

Voorwoord

mr. P.L. Visser

Het zakenrecht is volop in beweging. In ons steeds dichter bebouwde land bestaat er steeds meer behoefte aan creatieve oplossingen voor goederenrechtelijke knelpunten. De mogelijkheden die het zakenrecht biedt om juridische puzzels op te lossen worden door juristen volop verkend en toegepast met als gevolg dat er zich vaak weer nieuwe goederenrechtelijke vraagstukken aandienen. Op dit snijvlak van wetenschap en praktijk zal ons nieuwe tijdschrift zich bewegen. Het beoogt de dynamiek in het zakenrecht op een goed onderbouwde en praktijkgerichte wijze te belichten en aldus ook een bijdrage te leveren aan de rechtsontwikkeling. Het is bedoeld voor zowel praktiserende juristen als voor wetenschappers. Vandaar dat de redactie bestaat uit een mix van wetenschappers en praktijkjuristen.

Ons tijdschrift beoogt eveneens een platform te zijn voor de uitwisseling van innovaties in het zakenrecht. Hebt u geprocedeerd over interessante goederenrechtelijke onderwerpen, hebt u een interessante goederenrechtelijke constructie toegepast, of bent u op een vernieuwend arrest gestuit? Aarzel niet en deel uw kennis via een artikel in ons tijdschrift. Wij zijn altijd blij met uw bijdrage. Uw artikel zal gelezen worden door ten minste twee peers die opbouwende wenken kunnen geven zodat u de zekerheid hebt dat uw bijdrage in juridische zin hout snijdt. Ook bij het schrijven van een artikel zijn wij graag bereid u met peers in contact te brengen met wie u kunt sparren over ieder aspect van uw bijdrage. Wij weten dat het schrijven van een artikel geen sinecure is maar wij weten ook hoe groot de voldoening is na de conceptie. Bedenk dat het geschreven woord eeuwigheidswaarde bezit.

In dit eerste nummer hebben we een artikel van Baljic, Bosma en Klapwijk over verkrijging door bevrijdende verjaring en de inschrijving van registergoederen. Roes schrijft over de inschrijving van een 3D-visualisatie in de openbare registers van het kadaster. De bijdrage van Rijssenbeek gaat over het Schoolstraat arrest dat een houvast kan zijn bij de ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten en bij van de bestemming afwijkend gebruik van het privégedeelte. Hahn en Wumkes behandelen een arrest van het gerechtshof Den Haag over onder meer de uitleg van een notariële akte voor beantwoording van de vraag of een erfdienstbaarheid is gevestigd. Ten slotte behandelt ondergetekende twee parallelle arresten van de Hoge Raad over onder meer de vraag of een definitie in een bijzondere wet van (doorslaggevend) belang is voor beantwoording van de vraag of iets volgens de verkeersopvatting onderdeel uitmaakt van een zaak.

Paul Visser
Hoofdredacteur

Verkrijging door bevrijdende verjaring en de inschrijving van registergoederen

mr. E. Baljic, mr. E.T. Bosma en mr. C.L. Klapwijk¹

1. Inleiding

Het afgelopen jaar is een aantal uitspraken gewezen waarin de vraag aan de orde was of een zakenrechtelijk recht (van opstal) was verkregen door bevrijdende verjaring.² Het ging in de desbetreffende uitspraken meer in het bijzonder over de vraag of de eigenaar van een nutsvoorziening gerechtigd was bepaalde infrastructuur in de grond of in een gebouw van een ander te hebben.

Wanneer als gevolg van 'bevrijdende verjaring' een zakelijk recht op een registergoed wordt verkregen, is het van belang dit recht in te schrijven in de openbare registers. Verkrijging door verjaring voltrekt zich van rechtswege (art. 3:80 lid 3 jo. art. 3:105 Burgerlijk Wetboek) en werkt tegen derden, maar wordt niet automatisch geregistreerd en is derhalve niet altijd voor derden kenbaar. Inschrijving van een dergelijk recht is mogelijk op de voet van art. 3:17 lid 1 aanhef onder i BW. De verkrijging kan op verschillende manieren worden geregistreerd, bijvoorbeeld met toepassing van art. 25 of artt. 34 jo. 37 Kadasterwet. In deze artikelen worden nadere regels voor de inschrijving van rechterlijke uitspraken respectievelijk verkrijging door verjaring gesteld.

Zo bepaalt art. 25 Kadasterwet dat een rechterlijke uitspraak kan worden ingeschreven in de openbare registers. Wanneer een procedure wordt begonnen waarin een oordeel van de rechter wordt verzocht over de vraag of een goed is verkregen door verjaring, kan de uitspraak in die zaak worden ingeschreven. Art. 4 Kadasterwet bepaalt dat de regels van art. 37 lid 1 Kadasterwet bij de inschrijving van de verjaring in acht moeten worden genomen. Art. 37 lid 1 Kadasterwet bevat vervolgens drie manieren om de notariële verklaring van verkrijging door verjaring op te maken en ter inschrijving aan het Kadaster aan te bieden.

In onze praktijk komen wij geregeld in aanraking met vraagstukken over de inschrijving van de verkrijging door bevrijdende verjaring. Daarom hebben wij besloten dit artikel hierover te schrijven. Wij gaan eerst kort in op de wettelijke eisen voor verkrijging door bevrijdende verjaring in het algemeen (hoofdstuk 2). Daarna gaan wij in op de (voor de rechtsontwikkeling) meest relevante en meest recente jurisprudentie over de verkrijging van registergoederen en van zakelijke rechten op registergoederen (hoofdstuk 3).

Vervolgens komt de inschrijving van de verklaring van bevrijdende verjaring op grond van art. 25 Kadasterwet of op een van de gronden van artt. 34 jo. 37 Kadasterwet aan de orde (hoofdstuk 4). Aansluitend zal worden stilgestaan bij het soort rechterlijke procedure dat krachtens art. 37 lid 1 onder c Kadasterwet bij registratie van de verkrijging kan worden gevolgd en bij de vraag wat nu precies de verschillen zijn tussen de (rechterlijke procedure bij de) verschillende wijzen van inschrijving (hoofdstuk 5). Wij besluiten dit artikel met een korte samenvatting (hoofdstuk 6).

2. Eisen voor verkrijging als gevolg van bevrijdende verjaring

Het leerstuk van verkrijging van een goed als gevolg van bevrijdende verjaring is geregeld in artt. 3:105 jo. 3:306 BW. Art. 3:105 BW bepaalt dat degene die een goed bezit op het tijdstip waarop de verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit wordt voltooid, dat goed verkrijgt, ook al was zijn bezit niet te goeder trouw.³ Bij bevrijdende verjaring verkrijgt iemand een goed doordat de rechtsvordering van de oorspronkelijke eigenaar tot (terug)opeising van het bezit van dat goed (de revindicatie) tenietgaat.

De rechtsvordering van de oorspronkelijke eigenaar van het goed om het bezit te beëindigen, verjaart na verloop van een periode van twintig jaar

1. Allen werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff N.V. te Rotterdam.

2. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 20 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10422, Hof Arnhem-Leeuwarden 12 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8035, Rechtbank Rotterdam 6 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6974 en Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5178.

3. Volledigheidshalve merken wij op dat dit artikel niet ingaat op de verjaring te goeder trouw krachtens art. 3:99 BW.

(art. 3:306 BW).⁴ Dit betekent dat de oorspronkelijke eigenaar twintig jaar de tijd heeft om op te treden tegen de bezitter, bij gebreke waarvan hij dit recht verliest. De verjaringstermijn van twintig jaar begint te lopen bij de aanvang van de dag, volgende op die waarop een niet-rechthebbende bezitter is geworden (hierna: de verkrijger)⁵ of het moment dat de opheffing van de onrechtmatige toestand kon worden gevorderd (art. 3:314 lid 2 BW).

Om krachtens bevrijdende verjaring te verkrijgen, dient sprake te zijn van bezit. Art. 3:107 BW omschrijft bezit als het houden van een goed voor zichzelf, dat wil zeggen het uitoefenen van de feitelijke macht over een goed met de pretentie rechthebbende te zijn (art. 3:113 lid 1 BW).⁶ Het antwoord op de vraag of iemand deze feitelijke macht uitoefent wordt, evenals de vraag of hij voor zichzelf of voor een ander houdt, bepaald naar verkeersopvatting en op grond van de uiterlijke feiten (art. 3:108 BW).⁷ De inbezitneming van rechten (zoals een opstalrecht) geschiedt in beginsel door de ongestoorde uitoefening van dat recht.⁸

Enkele op zichzelf staande machtsuitoefeningen zijn onvoldoende voor inbezitneming van een goed dat in bezit is van een ander (art. 3:113 lid 2 BW). De machtsuitoefening dient zodanig te zijn, dat deze naar verkeersopvatting het bezit van de oorspronkelijke bezitter teniet doet.⁹ Het gaat er in de kern om dat de verkrijger zich zodanig gedraagt dat de rechthebbende tegen wie de verjaring loopt, daaruit niet anders kan afleiden dan dat de verkrijger pretendeert rechthebbende te zijn, dat daardoor inbreuk wordt gemaakt op zijn eigendomsrecht en dat hij actie dient te ondernemen om verlies van zijn recht te voorkomen.¹⁰

Hoewel in de wet niet meer expliciet is bepaald dat bezit 'niet dubbelzinnig' en 'openbaar' moet zijn,

blijkt uit de wetsgeschiedenis dat deze eisen nog steeds gelden en dat beide eigenschappen besloten liggen in het wettelijk begrip 'bezit'.¹¹

Bij bevrijdende verjaring is (als gezegd) niet relevant of het bezit te goeder trouw is of niet. Evenmin hoeft de verkrijger zelf bezitter te zijn geweest gedurende de termijn van twintig jaar. Van belang is dat sprake was van bezit gedurende een periode van twintig jaar, al dan niet door verschillende bezitters.¹² Degene die het goed bezit op het moment van voltooiing van de verjaringstermijn van twintig jaar, verkrijgt de eigendom van het goed, ongeacht of hij te goeder trouw is en ongeacht de duur van zijn bezit.

3. Jurisprudentie verkrijging door bevrijdende verjaring

In dit hoofdstuk gaan wij in op de (voor de rechtsontwikkeling) meest relevante en meest recente jurisprudentie over de verkrijging van registergoederen en van zakelijke rechten op registergoederen.

