat met het ontstaan van een nieuw zodanig recht op dezelfde onroerende zaak ten behoeve van dezelfde gerechtigde. Indien dit laatste niet het geval is zal bij het einde van de rechten van erfpacht en opstal de grondeigenaar slechts gebonden zijn als hij heeft ingestemd met het aangaan van de overeenkomst.

3. Indien alle appartementseigenaren van een gesplitst registergoed een overeenkomst met de vereniging zijn aangegaan en daardoor lid van de

vereniging zijn, zullen de overeenkomsten en de lidmaatschappen na opheffing van de splitsing blijven voortbestaan ten name van de deelgenoten. Op hen zal het bepaalde in lid 3 van artikel 149 van toepassing zijn.

4. De gebondenheid aan de overeenkomst en het lidmaatschap zullen voortduren na de dood van een natuurlijke persoon en het einde van een rechtspersoon, alsmede na faillissement van een gerechtigde of verlening van surseance van betaling aan hem dan wel het toepasselijk worden van een schuldsaneringsregeling op hem, tot het tijdstip dat de overeenkomst en het lidmaatschap zijn overgegaan op de volgende gerechtigde.”

4 Toelichting

4.1 Algemeen

De ontwerptekst gaat uit van een titel die, zoals gezegd, deels is gebaseerd op de art. 6:251 en 6:252 BW, maar wel met enkele belangrijke goederenrechtelijke aspecten.

De parallel met een regeling inzake gemeenschap of een splitsing in appartementsrechten is onmiskenbaar, maar niettemin zijn er grote verschillen, al was het maar de omstandigheid dat in het kader van de voorgestelde regeling de leden onverminderd eigenaar (eventueel appartementseigenaar, erfpachter of opstaller) blijven van de bij hen in gebruik zijnde onroerende zaken; zij geven uitsluitend het beheer van het terrein uit handen.⁸ Er ontstaat dus in beginsel géén gemeenschap, zoals bij de splitsing in appartementsrechten wél het geval is: door zo'n splitsing wordt de eigendom (eventueel erfpacht of opstalrecht) omgezet in appartementsrechten en verdwijnt de individuele gerechtigdheid met betrekking tot het gehele complex.

Er zijn ook overeenkomsten. Zo kan ook de VvE door één persoon worden opgericht en is er in beide gevallen sprake van een kwalitatief lidmaatschap. Voorts is het aantal leden beperkt en wordt de regeling ook mogelijk gemaakt in verband met de toekomstige inrichting van de grond.

⁸ Vgl. de beheersregeling van art. 3:168 BW voor deelgenoten, waar wel sprake is van gemeenschap.

Of het beheer zich ook uitstrekt tot de voor privégebruik bestemde kavels of gebouwen – en zo ja, in welke mate – zal blijken uit de overeenkomsten en de statuten van de beheersvereniging, maar dit is niet noodzakelijk. Denkbaar is een vereniging die het volledige beheer over het grondgebied krijgt, maar niet over de privéopstallen, behoudens wellicht de beveiliging en het geven van aanwijzingen omtrent het uiterlijk aanzien van de gebouwen. Niet alleen de eigenaren, maar ook zij die een gebruiksrecht hebben, zoals huurders, zullen aan de regeling zijn gebonden.

Voor latere rechtshandelingen met betrekking tot de privé kavels, zoals splitsing in appartementsrechten of de vestiging van beperkte genotsrechten daarop, zijn aparte regelingen getroffen.

4.2 De beheersvereniging

De beheersvereniging is, evenals de VvE, een species van de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid en daarop is onverkort Boek 2 van toepassing, behoudens een aantal nadrukkelijk uitgezonderde artikelen. Dit betreft art. 2:18 BW (omzetting), 2:26 lid 2 BW (oprichting bij meezijdige rechtshandeling), 2:33 BW (toelating leden), 2:34 BW (persoonlijk lidmaatschap), 2:35 en 36 BW (einde lidmaatschap) en 2:39 BW (afgevaardigden).⁹ Enkele andere bepalingen zullen naar hun aard niet van toepassing zijn, zoals art. 2:1 BW (publiekrechtelijke rechtspersonen) en 2:2 BW (kerkgemeenschappen).