3.1. Verkrijging door bevrijdende verjaring van registergoederen

De Hoge Raad heeft begin vorig jaar een veel bekritiseerd arrest gewezen met betrekking tot verkrijging door bevrijdende verjaring. In dit arrest oordeelt de Hoge Raad in een overweging ten overvloede dat de degene die de eigendom verkrijgt op grond van art. 3:105 lid 1 BW kan blootstaan aan een vordering uit onrechtmatige daad van de (voormalige) eigenaar die daarbij schadevergoeding 'in natura' kan vorderen, namelijk door teruggave van de eigendom aan de oorspronkelijke eigenaar.¹³ Tevens bevestigt de Hoge Raad in dit arrest dat het niet noodzakelijk is dat de rechthebbende daadwerkelijk op de hoogte moet zijn geweest van de bezitsdaden als gevolg waarvan zijn bezit is tenietgegaan. Voldoende is dat dit naar buiten toe – en dus ook voor de rechthebbende – kenbaar was.¹⁴

In lagere rechtspraak zijn eigendomspretenties van verkrijgers regelmatig afgewezen op basis van de vaststelling dat de desbetreffende machtsuitoefening ook door een houder, zoals een huurder of pachter kon worden verricht. Die redenering heeft de Hoge Raad in een arrest uit 2015 een halt toegevoerd.¹⁵ De Hoge Raad oordeelde dat de theoretische mogelijkheid dat ook een huurder op deze wijze de feitelijke macht over het goed kon uitoefenen,

4. Onder (art. 2004) Oud BW bedroeg de verjaringstermijn dertig jaar en leidde bevrijdende verjaring slechts tot de verjaring van de rechtsvordering, niet tot de verkrijging van het goed. In dit artikel beperken wij ons tot de verkrijging door bevrijdende verjaring op grond van Nieuw BW.
5. Met het oog op de leesbaarheid zullen wij in dit artikel steeds spreken van 'verkrijger'. Uiteraard is pas sprake van 'een verkrijger' wanneer vaststaat dat aan de vereisten van art. 3:105 BW is voldaan en dat komt soms pas vast te staan na een rechterlijke procedure.
6. HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7601, NJ 2009/1, m.nt. F.M.J. Verstijlen.
7. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, *Gst* 2017/77, m.nt. W. Lever.
8. Rank-Berenschot, T&C Burgerlijk Wetboek, art. 3:113, aant. 2; Hof Arnhem-Leeuwarden 4 november 2014 ECLI:NL:GHARL:2014:8462, *WR* 2015/17, m.nt. A.A. van Velten.
9. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 434; HR 18 september 2015, ECLI: NL: HR: 2015: 2743, NJ 2016/78, m.nt. F.M.J. Verstijlen.
10. Niet is vereist dat de oorspronkelijke eigenaar daadwerkelijk bekend moet zijn geweest met de bezitsdaden als gevolg waarvan zijn bezit is tenietgegaan. Voldoende is dat dit naar buiten toe kenbaar was, zie HR 24 februari 2017 ECLI: NL: HR: 2017: 309, *Gst* 2017/77, m.nt. W. Lever.

11. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 408.

12. Art. 3:314 lid 2 BW bevat een regeling op grond waarvan de verjaringstermijn in sommige gevallen al begint te lopen voor het bezit aanvangt.

13. HR 24 februari 2017, ECLI: NL: HR: 2017: 309, *Gst* 2017/77, m.nt. W. Lever.

14. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, *Gst* 2017/77, m.nt. W. Lever.

15. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2743, NJ 2016/78, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

op zichzelf niet maakt dat geen sprake is van bezit. Die mogelijkheid is pas aan de orde indien er 'objectieve aanwijzingen' zijn dat de machtoefening door verkrijger ook daadwerkelijk als die van een huurder is aan te merken.

3.2. Verkrijging door verjaring van zakelijke rechten op registergoederen

In een arrest in kort geding van het hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt het hof dat de netbeheerder (althans haar rechtsvoorgangster) op grond van art. 3:105 BW rechthebbende is geworden van een opstalrecht.¹⁶ Het hof oordeelt dat (een rechtsvoorgangster van) de netbeheerder vanaf de oprichting van het transformatorstation in 1955 daarover de feitelijke macht heeft verkregen en die zodanig heeft uitgeoefend dat de netbeheerder naar de in het maatschappelijk verkeer geldende opvatting (een rechtsvoorgangster van) sinds 1955 bezitter is geweest van een opstalrecht op het pand, bestaande uit het recht om in het pand een transformatorstation aanwezig te hebben.

Het hof oordeelt dat nu niet is gebleken dat tussen 1955 en 2014 ooit discussie is geweest over het bestaan van een opstalrecht, de vordering van de eigenaar van het pand tot beëindiging van de stoornis in het bezit is verjaard (artt. 3:306 jo. 3:314 BW) en dat (een rechtsvoorgangster van) de netbeheerder op grond van art. 3:105 BW door verjaring rechthebbende op het recht van opstal is geworden.

Dit arrest laat zien dat een beroep op de verkrijging van een beperkt recht door bevrijdende verjaring in geval van discussies over ligrechten of het hebben van andere infrastructuur in een gebouw of grond van een ander, wel degelijk kans van slagen heeft.

Daarnaast wijzen wij op het arrest van het hof Amsterdam van 26 januari 2016.¹⁷ In deze zaak leidde het planten en in bezit nemen van twee berkenbomen op een stuk grond van een ander na twintig jaar tot verkrijging van een opstalrecht (ten behoeve van de berkenbomen) op de grond. Het hof overweegt dat de bezitter degene is die de aan het recht van opstal verbonden bevoegdheden feitelijk uitoefent, hetgeen aan de hand van objectieve gedragingen wordt beoordeeld.

Ook het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden is in dit verband van belang.¹⁸ In dat arrest stond de vraag centraal of de huurder van een perceel als gevolg van bevrijdende verjaring een opstalrecht had verkregen ten aanzien van een recreatiewoning. Het hof overweegt dat het er bij bezit van een opstalrecht niet om gaat of een huurder bezitsdaden heeft verricht ten aanzien van de *opstal*, maar of hij bezitsdaden heeft verricht ten aanzien van het *recht*

van opstal. Theoretisch is dit onderscheid weliswaar juist, maar de manier waarop dit onderscheid in bezitsdaden er in de praktijk zou moeten uitzien, kunnen wij ons vooralsnog lastig voorstellen.

In een uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant was (onder meer) de vraag aan de orde of een erfdiensbaarheid en/of opstalrecht was verkregen op grond van bevrijdende verjaring om een riolering in een perceel te hebben.¹⁹ De rechtbank overweegt dat dit recht door de voortdurende aanwezigheid van rioolbuizen, naar zijn aard voortdurend is.

De rechtbank overweegt verder dat het desbetreffende beperkte recht zichtbaar is indien daarvan door uitwendige werken blijkt (art. 725 Oud BW). Uitwendige werken dienen naar hun aard voor waarneming vatbaar te zijn, zij het dat zij tijdelijk of voortdurend aan het oog kunnen zijn onttrokken. Van dit laatste is naar het oordeel van de rechtbank in het onderhavige geval sprake. Een riolering wordt namelijk gevormd door buizen en putten, die naar hun aard voor waarneming vatbaar zijn; dat wordt niet anders door de omstandigheid dat zij zich onder de grond bevinden, en aldus aan het oog zijn onttrokken. De rechtbank concludeert dat de gemeente zowel een erfdiensbaarheid als een opstalrecht heeft verkregen krachtens bevrijdende verjaring.

4. Inschrijving krachtens art. 25 of artt. 34 jo. 37 Kadasterwet

Als gezegd kan de verkrijging door verjaring op verschillende manieren worden geregistreerd in de openbare registers.²⁰ In dit hoofdstuk zal worden stilgestaan bij twee manieren waarop de verkrijging door verjaring in de openbare registers kan worden ingeschreven. Deze manieren zijn respectievelijk (i) inschrijving van een verklaring van verjaring krachtens art. 25 Kadasterwet en (ii) inschrijving krachtens artt. 34 jo. 37 Kadasterwet.²¹ De verkrijging door verjaring voltrekt zich van rechtswege. Daarvoor is geen akte voor overdracht ex art. 3:89 BW nodig. Ook inschrijving in de openbare registers is geen voorwaarde voor verkrijging. In praktijk is het meestal echter niet eenvoudig vast te stellen of daadwerkelijk sprake is van verkrijging door verjaring.

16. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 20 juni 2017 ECLI:NL:GHARL:2017:5178.

17. Hof Amsterdam 26 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:229.

18. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8462.

19. Rechtbank Zeeland-West-Brabant 23 januari 2013, ECLI:RBZWB:2013:BZ4294.

20. Zie bijvoorbeeld L.C.A. Verstappen, 'Registratie van verkrijgingsverjaringen', *WPNR* 2013/6970, p. 278.

21. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de inschrijving van een verklaring geen constitutief vereiste is voor de verkrijging krachtens bevrijdende verjaring.

4.1. Inschrijving krachtens art. 25 Kadasterwet – inschrijving rechterlijke uitspraak

Wanneer iemand meent door verjaring een recht te hebben verkregen, is het niet onverstandig dit recht in de openbare registers in te schrijven. Daartoe kan een procedure bij de rechter worden gestart waarin een verklaring voor recht wordt gevraagd dat door verjaring is verkregen. Wanneer de verklaring voor recht wordt toegewezen, kan het vonnis waarbij de rechter de verkrijging door verjaring vaststelt op grond van art. 3:17 lid 1 aanhef onder e BW jo. 25 Kadasterwet rechtstreeks worden ingeschreven in de openbare registers zodra het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan.²² Daartoe dient (blijkens art. 25 Kadasterwet) een expeditie van de rechterlijke uitspraak te worden aangeboden en kan, afhankelijk van de omstandigheden, tevens een verklaring van de griffier noodzakelijk zijn. Medewerking van de wederpartij is hierbij niet vereist.²³

In eerdergenoemd arrest van de Hoge Raad²⁴ was onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat iemand een stuk grond had verkregen door verjaring. Toewijzing van een dergelijke vordering zou er in beginsel toe leiden dat de rechterlijke uitspraak met toepassing van artt. 3:17 lid 1 aanhef onder e BW jo. 25 Kadasterwet direct kan worden ingeschreven in de openbare registers. In deze zaak deed zich echter een interessante complicatie voor. Eiser had naast de verklaring voor recht (dat eiser door verjaring de eigendom had verkregen van het litigieuze registergoed) gevorderd dat de (voormalig) eigenaar zou worden veroordeeld om medewerking te verlenen aan de inschrijving, bij gebreke waarvan het vonnis van de rechter in de plaats zou treden van de benodigde medewerking (ex art. 3:301 lid 1 BW). De rechtbank heeft de vorderingen toegewezen en heeft bij wijze van reële executie beslist dat het vonnis in de plaats zal treden van de benodigde medewerking, indien deze uitblijft.²⁵ Het hof heeft in appel geoordeeld dat niet was gebleken dat het rechtsmiddel tegen het vonnis van de rechtbank binnen acht dagen na het instellen daarvan was ingeschreven in het rechtsmiddelenregister (ex art. 3:301 lid 2 BW). Dat leidde tot niet-ontvankelijkheid.

De Hoge Raad heeft in cassatie vervolgens geoordeeld dat nu sprake is van verkrijging door verjaring, de eigendom niet meer bij akte in de zin van art. 3:89 BW hoeft te worden geleverd. De akte

waarvoor het vonnis van de rechtbank in de plaats treedt, is dus niet een akte ex art. 3:301 BW, maar (gelet op rov. 5.2 en 5.3 van het vonnis van de rechtbank) klaarblijkelijk een akte houdende de instemming (in de zin van art. 37 lid 1 onder a Kadasterwet) van degene die de eigendom verliest met inschrijving op de voet van art. 3:17 lid 1 aanhef onder i BW. Vanuit het oogpunt van de wettelijke 'systematiek' van registratie (van verkrijging van een registergoed door verjaring), is dit arrest feitelijk een mengvorm tussen inschrijving krachtens art. 25 Kadasterwet enerzijds en krachtens art. 37 Kadasterwet anderzijds. Een rechterlijke uitspraak kan op grond van art. 3:17 lid 1 aanhef onder e BW op de voet van art. 25 Kadasterwet rechtstreeks worden ingeschreven. Daarvoor is geen (nadere) notariële verklaring op grond van art. 37 Kadasterwet vereist. Een notariële verklaring in de zin van art. 37 Kadasterwet wordt in de regel alleen opgemaakt (en ingeschreven) wanneer degene die aanspraak maakt op verkrijging, de verjaring wil registeren op de voet van art. 3:17 lid 1 onderdeel i BW. Aan de registratie gaat in de regel geen rechterlijke procedure vooraf.²⁶ De uitspraak had 'normaal gesproken' (wanneer de vordering ex art. 3:301 lid 1 BW niet was ingesteld) dus direct kunnen worden ingeschreven in de openbare registers zonder een 'nadere' notariële verklaring.²⁷

In het arrest heeft de Hoge Raad echter overwogen dat de akte waarvoor het vonnis van de rechtbank in de plaats treedt, klaarblijkelijk als een akte in de zin van art. 37 lid 1 onder a Kadasterwet moet worden aangemerkt (die op de voet van art. 3:17 lid 1 aanhef onder i BW kan worden ingeschreven in de openbare registers). Vanuit een oogpunt van duiding van het vonnis is de verwijzing naar art. 37 Kadasterwet wel begrijpelijk, maar dit levert wel een vreemde vermenging van de verschillende manieren van registratie op.

Overigens is deze mengvorm wel praktisch, ook wanneer men de procedure van art. 34 jo. 37 lid 1 sub c Kadasterwet volgt, dat zal bij de bespreking van art. 37 lid 1 sub c Kadasterwet nader worden toegelicht.

4.2. Inschrijving krachtens artt. 34 jo. 37 Kadasterwet – inschrijving verklaring van verjaring

De verkrijging door verjaring van een registergoed, kan ook worden ingeschreven wanneer deze niet

22. De uitspraak is in dit geval ook inschrijfbaar als deze uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. Zie GS Vermogensrecht, art. 3:17 BW, aant. 8.1.

23. Conclusie Rank-Berenschot bij HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:619.

24. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1468, m.nt. J.J. Damingh in JBPR 2017/19.

25. Rechtbank Amsterdam 14 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV1513.

26. Wanneer wordt ingeschreven met een notariële verklaring op de voet van art. 37 lid 1 aanhef onder c Kadasterwet, moet na de inschrijving een rechterlijke procedure worden geëntameerd.

27. De AG heeft in haar conclusie bij het arrest overigens toegelicht dat het verdedigbaar is om art. 3:301 lid 2 BW ook van toepassing te verklaren op uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraken die voorzien in het oordeel dat is verkregen door verjaring, maar heeft onder verwijzing naar HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4743 geconcludeerd dat er geen aanleiding is om dit artikel naar analogie toe te passen.

vastligt in een rechtelijke uitspraak. De verjaring die leidt tot verkrijging van een registergoed kan op grond van art. 3:17 lid 1 aanhef onder i BW in de registers worden ingeschreven zonder dat een rechter zich heeft gebogen over de vraag of er door verjaring is verkregen. Dat kan met toepassing van artt. 34 jo. 37 Kadasterwet.

Art. 34 Kadasterwet bepaalt dat ter inschrijving van een verjaring een authentiek afschrift van een door een notaris met inachtneming van art. 37 Kadasterwet opgemaakte verklaring wordt aangeboden. Deze verklaring moet op grond van art. 34 Kadasterwet inhouden (i) dat de verjaring is ingetreden volgens degene die de inschrijving verlangt, (ii) welk registergoed door verjaring is verkregen dan wel welk beperkt recht op een registergoed is tenietgegaan, (iii) tegen wie de verjaring werkt (indien dit bekend is), (iv) welke feiten tot de verjaring hebben geleid en (v) of de verjaring wordt betwist door degene tegen wie zij werkt (voor zover dit bekend is).

Daarnaast moeten de eisen van art. 37 Kadasterwet in acht worden genomen. Dit betekent enerzijds dat degene die inschrijving verlangt, verklaart dat de verjaring zich heeft voorgedaan. Daarnaast moet de verklaring voldoen aan een van de drie eisen zoals genoemd in art. 37 lid 1 Kadasterwet. Het gaat bij deze notariële verklaring om een 'voldoende gerechtvaardigde verjaringspretentie', waarbij de notaris als extra waarborg 'een betrouwbaarheidstoets' doet met toepassing van een van de (hierna te bespreken) onderdelen uit art. 37 lid 1 Kadasterwet.

4.3. Art. 37 lid 1 aanhef onder a Kadasterwet

Art. 37 lid 1 aanhef onder a Kadasterwet (**a-grond**) bepaalt kortweg dat een notariële verklaring naast de eisen van art. 34 Kadasterwet een verklaring van de notaris moet inhouden dat alle partijen bij het in te schrijven feit hebben medegedeeld dat zij met de inschrijving instemmen.

In het artikel is met nadruk bepaald dat de verklaring moet zien op 'de mening' van alle betrokken partijen, dat is dus niet alleen de (voormalig) eigenaar tegen wie de verjaring werkt maar dat kunnen bijvoorbeeld ook beperkt gerechtigden zijn.²⁸ In de literatuur wordt wel gesteld²⁹ dat het Kadaster de tenaamstelling van een onroerende zaak alleen wijzigt als de notaris daarnaast verklaart dat hem genoegzaam is gebleken dat de verjaring heeft plaatsgevonden. Ter onderbouwing daarvan wordt verwezen naar art. 34 sub d en art. 37 lid 1 sub a Kadasterwet. Wij zien niet direct hoe de bewaarder van het register deze eis kan stellen. Dat impliceert namelijk dat de a-grond geen zelfstandige werking

heeft maar in samenhang met art. 37 lid 1 aanhef onder b Kadasterwet moet worden toegepast.

Naar onze mening is dit niet juist. Deze eis vloeit niet voort uit de wettelijke regeling van art. 37 Kadasterwet (al dan niet in combinatie met art. 34 sub d Kadasterwet). Wij zouden menen dat een verklaring op de a-grond op zichzelf (en zonder 'extra toepassing' van art. 37 lid 1 aanhef onder b Kadasterwet) moet leiden tot wijziging van de tenaamstelling.³⁰

4.4. Art. 37 lid 1 aanhef onder b Kadasterwet

Art. 37 lid 1 aanhef onder b Kadasterwet (**b-grond**) bepaalt kortweg dat een notariële verklaring naast de eisen van art. 34 Kadasterwet kan worden ingeschreven als de notaris in de verklaring opneemt dat hem bewijsstukken zijn overgelegd (en die aan de verklaring zijn gehecht) die genoegzaam aantonen dat het in te schrijven feit zich inderdaad heeft voorgedaan.

Voor de beantwoording van de vraag of de feiten (die tot de verkrijging door verjaring hebben moeten leiden) zich hebben voorgedaan zal degene die de notaris verzoekt om de notariële verklaring in te schrijven bewijsstukken moeten aanbrengen. Daarbij is te denken aan foto's en getuigenverklaringen. De notaris zal vervolgens toetsen of deze bewijsstukken naar zijn mening hebben geleid tot de gepretendeerde verjaring. Bij deze bewijswaardering zal de notaris nauwgezet te werk moeten gaan. In de literatuur is veelvuldig kritiek geleverd op de b-grond. De notaris moet zich namelijk een beeld vormen over de vraag of de verkrijging door verjaring zich naar zijn mening heeft voorgedaan en zal hierover, aan de hand van bewijsstukken, moeten verklaren. De notaris moet in de uitoefening van zijn ambt onpartijdig zijn terwijl bij het verstrekken van deze verklaring nu juist wordt verwacht dat hij zijn oordeel uitspreekt over de aannemelijkheid van de verjaring. De notaris gaat hiermee in zoverre 'op de stoel van de rechter zitten'. Dat voorzichtigheid geboden is bij toepassing van de b-grond blijkt ook uit de volgende uitspraken.