Oprichting kan geschieden door één of meer grondeigenaren (eventueel ook appartementseigenaren, erfpachters of opstallers) en desgewenst ook andere personen die (nog) geen grond op naam hebben, bijvoorbeeld de projectontwikkelaar (niet zijnde grondeigenaar) of een gemeente, al of niet in het kader van publieke private samenwerking. Voor zo'n lidoprichter niet zijnde grondeigenaar zal overigens statutair wel de gewone regeling van Boek 2 voor beëindiging van het lidmaatschap moeten gelden.¹⁰

Kortom, de beheersvereniging is een minder atypische vereniging met volledige rechtsbevoegdheid dan de VvE, maar niettemin zijn er enkele kenmerkende verschillen met de gewone vereniging van Boek 2.

9 Vgl. art. 5:124 BW dat voor de VvE veel meer uitzonderingen geeft, hetgeen zijn oorzaak vindt in de verwevenheid met de splitsing in appartementsrechten.

10 Art. 2:35 en art. 2:36 BW.

Overwogen zou kunnen worden een bepaling op te nemen dat faillissement van een beheersvereniging niet kan worden uitgesproken en dat het vermogen van zo'n vereniging niet kan worden beslagen, een bepaling die ook bij de wettelijke regeling van de VvE niet zou misstaan.

De akte van oprichting van een beheersvereniging dient uiteraard aan dezelfde vereisten te voldoen als die welke gelden voor de oprichting van een vereniging met volledige bevoegdheid, dat wil zeggen dat de oprichting bij notariële akte dient te geschieden.

Bovendien stelt de voorgestelde regeling expliciet of impliciet nog enkele extra vereisten:

- a. de naam dient aan te vangen met het woord 'Beheersvereniging', die daardoor een onderscheidend vermogen verkrijgt, zoals dit ook bij de VvE het geval is (hierbij zal voor bestaande beheersverenigingen een overgangsregeling moeten komen);
- b. het door de vereniging te beheren grondgebied dient te worden omschreven (zie hierna);
- c. er moet een regeling worden gegeven inzake de met de leden aangegane overeenkomsten en het beheer van het grondgebied, dan wel de wijze waarop de regeling zal worden vastgesteld;
- d. als het beheer mede op de privéterreinen/opstallen/bepantingen betrekking zal hebben dient dit te worden vermeld (zie hiervoor);
- e. de contributie en het stemrecht moeten worden geregeld (zie hierna);
- f. indien het terrein ten name van de vereniging dient te worden gesteld moet dit statutair mogelijk zijn (zie hiervoor).

4.3 Het te beheren grondgebied

De aanwijzing als 'terrein' geschiedt, zoals gezegd, bij de akte van oprichting van de beheersvereniging en dat gebied dient daarin nauwkeurig te worden omschreven.

Het meest voorkomende geval zal zijn een aanwijzing van het gehele complex – echter met uitzondering van de privé kavels –, terwijl de daarvan deel uitmakende gemeenschappelijke terreingedeelten ten name van hetzij de eigenaars blijven of worden gesteld (bij voorkeur in de vorm van contractuele mandeligheid), hetzij worden overgedragen aan de beheersvereniging of een andere rechtspersoon (*Special Purpose Vehicle*) die deze derhalve op naam gaat houden, hetgeen dan uiteraard statutair

mogelijk moet worden gemaakt. Ook is denkbaar dat er géén gemeenschappelijke grond is, maar dat het gehele complex wordt verdeeld over de eigenaren met regelingen inzake toegang en dergelijke door middel van de nodige erfdienstbaarheden over en weer; ook in dat geval zal nauwkeurig moeten worden aangegeven of het gehele complex, dan wel een gedeelte daarvan als 'terrein' wordt aangemerkt.

In de meeste gevallen zal echter de overdracht van het terrein aan de beheersvereniging de voorkeur verdienen omdat daardoor een goederenrechtelijk en kadastraal heldere situatie ontstaat.

Bovendien levert dit – anders dan bij contractuele mandeligheid – een flexibele constructie op omdat bij deze constructie het aantal rond het terrein te stichten gebouwen in aantal en oppervlakte kan variëren naar gelang het complex wordt voltooid.