In een tuchtrechtspraak van 1 december 1999³¹ was de vraag aan de orde of de notaris terecht een verklaring op de b-grond had ingeschreven. De notaris had een kort geding vonnis als bewijsstuk aan de verklaring gehecht waarin de voorzieningenrechter had geoordeeld dat de verzoeker door verjaring bezitter was geworden. Naar aanleiding van een klacht van de eigenaren van de onroerende zaak, werd geoordeeld dat het vonnis in kort geding onvoldoende grond bood om vast te stellen dat de

28. Zie bijvoorbeeld L.C.A. Verstappen, *WPNR* 2013/6970, p. 280.

29. B. Hoops en L.C.A. Verstappen, 'Verkrijgende verjaring, het lot van beperkte rechten en de rol van het Kadaster en de notaris', *WPNR* 22 april 2017/7147.

30. Zie ook L.C.A. Verstappen, *WPNR* 2013/6970, p. 278 en J.A.J. Peter, 'Reële executie van een veroordeling tot medewerking aan de inschrijving van een verjaring', *JBN* 28 februari 2017/27 afl. 2'.

31. H.M. Sasse, Tuchtrecht, Kamer van toezicht over de notarissen en kandidaat-notarissen te Haarlem d.d. 1 december 1999, *WPNR* (2000) 6424.

verjaring zich inderdaad had voorgedaan. Hierbij was van doorslaggevend belang dat partijen in het vonnis waren verwezen naar de bodemrechter om vast te laten stellen of de verkrijging door verjaring zich daadwerkelijk had voorgedaan. Hieruit blijkt dat een kort geding vonnis op zichzelf niet voldoende is om genoegzaam aan te tonen dat de verjaring zich heeft voorgedaan.

Uit een vonnis van de rechtbank Middelburg³² blijkt dat het op onjuiste gronden inschrijven van een verklaring van verjaring ook financiële gevolgen kan hebben voor de desbetreffende notaris. De notaris had een verklaring van verjaring ingeschreven zonder de rechthebbende daarin te kennen en had in de verklaring aangegeven dat de verjaring genoegzaam was aangetoond door vijf identieke getuigenverklaringen. In een bodemprocedure is de inschrijving van de verklaring van verjaring waardeloos verklaard. Tuchtrechtelijk is de notaris vervolgens berispt vanwege onzorgvuldig handelen, omdat hij had nagelaten de gemeente te raadplegen voorafgaande aan de inschrijving van de verklaring van verjaring.

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat (i) de notaris de gemeente had moeten raadplegen voorafgaande aan de inschrijving van de verklaring van verjaring en (ii) enkel identieke getuigenverklaringen niet voldoende zijn voor de notaris om te kunnen verklaren dat de verjaring hem genoegzaam is aangetoond.

Vervolgens is de gemeente een procedure begonnen om de proceskosten vergoed te krijgen. De rechtbank heeft geoordeeld dat het handelen van de notaris (gelet op het voorgaande) onrechtmatig is jegens de gemeente en heeft de vordering van de gemeente, tot vergoeding van de schade die is geleden in het kader van de civielrechtelijke procedure, toegewezen.

Als gezegd voltrekt de verkrijging door verjaring zich van rechtswege wanneer aan de wettelijke eisen van art. 3:105 BW is voldaan. Inschrijving van een verklaring op de b-grond bewerkstelligt niets meer dan dat de verjaringspretentie voor derden kenbaar wordt. (Hetzelfde geldt uiteraard voor inschrijving op de a-grond of de hierna te bespreken c-grond.) De inschrijving is, net zo min als de verklaring zelf, constitutief voor de verkrijging door verjaring. De inschrijving is slechts declaratoir.

Aan de inschrijving op de b-grond gaat wel een beoordeling van de notaris vooraf van de vraag of het feitencomplex inderdaad zodanig is dat de verkrijging door verjaring zich heeft voorgedaan. De notaris moet hierbij voorzichtig te werk gaan en het risico bestaat dat de inschrijving achteraf 'ongedaan' moet worden gemaakt op laste van een rechterlijke uitspraak.

Dit alles laat onverlet dat een verklaring op de b-grond onder omstandigheden een middel kan zijn om de verkrijging door verjaring te registreren.

De bewaarder zal het registergoed na ontvangst van een verklaring op de b-grond overschrijven op naam van de verkrijger en de verkrijging wordt hiermee voor derden kenbaar. Wanneer een belanghebbende vervolgens een rechterlijke procedure begint waarin wordt vastgesteld dat de verjaring zich niet heeft voorgedaan, dan zal de verklaring van verjaring waardeloos moeten worden verklaard op grond van art. 3:28 BW.³³ Effectief betekent dit dat het registergoed weer op naam van de 'oorspronkelijke' eigenaar komt te staan, omdat de tenaamstelling ten onrechte is gewijzigd. De verkrijging door verjaring heeft zich in dat geval immers niet voorgedaan en de 'oorspronkelijke eigenaar' heeft de eigendom nimmer verloren.

4.5. Art. 37 lid 1 aanhef onder c Kadasterwet

Art. 37 lid 1 aanhef onder c Kadasterwet (**c-grond**) bepaalt kortweg dat wanneer de notaris in de notariële verklaring niet een verklaring op de a-grond of de b-grond kan afgeven, de notaris de notariële verklaring inschrijft in de registers op de c-grond. Het gevolg daarvan is dat de bewaarder van de registers de verklaring in het register van de voorlopige aantekeningen inschrijft (art. 3:20 lid 1 BW). De tenaamstelling wijzigt in dat geval niet en inschrijving in de openbare registers kan vervolgens enkel plaatsvinden op bevel van de rechter.³⁴

De procedure van art. 3:20 BW is in art. 37 lid 2 Kadasterwet van toepassing verklaard op de 'c-grond verklaring'. Zowel de kort geding rechter als de bodemrechter is op grond van art. 3:20 lid 2 BW bevoegd om een uitspraak te doen over de juistheid van de weigering tot inschrijving in de openbare registers. Hoewel uit art. 3:20 lid 2 BW strikt genomen enkel voortvloeit dat aan de rechter wordt gevraagd de bewaarder te veroordelen de verklaring alsnog in te schrijven, vormt de rechter zich in praktijk regelmatig ook een oordeel over de vraag of is verkregen door verjaring. Hoewel de rechter daarmee strikt genomen buiten de grenzen van art. 3:20 lid 2 BW treedt, is dat wat ons betreft wel praktisch, omdat de verklaring wordt opgemaakt nadat de notaris is aangezocht door iemand die meent door verjaring een registergoed te hebben verkregen. De vraag óf is verkregen door verjaring is naar onze mening doorslaggevend voor het oordeel of de verklaring wel of niet moet worden ingeschreven. Het komt echter ook voor dat de rechter zich niet uitspreekt over de verkrijging door verjaring maar enkel de inschrijving van de verklaring beveelt op de grond dat de aangedragen stukken volgens hem de verjaring aannemelijk maken en de derden van die pretentie op de hoogte zouden moeten worden

32. Rechtbank Middelburg 29 december 2004, ECLI:NL:RBMID:2004:AS3705.

33. Zie ook W.D. Kolkman, R.J.L. Timmer, L.C.A. Verstappen en F.J. Vonck, *Verbetering betrouwbaarheid basisregistratie Kadaster*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 110.

34. Art. 37 lid 2 Kadasterwet.

gesteld.³⁵ Wanneer dit gebeurt, heeft degene op wiens verzoek de verklaring is opgesteld in feite niet zoveel aan de inschrijving, omdat in dat geval slechts een onzekere verjaringspretentie wordt ingeschreven. In de literatuur is dit ook wel als bezwaar tegen deze wijze van inschrijving opgeworpen, daar komen wij hierna nog op terug.

In art. 37 lid 2 Kadasterwet wordt (net als bij de a-grond) als voorwaarde gesteld dat de rechter het bevel tot inschrijving slechts geeft indien de eiser niet alleen de bewaarder, maar ook alle anderen die partij zijn bij het in te schrijven feit tijdig in het geding heeft geroepen. Dit betekent dat de op dat moment in de openbare registers geregistreerde eigenaar van de onroerende zaak ook moet worden opgeroepen. Indien de eiser er niet voor zorgt dat ook deze eigenaar wordt opgeroepen, zal de rechter de eiser niet-ontvankelijk verklaren.³⁶

In de rechterlijke procedure die volgt, zal de rechter allereerst beoordelen of de bewaarder de notariële verklaring ten onrechte in het register van voorlopige aantekeningen heeft geboekt.³⁷ Vervolgens zal de rechter nagaan of er aanleiding is om de inschrijving in de openbare registers alsnog te verrichten. Uit de rechtspraak blijkt dat de rechter enerzijds het belang meeweegt dat derden door inschrijving in de openbare registers tijdig worden gewaarschuwd, maar dat de rechter anderzijds de nodige terughoudendheid betracht met het oordeel dat de verklaring moet worden ingeschreven om te voorkomen dat de registers worden belast met ongerechtvaardigde verjaringspretenties.³⁸ De inschrijving van de verklaring in de openbare registers zal in ieder geval niet worden bevolen indien de eisende partij onvoldoende bewijsstukken overlegt ter zake van de verjaringspretentie.³⁹ Indien de vordering wordt afgewezen, zal de inschrijving van de verklaring van verjaring worden doorgehaald. Indien de eisende partij echter voldoende aannemelijk maakt dat sprake is van verkrijging door verjaring, en dit kan onderbouwen met bewijsstukken, dient de rechter het verzoek tot inschrijving in de openbare registers te honoreren.⁴⁰ In de lite-

atuur wordt daartegen (zoals gezegd) als bezwaar aangevoerd dat met het bevel tot inschrijving van de verklaring van verjaring een onzekere verjaringspretentie wordt ingeschreven nu de notaris in die verklaring heeft aangegeven dat er volgens hem onvoldoende gronden aanwezig waren om tot inschrijving over te gaan krachtens de a-grond en de b-grond. Ook zou deze procedure wederom niet bewerkstelligen dat de verjaring wordt ingeschreven, doch enkel de verjaringspretentie.⁴¹ Uit jurisprudentie blijkt dat de rechter zich in sommige gevallen niet uitspreekt over de verkrijging door verjaring, maar enkel de inschrijving van de verklaring op de c-grond beveelt. Als de rechter enkel een oordeel velt over de verjaringspretentie, en bijvoorbeeld oordeelt dat de verjaringspretentie aannemelijk is, dan bewerkstelligt de gevolgde procedure niet dat de verjaring ook wordt ingeschreven in de openbare registers. Er is dan enkel een verjaringspretentie ingeschreven.

Wij onderkennen deze moeilijkheden bij de inschrijving van de verklaring van verjaring op de c-grond. Echter menen wij dat deze kunnen worden weggenomen door het vonnis van de (bodem)rechter op grond van art. 3:17 lid 1 sub e BW eveneens in te laten schrijven in de openbare registers. Op grond van dat artikel kan immers een rechterlijke uitspraak worden ingeschreven die de rechtstoestand van registergoederen of de bevoegdheid om daarover te beschikken betreft.⁴² Dit heeft uiteraard alleen zin in de gevallen waarin de procedure zo wordt ingestoken, dat de rechter ook wordt gevraagd te oordelen over de verkrijging door verjaring en de rechter daarover ook oordeelt in het vonnis. Daarnaast blijkt het feit dat sprake is van een 'onzekere verjaringspretentie' al uit de inhoud van de verklaring die op de c-grond wordt ingeschreven en worden de registers in zoverre niet vervuld. Bovendien voltrekt de verkrijging door verjaring zich als gezegd van rechtswege en is de inschrijving van dit feit facultatief. De vraag of de verjaring of enkel een verjaringspretentie wordt ingeschreven, doet in zoverre naar onze mening dus niet ter zake. Wij zijn al met al van mening dat inschrijving van een notariële verklaring op de c-grond een prima middel is om verkrijging door verjaring kenbaar te maken voor derden.

35. W.D. Kolkman, R.J.L. Timmer, L.C.A. Verstappen en F.J. Vonck, *Verbetering betrouwbaarheid basisregistratie Kadaster*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 112/113.

36. Rechtbank Leeuwarden 4 mei 2000, ECLI:NL:RBLEE:2000:AH8208.

37. Zie bijvoorbeeld het vonnis van de Rechtbank Rotterdam 6 oktober 1994, ECLI:NL:RBAMS:1994:AH5067.

38. Rechtbank Utrecht 30 december 1997, ECLI:NL:RBUTR:1997:AH7557.

39. Rechtbank Rotterdam 6 oktober 1994, ECLI:NL:RBAMS:1994:AH5067, Rechtbank 's-Hertogenbosch 30 juli 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD9136 en Rechtbank Arnhem 17 april 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA5676, Rechtbank 's-Hertogenbosch 30 juli 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD9136, Hof Amsterdam 25 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1850 en Rechtbank Den Haag 4 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3533.

40. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Utrecht 30 december 1997, ECLI:NL:RBUTR:1997:AH7557 en Rechtbank Amsterdam 24 april 1997, ECLI:NL:RBAMS:1997:AH7176.

41. W.D. Kolkman, R.J.L. Timmer, L.C.A. Verstappen en F.J. Vonck, *Verbetering betrouwbaarheid basisregistratie Kadaster*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 115.

42. W.D. Kolkman (red.), *Handboek Registergoederenrecht*, Zutphen: Walburg, p. 803.

5. Registratie krachtens art. 25 Kadasterwet of 34 jo. 37 lid 1 onder c Kadasterwet en rechterlijke procedure

In het voorgaande is de mogelijkheid besproken om een procedure te starten op grond van art. 37 lid 1 onder c Kadasterwet. Blijkens artt. 37 lid 2 Kadasterwet jo. 3:20 lid 2 BW kan daarbij worden gekozen voor een kort geding of een bodemprocedure. Naar onze mening verdient het in de regel aanbeveling te kiezen voor een bodemprocedure. Dat zullen wij hieronder toelichten.⁴³ Verder zullen wij ingaan op de vraag wat het voordeel is te kiezen voor een bodemprocedure op basis van de c-grond dan wel een bodemprocedure ex art. 25 Kadasterwet.

De inzet van een procedure op de c-grond is dat de bewaarder van de openbare registers de verklaring van de notaris inschrijft. Hoewel de rechter daartoe strikt genomen niet verplicht is, vormt de rechter zich in praktijk daartoe vaak een oordeel over de vraag of inderdaad is verkregen door verjaring. Aan verjaringsvraagstukken ligt vaak een ingewikkeld feitencomplex ten grondslag. Dat komt niet in de laatste plaats doordat voor verkrijging door bevrijdende verjaring nodig is dat de verkrijger ten minste gedurende twintig jaar het bezit van een goed heeft uitgeoefend. De omstandigheid dat een rechtsvraag in geding is waarop het antwoord niet evident is, zal in de regel leiden tot behoedzaamheid bij de toewijzing van de gevraagde voorziening. Hoewel de wet bepaalt dat de voorzieningenrechter bevoegd is, leent een kort geding zich vanwege de inzet van de procedure naar onze mening in beginsel niet goed voor een procedure op grond van art. 37 lid 1 onder c Kadasterwet. Een kort geding procedure is immers slechts bedoeld voor het treffen van een ordemaatregel⁴⁴ en is niet bedoeld voor het beoordelen van gecompliceerde juridische vraagstukken. Bovendien verkrijgt men in een kort geding slechts een voorlopig oordeel en kan op ieder moment alsnog een bodemprocedure worden gestart. Daarnaast kan in kort geding geen verklaring voor recht worden gevorderd, terwijl het wel raadzaam is een verklaring voor recht te vorderen dat is verkregen door verjaring. Dat zullen wij hierna toelichten.

Het eerdergenoemde (in de literatuur opgeworpen) bezwaar dat de notariële verklaring op de c-grond niet bewerkstelligt dat de verjaring wordt ingeschreven in de openbare registers, kan naar ons idee worden ondervangen door een bodemprocedure te starten. In een bodemprocedure kan de eiser, naast inschrijving van de verklaring op de c-grond, een verklaring voor recht vorderen dat de verkrijger door verjaring eigenaar is geworden van het goed. Indien de rechter de vordering toewijst, zal voor recht worden verklaard dat de verkrijger door verjaring heeft verkregen en zal aan de bewaarder

worden opgedragen om de verklaring van verjaring alsnog in te schrijven in de openbare registers. Indien vervolgens niet alleen de verklaring van de notaris wordt ingeschreven maar ook het vonnis in de bodemprocedure (al dan niet met toepassing van art. 3:17 lid 1 sub e BW), heeft dit (als gezegd) tot gevolg dat uit de registers blijkt dat is verkregen door verjaring. Een bodemprocedure verdient naar onze mening al met al dus de voorkeur boven een kort geding, omdat verjaringsvraagstukken vaak complex zijn en in een kort geding procedure geen verklaring voor recht kan worden gevraagd.

Wij onderkennen overigens dat hetgeen wij in de vorige alinea beschreven in zekere zin een mengvorm is tussen de procedures op grond van art. 3:17 lid 1 aanhef onder e BW jo. 25 Kadasterwet enerzijds en art. 3:17 lid 1 onder i BW jo 34 en 37 lid 1 c Kadasterwet anderzijds. De vraag die zich, gelet daarop, aandient is wat nu precies het voordeel is om voor een bodemprocedure op basis van de c-grond dan wel een bodemprocedure ex art. 25 Kadasterwet te kiezen.

Het voordeel van een bodemprocedure op voet van de c-grond boven een bodemprocedure volgens art. 25 Kadasterwet, is dat met de procedure op de c-grond wordt bewerkstelligd dat de verjaringspretentie in een vroeg stadium blijkt uit de openbare registers. Dat kan een voordeel zijn voor de eiser. Doordat bij de c-grond de pretentie van verjaring wordt ingeschreven in het register van de voorlopige aantekeningen, wordt uit de openbare registers sneller duidelijk dat eiser aanspraak maakt op het registergoed. Indien een bodemprocedure volgt en daarin niet alleen de inschrijving van de verklaring van verjaring wordt bevolen maar ook een verklaring voor recht wordt gevraagd dat de verjaring zich daadwerkelijk heeft voorgedaan, kan de verjaring in de openbare registers worden ingeschreven. Als gezegd levert dit wel een mengvorm op van de twee verschillende wijzen van registratie en zijn de inhoudelijke verschillen tussen deze procedures voor het overige niet heel groot. De procedures vangen echter wel anders aan en de te dagvaarden partij verschilt; een procedure op de c-grond richt zich tegen de bewaarder van het kadaster terwijl een procedure op grond van art. 25 Kadasterwet zich richt tegen de (voormalig) eigenaar.

Wij gaven al aan dat wij van mening zijn dat een bodemprocedure in de regel de voorkeur verdient boven een kort geding bij registratie op de c-grond. Dat neemt niet weg dat wanneer men 'haast heeft' met de inschrijving een kort geding de voorkeur heeft boven een bodemprocedure. Een kort geding op de c-grond kan dan de voorkeur verdienen boven een kort geding krachtens art. 25 Kadasterwet. In dat laatste geval zal in een kort geding namelijk het spoedeisend belang moeten worden toegelicht, terwijl dat bij een kort geding op de c-grond niet hoeft. Indien wordt besloten om een kort geding procedure op de c-grond te starten is geen bijzonder

43. Er zijn uitzonderingen denkbaar, bijvoorbeeld wanneer er wel een spoedeisend belang is bij een rechterlijk oordeel.

spoedeisend belang van de eiser vereist.⁴⁵ Uit jurisprudentie blijkt dat een algemeen spoedeisend belang aanwezig moet worden geacht in de gevallen met betrekking tot een procedure op grond van art. 37 lid 2 Kadasterwet, omdat de openbare registers niet 'vervuild' zouden moeten raken met voorlopige registraties.

Spoedeisend belang wordt in praktijk in de regel niet getoetst door de rechter in een procedure op de voet van art. 37 lid 1 onder c Kadasterwet jo. art. 3:20 lid 2 BW. Indien de vraag of er sprake is van een spoedeisend belang wel aan de orde komt, kan het feit dat verjaringsvraagstukken gecompliceerd zijn in ieder geval niet het oordeel rechtvaardigen dat een eiser geen spoedeisend belang heeft bij een gevraagde voorziening.⁴⁶ Naar onze mening zou de vraag of sprake is van een spoedeisend belang helemaal niet aan de orde moeten komen, omdat de kort geding rechter in art. 3:20 lid 2 BW nu eenmaal als bevoegde rechter is aangewezen.