Nadat de omvang van het terrein aldus is vastgesteld, kan dit later worden vergroot of verkleind bij besluit van de algemene ledenvergadering. Zo'n besluit heeft alleen rechtskracht indien toestemming van de eigenaren (en eventuele beperkt gerechtigden) van de bijgetrokken of onttrokken grond is verkregen, terwijl ter zake de wijziging een akte van statutenwijziging moet worden verleden. Omdat het in al deze gevallen om een statutenwijziging gaat, zullen de besluiten tot vergroting of verkleining van het grondgebied in beginsel moeten worden genomen met een twee derde meerderheid van de uitgebrachte stemmen.¹¹

Als de vereniging de voor gemeenschappelijk gebruik bestemde grond op naam heeft, zal er wellicht tevens een goederenrechtelijke handeling dienen plaats te vinden. Denkbaar is, dat in zo'n geval door de beheersvereniging grond moet worden verworven of afgestoten. Dit zal ook gelden in het geval van mede-eigendom van de gerechtigden (gemeenschap, contractuele mandeligheid) of tenaamstelling van een derde (SPV).

4.4 De overeenkomst

De overeenkomst tussen een gerechtigde en de beheersvereniging dient in een notariële akte te worden opgenomen, waarna een afschrift daarvan in de openbare registers moet worden ingeschreven ten laste van het

¹¹ Art. 2:42 en art. 2:43 BW, waaruit blijkt dat de statuten een andere regeling kunnen inhouden.

desbetreffende privé-kavel; een regeling die parallel loopt met het ontstaan van de kwalitatieve verplichting.

Bij nieuwbouw zal de beheersvereniging meestal in de beginfase door de projectontwikkelaar worden opgericht, terwijl de overeenkomst en de toetreding als lid – ter uitvoering van het daarover bepaalde in het koop- en aannemingscontract – als onderdeel van de notariële leveringsakte zullen worden opgenomen. In die akte zal de beheersvereniging derhalve mede als partij optreden.

Ook in bestaande situaties kan besloten worden tot het aangaan van een beheersovereenkomst; bijvoorbeeld door huiseigenaren die een stuk grond kunnen aankopen voor de realisatie van een voor gezamenlijk gebruik bestemd tennisterrein of door eigenaren van winkelruimten die van de gemeente een huurrecht van een nabij gelegen parkeerterrein krijgen aangeboden. In beide gevallen zal de eigendom, respectievelijk het huurrecht ten name van een hiertoe op te richten beheersvereniging kunnen worden gesteld, waarna de desbetreffende eigenaren met die vereniging overeenkomsten aangaan en waarbij zij – voor zover dit niet reeds bij de oprichting geschiedde – kwalitatief lid van die vereniging worden.

4.5 Rechten van de leden/eigenaren

De rechten die de leden van een beheersvereniging zullen hebben, blijken uit de overeenkomsten alsmede uit de regelingen van Boek 2 en de statuten. Dit zal in de eerste plaats het medegebruik en -genot van het door de vereniging te voeren beheer van het terrein (met infrastructuur) en eventueel ok de privé-kavels betreffen, zoals beveiliging, onderhoud enzovoort.

Ook is denkbaar dat meer specifieke diensten worden verleend door of met bemiddeling van de vereniging, zoals het gebruik van een kindercrèche in een kantorenpark, van een zonne-energiecentrale op een bedrijvenpark, voor een golfcourse in een woondomein of van een zwembad bij recreatieve bebouwing. Uiteraard zullen kopers zich vóór hun aankoop wel dienen te realiseren of dat dit periodieke kosten met zich meebrengt.

Het stemrecht in de algemene ledenvergadering en het door elk lid uit te brengen aantal stemmen zal nader in de statuten moeten worden geregeld, bijvoorbeeld overeenkomstig het aantal gebruikseenheden per kavel of naar oppervlakte van de privé-kavels.

Het stemrecht van latere erfpachters en opstallers zal gedurende de duur van hun recht berusten bij de desbetreffende beperkt gerechtigde. Voor vruchtgebruikers is aangesloten bij de regeling die art. 5:123 BW geeft (via art. 3:226 BW ook geldend voor de rechten van gebruik en bewoning).