6. Conclusie

Degene die een goed bezit op het moment van voltooiing van de verjaringstermijn van twintig jaar, verkrijgt de eigendom van het goed op grond van de wettelijke regeling van de bevrijdende verjaring. Hoewel in de wet niet meer expliciet is bepaald dat bezit 'niet dubbelzinnig' en 'openbaar' moet zijn, liggen deze eisen besloten in het begrip 'bezit'. Het leerstuk van bevrijdende verjaring blijft weerbarstig en is geregeld onderwerp van rechterlijke procedures. Zo blijkt ook uit de (in dit artikel besproken) recente jurisprudentie. Interessant is de ontwikkeling in de jurisprudentie met betrekking tot de verkrijging door verjaring van zakelijke (lig) rechten.

Verkrijging door verjaring kan op verschillende manieren worden ingeschreven in de openbare registers. De verkrijger kan er ten eerste voor kiezen een rechterlijke procedure te starten. Wanneer de vordering wordt toegewezen, kan de uitspraak op grond van de artt. 3:17 lid 1 aanhef onder e BW jo. 25 Kadasterwet in de openbare registers worden ingeschreven.

De verkrijger kan er daarnaast voor kiezen een notariële verklaring op grond van artt. 3:17 lid 1 onderdeel i BW jo. 34 en 37 Kadasterwet in te laten schrijven. Aan deze registratie gaat in de regel geen rechterlijke procedure vooraf. Inschrijving op de b-grond kan en inschrijving op de c-grond zal in de regel wel een rechterlijke procedure initiëren.

Uit het hierboven besprokene blijkt dat de notaris zeer voorzichtig te werk zou moeten gaan indien van hem een verklaring van verjaring op de b-grond wordt gevraagd. Uit de rechtspraak blijkt in elk geval dat (i) een kort geding vonnis niet voldoende is voor de notaris om te kunnen verklaren

dat de verjaring hem genoegzaam is aangetoond, (ii) dat alle betrokken partijen door de notaris zouden moeten worden geraadpleegd en (iii) dat enkel identieke getuigenverklaringen ook niet voldoende zijn om te kunnen verklaren dat de verjaring genoegzaam is aangetoond.

Wanneer men ervoor kiest de verkrijging in te schrijven door middel van een notariële verklaring op grond van art. 37 lid 1 onder c Kadasterwet, zal de bewaarder van het kadaster de inschrijving in het register van voorlopige aantekeningen boeken. Om de inschrijving alsnog in de openbare registers te krijgen, moet een rechterlijke procedure worden geëntameerd. Het verdient naar onze mening in de regel de voorkeur om voor een bodemprocedure te kiezen in plaats van een kort geding procedure. Alhoewel wij onderkennen dat de wet dit strikt genomen niet eist, zal de rechter zich (teneinde de vordering te kunnen beoordelen) naar onze mening in beginsel een oordeel moeten vormen over de vraag of inderdaad is verkregen door verjaring. Aan verjaringsvraagstukken ligt vaak een ingewikkeld feitencomplex ten grondslag en een bodemprocedure leent zich naar onze mening beter voor zo een beoordeling.

Naar ons idee zou het vonnis van de bodemrechter eveneens moeten worden ingeschreven in de openbare registers. Als de procedure zodanig wordt ingestoken dat een verklaring voor recht wordt gevorderd dat de eiser door verjaring eigenaar is geworden, wordt de verjaring uiteindelijk ingeschreven in de openbare registers wanneer deze vordering wordt toegewezen. Dat levert in zekere zin een mengvorm op tussen registratie krachtens art. 3:17 lid 1 aanhef onder e BW jo. 25 Kadasterwet enerzijds en art. 3:17 lid 1 onder i BW jo. 34 en 37 lid 1 c Kadasterwet anderzijds. Toch kan deze in steek de voorkeur hebben. Het voordeel van een bodemprocedure op basis van de c-grond ten opzichte van een bodemprocedure op grond van art. 25 Kadasterwet, is dat met de procedure op de c-grond wordt bewerkstelligd dat de verjaringspretentie in een vroeg stadium blijkt uit de openbare registers.

45. Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR7518.

46. HR 29 november 2002, NJ 2003/78.

Inschrijving van een 3D-visualisatie in de openbare registers van het kadaster

mr. B.H.J. Roes¹

1. Aanleiding

In de laatste decennia zijn er steeds meer bouwtechnieken toegepast, waarbij de verschillende delen van gebouwen niet op een rechttoe rechtaan manier met elkaar verbonden zijn, maar op ingenieuze wijze met elkaar verweven lijken te zijn. Voorbeelden hiervan zijn bijvoorbeeld het gebouw De Rotterdam te Rotterdam of het stationsgebouw Arnhem Centraal. Architectonische hoogstandjes, die vervolgens ook in een juridisch jasje gegoten moeten worden. Het resultaat is dat in notariële akten steeds meer driedimensionale situaties worden beschreven, waarin zakelijke rechten worden gecombineerd om personen in ruimtes boven en onder elkaar rechten te geven.² De raadpleegbaarheid van deze constructies in de basisregistratie kadaster vormt hierbij een behoorlijke uitdaging.

Het Kadaster heeft onder andere tot taak (art. 3 Kadasterwet) het houden van de openbare registers en het houden en bijwerken van basisregistratie kadaster. De openbare registers vinden hun grondslag in art. 3:16 BW. Het zijn registers waarin feiten die voor de rechtstoestand van registergoederen van belang zijn, worden ingeschreven. De openbare registers bevatten brondocumenten: notariële akten, maar ook beslagen, rechterlijke uitspraken, besluiten van overheden en andere van belang zijnde documenten. De derdenbeschermingsbepalingen van artt. 3:23 tot en met 3:26 BW verwijzen steeds naar deze openbare registers en niet naar de hierna te noemen Basisregistratie Kadaster (BRK).

De BRK fungeert als toegangspoort voor de openbare registers doordat de delen en nummers van de brondocumenten worden ontsloten. De BRK is een registratie gebaseerd op kadastrale percelen. De BRK bevat zowel het administratieve deel als de kadastrale kaart. Deze percelenregistratie waarborgt dat voldoende bepaalbaar is op welk object de eigendom, of een beperkt zakelijk recht betrekking

heeft. Zodra de rechtstoestand van een deel van het perceel gaat afwijken, zal dit deel van het perceel opnieuw gespecificeerd moeten worden: het specialiteitsbeginsel. In de praktijk betekent dit dat de landmeter van het kadaster partijen uitnodigt aan hem een nieuwe grens aan te wijzen. Deze aangegeven grens wordt door hem ingemeten en vervolgens zal de perceelsvorming worden voltooid in de BRK. Dit is gecodificeerd in art. 6 van het Kadasterbesluit.

De kadastrale percelen zijn tweedimensionaal. Het registreren van rechten met een derde dimensie vormt dan ook op voorhand een uitdaging. Toepassing van het specialiteitsbeginsel bij een combinatie van rechten heeft tot gevolg dat als het object van bijvoorbeeld een opstalrecht horizontaal verder uitsteekt dan het daaronder gelegen recht, dit op maaiveldniveau (i.e. het grensvlak tussen de ondergrond en de lucht) tot uitdrukking wordt gebracht door de vorming van een apart kadastraal perceel. Zo'n perceel is heel vaak een klein zogenaamd 'postzegelperceeltje'. Dit leidt bij complexen waar veel rechten gecombineerd worden tot een behoorlijke hoeveelheid postzegelperceeltjes, die op zichzelf weer leiden tot een onoverzichtelijke situatie op de kadastrale kaart.

Een van de gevolgen hiervan is dat de BRK een zo gefragmenteerde situatie weergeeft dat moeilijk te vatten is wat nu in werkelijkheid de omvang van de objecten is waarop de in de notariële akte gevestigde rechten betrekking hebben. De BRK laat slechts de contour op maaiveldniveau zien in combinatie met alle op dat perceel geregistreerde rechten en geeft geen verdere duidelijkheid. De gebouwde of aangelegde werkelijkheid is in zo'n situatie hard nodig om de rechtstoestand die de basisregistratie kadaster weergeeft te begrijpen. Tussen de betrokken partijen zal de rechtstoestand wellicht nog wel voldoende duidelijk zijn, maar geldt dit ook nog als een nieuwe koper of financier betrokken raakt? Of dreigt deze af haken vanwege de beperkte kenbaarheid van zijn toekomstige rechten?

Een ander probleem is dat het geautomatiseerde systeem waarop de basisregistratie kadaster wordt gevoerd een systeemtechnische beperking kent bij het combineren van rechten op hetzelfde perceel. Dit is slechts beperkt mogelijk. Gelukkig wordt het systeem van de BRK naar alle waarschijnlijkheid dit

1. mr. B.H.J. Roes is werkzaam als hoofdbewaarder van het kadaster en de openbare registers.
2. Zie hierover tevens H.D. Ploeger, 'Modern Vastgoed: de vastgoedjurist in de eenentwintigste eeuw', WPNR 2009/6781 & A. Mes, 'Juridische aspecten van de invoering van een driedimensionaal kadaster in Nederland', WPNR 2012/6951.

jaar vernieuwd en zal dit probleem dan tot het verleden behoren.

Er is een aantal gevallen bekend waarbij de bewaarders van het kadaster en de openbare registers hun toevlucht hebben genomen tot het plaatsen van teksten in de BRK, om zo een nadere duiding van de rechtstoestand te geven, ter vergroting van het vertrouwen van derde-raadplegers. De omgeving van het Oosterdokseiland in Amsterdam is hier een voorbeeld van, maar er zijn meer gevallen bekend.

2. Onderzoek in praktijk gebracht

Het Kadaster heeft enige jaren geleden opdracht gegeven aan TU Delft (Ploeger/Stoter) om te onderzoeken of de raadpleegbaarheid van rechten in driedimensionale situaties verbeterd kan worden. Hierbij werd als uitgangspunt genomen dat gekeken wordt wat de mogelijkheden zouden zijn binnen de bestaande regelgeving. De TU Delft gaf het advies om te werken met de inschrijving van een 3D-pdf-bestand aan de akte, welke een visualisatie zou geven van de objecten (of wellicht beter gezegd: het volume van de objecten) waarop de diverse rechten betrekking hebben. Op basis van dit 3D-pdf-bestand zou een aantekening gemaakt kunnen worden in de BRK. Naar aanleiding van dit advies werden tests met dergelijke bestanden uitgevoerd die positief verliepen. Maar zou dit ook in de praktijk tot uitvoering gebracht kunnen worden?

De eerste uitdaging was het vinden van een project waarbij sprake was van een combinatie van rechten en waarbij belanghebbenden de meerwaarde zouden zien van een 3D-inschrijving. Dit project werd gevonden in Delft, waar de gemeente Delft bezig was het gebied van de spoorzone te ontwikkelen. Er was een oud spoortraject dat op een viaduct dwars door de stad liep. Hiervoor in de plaats werd een ondergrondse spoortunnel aangelegd. Ook het nieuwe NS-station met winkels en fietsenstalling en het stadskantoor van de gemeente Delft zouden in de spoorzone gerealiseerd worden. Bij dit project waren naast de gemeente Delft ook de NS en ProRail betrokken.

In de aanvangsfase van het project werd via voorlichting de meerwaarde van 3D-visualisatie aan partijen getoond. Deze reageerden enthousiast maar stelden ook een duidelijke voorwaarde: de 3D-inschrijving mocht de voortgang van het project niet belemmeren. Er zou een oplossing gekozen moeten worden die hieraan voldeed. Vervolgens moest een notariskantoor gevonden worden dat bereid was aan de noviteit mee te werken en de inschrijving te verzorgen. Hiertoe werd advocaten- en notariskantoor Houthoff te Amsterdam bereid gevonden.

In juridische zin werd het project zo vormgegeven, dat naast de eigendom er vijf opstalrechten gevestigd werden. De volumes van deze (met eigendom erbij) zes rechten zouden dus in de 3D-visualisatie weergegeven moeten worden. Deze rechten hielden het volgende in (met daarbij vermeld de gerechtigde):

1. Eigendom; percelen spoorzone en stadskantoor

(gemeente Delft);

2. Opstalrecht spoortunnel (Railinfratrust B.V.);
3. Opstalrecht reizigersgebied (Railinfratrust B.V.);
4. Opstalrecht stationshal (NS Vastgoed B.V.);
5. Opstalrecht lift en trap (NS Vastgoed B.V.); en
6. Opstalrecht installaties (NS Vastgoed B.V.).

De bewaarders van het kadaster gaven aan tot inschrijving van het 3D-pdf-bestand en toepassing in de BRK te zullen overgaan mits aan de volgende randvoorwaarden was voldaan:

- De gevisualiseerde rechten in 3D moeten volledig in overeenstemming zijn met de rechtsverhouding in 2D, zoals deze uit de BRK zal blijken. Het 3D-bestand moet als oogmerk hebben om te verduidelijken, niet om discrepantie te veroorzaken. Vandaar dat het in overeenstemming zijn met de 2D-registratie essentieel is.
- Inschrijving van de 3D-visualisatie kan – idealiter – gelijktijdig met de akte waarin de rechtsstructuur tot stand komt, maar mag ook aanvullend. Er zijn geen bezwaren om het object van rechten in een aanvullende akte met een ‘nadere visualisatie’ aan te geven. De grondslag voor inschrijfbaarheid van deze aanvullende akte is gelegen in art. 3:17 lid 1 sub a BW. Dit artikel stelt dat inschrijfbaar zijn de rechtshandelingen (...) die in enig ander opzicht voor die rechtstoestand van belang zijn. Aan dit criterium wordt voldaan als partijen een nadere duiding van het object van de eerdere rechtshandeling zijn overeengekomen. Voor inschrijving is voorts van belang dat in de aanvullende akte wordt verwezen naar het deel en nummer van de eerdere inschrijving (art. 19 Kadasterwet).
- Er wordt een 3D-complex (een verzameling percelen) gedefinieerd waarop de 3D-visualisatie van toepassing is, met een duidelijke buitengrens. De percelen waarop de 3D-visualisatie betrekking heeft, zullen als afzonderlijke verzameling percelen worden aangeduid met een 3D-complexnummer. Deze wijze van registratie is vergelijkbaar met de situatie dat bij een appartementsrechtensplitsing de verzameling grondpercelen worden voorzien van een gezamenlijke complexaanduiding. Daarnaast mag er geen onduidelijkheid bestaan ten opzichte van aangrenzende percelen. Daar waar een gedeelte van een perceel in het 3D-complex zou moeten vallen zal dit moeten worden afgesplitst. Zo wordt gewaarborgd dat duidelijk is waar de 3D-visualisatie wel en niet op van toepassing is. De grens aan de buitenkant van het 3D-complex zal dus altijd ingemeten moeten worden.
- De 3D-visualisatie is niet bedoeld voor de visualisatie van persoonlijke rechten of economische eigendom, maar is uitsluitend beperkt tot zakelijke rechten. De openbare registers zijn niet bedoeld voor de inschrijving van persoonlijke rechten, zie in dit verband ook art. 3:17 lid 2 BW. Door deze randvoorwaarde wordt de actualiteitswaarde van het in te schrijven bestand geborgd. Het bestand zal dan alleen deze actualiteitswaarde kunnen verliezen door een inge-

schreven stuk in de openbare registers welke voor iedereen raadpleegbaar is.

- Alle zakelijke rechten in een 3D-complex moeten gevisualiseerd worden. Het is niet mogelijk om bepaalde zakelijke rechten binnen een 3D-complex uit te sluiten van visualisering. De gedachte hierbij was dat met het 3D-bestand een volledig overzicht van zakelijke rechten gegeven wordt en dat er geen zoekplaatje ontstaat waarbij de BRK naast het 3D-bestand gehouden moet worden om te kijken welke rechten wel en niet gevisualiseerd zijn. Hierbij is nog wel de nuance te maken dat het moet gaan om zakelijke rechten die in de BRK geregistreerd zijn. Erfdienstbaarheden worden daarin niet geregistreerd en hoeven dus niet per se in de visualisatie te worden opgenomen (het mag wel).

In overleg met de notaris werd ervoor gekozen om vestiging van de diverse rechten eerst te laten plaatsvinden en later met een aanvullende akte de nadere visualisatie van rechten in te schrijven. De oorspronkelijke vestiging van rechten en daaraan voorafgaande uitmeting van percelen vond dus op traditionele wijze plaats. Qua registratie was dit niet de meest ideale optie, er ontstond nu binnen het 3D-complex toch weer een fragmentatie van kadastrale percelen. Maar gezien alle belangen en de randvoorwaarde betreffende de voortgang van het project was het in dit geval de meest optimale oplossing. Pas nadat dit achter de rug was zou door de notaris een aanvullende akte worden opgesteld met toevoeging van een 3D-pdf-bestand.

Uiteraard was een van de belangrijkste vragen wat nu precies de juridische waarde is van een dergelijk 3D-pdf-bestand. Zou het bindend worden ter bepaling van wat er geleverd is? Of dient het bestand als nadere oriëntatie te worden gebruikt. In dit geval dringt zich de vergelijking op met de traditionele situatie in 2D, dat een tekening wordt toegevoegd bij de akte. Deze tekening vormt deel van het ingeschreven stuk en is dus – normaliter – mede bepalend voor de bedoeling van partijen. De derdenbeschermingsbepalingen van artt. 3:23 tot en met 3:26 BW zijn evenzeer van toepassing op deze tekening. Echter de tekening kan nooit meer waarde hebben dan uit de tekening zelf blijkt.³ Een tekening zonder exacte maatvoering en feitelijk waarneembare objecten kan alleen schetsmatig, ter oriëntatie van partijen betekenis hebben. Het kan niet worden gebruikt om de exacte ligging van een grens af te leiden. Het wordt pas anders als een tekening met exacte maatvoering wordt ingeschreven.

In dit geval werd afgesproken het 3D-pdf-bestand min of meer te beschouwen als een dergelijke schetsmatige tekening maar dan in 3D. Het diende puur ter oriëntatie van partijen en zou geen privaatrechtelijke beperking van de bouwrechten van de eigenaar mogen impliceren. Dit werd door partijen uitdrukkelijk in de notariële akte verklaard.

Bovendien werd verklaard dat indien de weergave van het 3D-bestand zou afwijken van de beschrijving van de rechten in de eerdere vestigingsakte, de beschrijving in de eerdere vestigingsakte zou prevaleren.

De 3D-weergave werd vervaardigd door de architect die het project heeft ontworpen.⁴ Hij maakte gebruik van de 3D-ontwerptekeningen (in 3D CAD) die hij reeds had vervaardigd en de 2D-tekeningen die bij de vestigingsakten waren ingeschreven. Ten slotte werden deze door hem in 3D-pdf gezet.

Bij het vervaardigen van het 3D-pdf-bestand bleek dat zich vragen voordeden waar je normaliter niet mee te maken hebt. Zo waren er 2D-tekeningen waarop een draaideur te zien was. Deze liep niet door tot het plafond. Doordat een 3D-visualisatie werd gemaakt werd plotseling de vraag gesteld van wie de ruimte boven de draaideur was. De gehele 3D-visualisatie moest immers gedekt worden door alle volumes, er mochten geen gaten ontstaan. Zou er geen enkel opstalrecht van toepassing zijn dan zou de conclusie moeten zijn dat de betreffende ruimte deel uitmaakte van het volume representerende de eigendom. Ergo: er moest een expliciete keuze worden gemaakt van wie de ruimte boven de draaideur was.

Een andere vraag die aan de orde kwam was hoe de opstalrechten weergegeven moesten worden die betrekking hebben op technische installaties, liften en trappen. Wordt deze weergave beperkt tot het fysieke object of behoort ook het volume bij het fysieke object dat nodig is voor de normale uitoefening van het recht (het lopen over de trap) weergegeven te worden. Het gaat hierbij uitdrukkelijk niet om de vraag of een opstalrecht voor een volume gevestigd kan worden. Maar het gaat om de vraag hoe de weergave is van een opstalrecht dat een ‘werk’ (formulering art. 5:101 BW) betreft. Uiteindelijk werd ten behoeve van een duidelijke kenbaarheid van het opstalrecht de keuze gemaakt om het fysieke object inclusief volume weer te geven.