4.6 Verplichtingen van de leden/eigenaren

De leden van een beheersvereniging hebben uiteraard de verplichtingen die voortvloeien uit het doel der vereniging, te weten het beheer van het terrein en de eventueel te verlenen diensten.¹² Dit zal vooral betreffen het betalen van de kosten die voortvloeien uit dit beheer overeenkomstig het bepaalde in de overeenkomst en de daarover in de statuten opgenomen verdeling daarvan door middel van (betaling van) contributies. Ook zullen zij zich moeten gedragen overeenkomstig de betreffende regeling.

De omvang van een en ander dient te blijken uit de statuten, een eventueel huishoudelijk reglement en de besluiten van de algemene ledenvergadering.

De leden zijn voorts jegens elkaar verplicht om de inrichting van het terrein tot stand te brengen en in stand te houden in overeenstemming met de statuten en de vergaderingsbesluiten.¹³ De vereniging ziet toe op de nakoming van deze verplichtingen.¹⁴

Ook andere regelingen lopen parallel met die welke wij uit de wettelijke regeling van de VvE kennen.

Als iemand een kavel binnen het complex verwerft, – en daardoor opvolgt in de overeenkomst en het lidmaatschap – dient hij dit mee te delen aan het bestuur van de vereniging.¹⁵ Hetzelfde geldt voor de vestiging van beperkte rechten ten behoeve van een vruchtgebruiker, erfpachter of opstaller.¹⁶

De regeling voor de aansprakelijkheid voor lopende verplichtingen ten tijde van een overdracht is eveneens ontleend aan het appartementsrecht.

12 Art. 27 lid 4 sub c, 2:34a en 2:46 BW.

13 Vgl. art. 5:108 BW voor de splitsing in appartementsrechten.

14 Vgl. art. 5:126 lid 3 BW voor de VvE.

15 Vgl. art. 5:122 lid 2 BW.

16 Vgl. art. 5:123 lid 4 BW.

5 Bedrijveninvesteringszones

Sedert 2015 kennen wij naar Angelsaksisch en Duits voorbeeld de Wet op de bedrijveninvesteringszones.¹⁷ Deze wet, die is voorafgegaan door een Experimentenwet, heeft tot doel om gebieden met commerciële bebouwing te verbeteren door middel van gemeentelijke heffingen ('BIZ-bijdragen'), gevolgd door daaruit te verlenen subsidies.

Essentieel bij deze regeling is dat de huurders en/of eigenaren in zo'n gebied vooraf een vereniging of stichting oprichten die dit alles in goede banen gaat leiden.

Zo'n bijzondere heffing krachtens deze wet is van tijdelijke aard – in beginsel voor vijf jaar – waarna de oude toestand van ongebondenheid tussen de huurders/eigenaren herleeft.

Indien voor het gebied een bepaalde vorm van terreinbeheer wenselijk is na het verstrijken van de BIZ-regeling zou kunnen worden overwogen om de bestaande vereniging of stichting om te zetten in een beheersvereniging ex art. 5:148 BW. Een toevoeging in die zin aan de genoemde wet kan wenselijk zijn.

6 Rechtsvergelijkende notities

Zoals hiervoor reeds werd aangestipt, is het grondgebonden lidmaatschap van een beheersvereniging ontwikkeld in het Angelsaksische recht.

Het standaardarrest is het in de negentiende eeuw te Londen gewezen arrest inzake *Tulk v. Moxhay* betreffende de instandhouding van een gemeenschappelijke tuin, waarbij vorm werd gegeven aan grondgebonden *restrictive covenants*.¹⁸

Uiteindelijk leidde dit tot zogenaamde *community burdens* waardoor het gebruik van nieuw gebouwde woningen en de daarbij behorende gronden privaatrechtelijk kon worden gereguleerd.

17 V.J. Leijh & R. Middelburg, 'Wet op de bedrijveninvesteringszones: na de experimentele fase nu een vast gegeven', *Vastgoed Fiscaal & Civiel*, 2015/6. Zie ook mijn bijdrage: 'De Experimentenwet Bedrijven Investeringszones: een eerste stap naar parkmanagement?', *WPNR* 2009/6809, waarin melding is gemaakt van een door het MvJ teruggenomen wetsvoorstel inzake parkmanagement.

18 *Tulk v. Moxhay* (1848) 2 Ph 774, gedeeltelijk geciteerd in de bundel S.E. Bartels, J.M. Milo (Eds.), *Contents of Real Rights*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 8.

Deze Engelse ontwikkeling werd overgenomen in de Verenigde Staten bij de vormgeving door de rechter van gemeenschappelijke regelingen, inclusief beheersverenigingen, ten dienste van *Planned Unit Developments*, waarna in de *Restatement (third) of Property Servitudes 2000* een afzonderlijk onderdeel werd gewijd aan *Community Associations*.¹⁹ Deze regelingen staan bekend onder de verzamelnaam *Common Interest Communities*.²⁰

Op het Europese vasteland heeft Zweden in de jaren zeventig van de vorige eeuw de *samfällighetsförening* ('joint property management association') geïntroduceerd voor het beheer van voor gemeenschappelijk gebruik bestemde onroerende zaken die aan de leden tezamen toebehooren.²¹

In andere Europese rechtsstelsels is mij geen ontwikkeling op het gebied van beheersverenigingen bekend, maar ook daar wordt in sommige gevallen de invoering van zo'n rechtsfiguur bepleit.²²

Met de invoering van het grondgebonden lidmaatschap van een beheersvereniging zouden wij derhalve binnen de *civil law* rechtsstelsels vooroplopen bij de vormgeving van parkmanagement.

7 Samenvatting en conclusie

Zoals uit recente jurisprudentie blijkt, leidt het ontbreken in onze wetgeving van een titel inzake terreinbeheer (parkmanagement) tot veel onzekerheid voor alle betrokkenen en een onwenselijke belasting van de rechterlijke macht.

Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat ook voor ons land een sluitende wettelijke regeling inzake het beheer van voor gemeenschappelijk

19 Susan F. French, 35 *Real Property Probate and Trust Journal* (2000), p. 237. Zie over deze ontwikkeling ook mijn bijdrage: 'Pleidooi voor het grondgebonden lidmaatschap in een beheersvereniging (II, slot)', *WPNR* 2007/6701, p. 202 e.v. alwaar verdere literatuurvermelding.

20 Anna di Robilant, 'Property and Democratic Deliberation', 62 *American Journal of Comparative Law* Issue 2 (Spring 2014), p. 307 e.v.

21 Ontleend aan de bundel Mattsson & Österberg (Eds.), *Swedish Land and Cadastral Legislation* (Stockholm, 1998).

22 Zie R. Timmermans, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen: Wolters Kluwer België 2015, p. 1265, die daar de *Community Land Trust* noemt. Nader over deze rechtsfiguur Di Robilant 2014, p. 310 e.v.

gebruik bestemde gronden met bijbehorende infrastructuur wenselijk is. De regeling zou kunnen worden opgenomen als een extra titel van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek, waarbij vooral aansluiting wordt gezocht bij de kwalitatieve rechten en verplichtingen die de wetgever in 1992 in Boek 6 heeft geïntroduceerd.²³ Een regeling die zo flexibel dient te zijn dat hiermee de problematiek die is opgetreden bij de diverse in de praktijk voorkomende rechtsfiguren inzake eigendom en beheer van voor gemeenschappelijk gebruik bestemde gronden afdoende kan worden opgelost. Met de hiervoor afgedrukte ontwerp tekst wordt een eerste aanzet gegeven.

In de voetnoten verkort aangehaalde literatuur

Di Robilant 2014

Anna di Robilant, 'Property and Democratic Deliberation', 62 *American Journal of Comparative Law* Issue 2 (Spring 2014).

Van Velten 2015

A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariatus 120), Deventer: Kluwer 2015.

23 Over de introductie van deze hybride rechtsfiguren N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag: BJu 2006, en J.R. Beversluis, *Enige aspecten van de kwalitatieve verbintenis* (diss. Nijmegen), Den Haag: BJu 2009, alsmede hun toelichtingen in *WPNR* 2007/6726 respectievelijk 2009/6792.