Toen de 3D-visualisatie vervaardigd was, werd het bestand door de bewaarder van het kadaster in depot genomen. Vervolgens vond inschrijving van de aanvullende akte plaats waarbij de notaris verwees naar het door de bewaarder toegekende depotnummer. Akte en depotbestand werden vervolgens gezamenlijk ingeschreven op 21 maart 2016.

Om in de BRK kenbaar te maken dat sprake is van een 3D-visualisatie werd aan de betrokken kadastrale percelen een objectaantekening toegevoegd welke luidde: “Object betrokken bij 3D complexaanduiding 3D2016001”. De rechten werden voorzien van een indexnummer. De 1 voor eigendom, en de indices 2 tot en met 6 voor de afzonderlijke opstalrechten. Bij het recht waaraan index 1 werd toegekend, werd vervolgens aangegeven ‘3D-weer-

3. Zie ook R. Roes, ‘Meten is weten’, WPNR 2008/6750.

4. Zie hiervoor ook H.D. Ploeger, J.E. Stoter, R. Roes & E. Van der Riet, ‘Eerste 3D-registratie in Nederlands Kadaster’, *Geo-info* 2016-5.

gave aanwezig 3D201601 index 1'. Een soortgelijke aantekening met vermelding van de respectievelijke indices werd ook bij de andere rechten getoond. De in de BRK geregistreerde indices corresponderen met de indices die in de akte werden genoemd, alsmede in de aan te akte toegevoegde 3D-visualisatie. De afzonderlijke volumes in de 3D-visualisatie kunnen zowel per index afzonderlijk als in gezamenlijkheid worden weergegeven.

3. Evaluatie en lessons learned

Na het overleg vond een evaluatie van de inschrijving plaats met een groep stakeholders vanuit wetenschap, notariële praktijk en kadaster.

Op basis daarvan werd een aantal 'lessons learned' geformuleerd:

- De 3D-registratie zou onderdeel van het registratieproces moeten zijn vanaf het begin. Dit om te voorkomen dat het risico ontstaat op discrepantie van de 2D-tekeningen met het 3D-pdf-bestand. Het in overeenstemming brengen van het 3D-pdf-bestand met de 2D-tekeningen had namelijk een behoorlijke tijdsinvestering gevergd in het project.
- Het 3D-pdf-bestand biedt een betere manier om aan het specialiteitsbeginsel te voldoen dan traditionele meting van 'postzegelperceeltjes' binnen complexen. De huidige kadastrale regelgeving stelt meting van deze perceeltjes weliswaar verplicht, maar wellicht kan dit op termijn worden gewijzigd zodanig dat daar waar een 3D-visualisatie aanwezig is deze meting achterwege kan blijven. Als de kosten van de tekening lager zijn dan de meetkosten zou hiermee ook een financieel voordeel voor de opdrachtgever ontstaan.
- Het 3D-pdf-bestand is een goed 3D-model. Maar dit is niet voldoende om een goede raadpleegbaarheid te kunnen faciliteren. Het gaat vooral ook om het realiseren van een goede userinterface. Er is voor vervolprojecten een betere userinterface nodig dan in Delft is gehanteerd. Deze betere userinterface zou er voor moeten zorgen dat een raadpleger van het bestand intuïtief door het model kan gaan, zonder eerst systeemkennis nodig te hebben.
- Het doorvoeren van wijzigingen van een 3D-CAD-ontwerp naar een 3D-pdf-bestand zijn te bewerkelijk. Er is een gestandaardiseerde workflow nodig om last minute wijzigingen snel te kunnen doorvoeren. Dit is een randvoorwaarde om inschrijving van een 3D-pdf-bestand tegelijkertijd met de vestiging van rechten te kunnen doen.

Daarnaast zijn er nog diverse onderzoeksvragen:

- Zou de 3D-weergave separaat raadpleegbaar moeten zijn op de kadastrale kaart? En zo ja, wat betekent dit dan vervolgens voor de juridische waarde van de tekening. Bij de huidige inschrijving had het 3D-bestand de juridische waarde vergelijkbaar met een schets zonder exacte maatvoering. In hoeverre past dit bij weergave op de kadastrale kaart (die een globale ligging van percelen bevat zonder exacte maatvoering). Krijgt het dan de waarde die een ingetekende voorlopige kadastrale grens heeft?

En vindt dan achteraf wel of geen verificatie plaats om de gegevens exact te maken?

- In hoeverre kan de 3D-visualisatie een nadere invulling zijn van het specialiteitsbeginsel? Wat betekent dit voor het verifiëren van het 3D-bestand. Moet er geverifieerd worden zodat exacte maatvoering aanwezig is of is de globale weergave voldoende om kenbaarheid te genereren. Men zou zich immers ook goed kunnen afvragen wat de waarde is van de exacte maatvoering en grenzen van de postzegelperceeltjes binnen complexen.
- Moeten alle zakelijke rechten worden gevisualiseerd in een complex of is dit ter vrije keuze van de notaris?
- Zou bij bepaalde combinaties van rechten inschrijving van een 3D-bestand verplicht gesteld kunnen worden? Of moet dit ter vrije keuze van partijen blijven?
- Wat als er nieuwe zakelijke rechten worden gevestigd op een perceel dat deel uitmaakt van een 3D-complex? Kan bijhouding van het 3D-pdf-bestand dan verplicht worden gesteld of is het 3D-bestand te beschouwen als momentopname waarbij later rechten kunnen ontstaan naast het 3D-bestand? Bij deze vraag zal ook de zichtbaarheid op de kadastrale kaart meegenomen moeten worden. Bij een zichtbare visualisatie op de kadastrale kaart ligt het voor de hand dat de meest actuele volledige situatie getoond wordt.

4. Ten slotte

Hoewel het fenomeen 3D-inschrijving lang beperkt was tot een academische exercitie heeft inmiddels in de praktijk ook een daadwerkelijke inschrijving van een 3D-bestand plaatsgevonden. Dit leverde inzicht op maar daarnaast kwamen ook nieuwe onderzoeksvragen naar boven. Deze zouden beantwoord moeten worden alvorens een brede uitrol van 3D-inschrijvingen kan plaatsvinden. Een van de belangrijkste lessons learned voor het Kadaster is dat een betere userinterface nodig is, alvorens een nieuwe inschrijving te kunnen doen. Aan deze userinterface wordt momenteel gewerkt, zodra deze beschikbaar is zal het Kadaster nieuwe pilots kunnen uitvoeren. Daarnaast zijn er meer interessante ontwikkelingen te bespeuren op 3D-gebied in aanpalende domeinen. Het toenemend belang van ruimtelijke ordening boven en onder de grond leidt ertoe dat verschillende gemeenten inmiddels 3D-Omgevingsvisies en 3D-omgevingsplannen ontwikkelen. Ook moet in de komende jaren het registreren en viewen van 3D-omgevingsdocumenten worden ondersteund in het kader van de Omgevingswet. Wellicht zijn er voordelen te halen als het mogelijk wordt om in 3D een relatie te leggen tussen de 3D-registratie in de openbare registers/BRK en het 3D-omgevingsbestand. Zo zouden diverse ontwikkelingen elkaar kunnen versterken, waardoor uiteindelijk de raadpleger van de openbare registers en BRK op zijn wenken wordt bediend.

Het Schoolstraatarrest

Een houvast bij de ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten en bij van de bestemming afwijkend gebruik van het privégedeelte

mr. N. Rijssenbeek¹

1. Inleiding

Het Schoolstraatarrest van de Hoge Raad van 7 april 2000² staat bij menig appartementsrechtjurist vooraan in het geheugen. In die zaak ging het om een appartementsrechteigenaar (notaris Wortelboer) die door middel van een bouwkundige ingreep, te weten een interne trapverbinding, twee aan hem in eigendom toebehorende boven elkaar gelegen appartementen verbond. In de daarop volgende procedure tussen de eigenaar en de VvE lag onder meer de vraag voor of in verband daarmee op de voet van art. 5:139 BW niet de akte van splitsing zou moeten worden gewijzigd. De Hoge Raad overwoog: *“dat de enkele verandering in de constructie of de omgrenzing van een appartement niet voldoende is om aan te nemen dat wijziging van de akte van splitsing en de daarbij behorende tekening is vereist. Dat is pas het geval, indien er in de constructie of de omgrenzing van het appartement een verandering wordt aangebracht die gevolgen heeft voor de goederenrechtelijke situatie. Het gaat er immers blijkens de strekking van de wettelijke regeling om dat de akte van splitsing een juist beeld geeft van de omvang van de rechten en verplichtingen van de appartementsgerechtigden. Daaruit volgt dat alleen feiten die voor de goederenrechtelijke toestand van een appartement van belang zijn, tot wijziging van de akte van splitsing en de daarbij behorende tekening kunnen noodzaken. Daarom kan de juistheid van de stelling van X dat de veranderingen van tijdelijke aard zijn en zich lenen voor herstel niet buiten beschouwing worden gelaten”*. En in een zaak waarbij sprake was van algehele renovatie van een winkelcentrum en de bouw van een gehandicaptencomplex onmiddellijk naast het appartementencomplex maar op buiten de splitsing gelegen grond overwoog de Hoge

Raad bij arrest van 24 mei 2002³ op identieke wijze: *“Voor een wijziging in de constructie of omgrenzing van (delen van) het gebouw die gevolgen heeft voor de goederenrechtelijke situatie is een wijziging van de akte van splitsing en de daarbij behorende tekening vereist”*. Een belangrijke conclusie van deze arresten was dat waar sprake is van wijzigingen in het appartement, (1) die persoonlijk van aard zijn, (2) die tevens tijdelijk zijn en (3) bovendien voor herstel vatbaar zijn, die wijzigingen in beginsel geen goederenrechtelijke gevolgen hebben en dus wijzigingen zijn waarvoor de vergadering bij besluit toestemming kan verlenen.

2. De ingebruikgeving van de gemeenschappelijke gedeelten en het wettelijk kader

Vooropgesteld zij dat de wet geen bepaling kent waarbij de wijze van het gebruik van de gemeenschappelijke gedeelten en zaken wordt geregeld. De wet bepaalt in art. 5:112 lid 1 sub b BW slechts dat het reglement een regeling omtrent het gebruik (en het beheer en onderhoud) van die gedeelten en zaken moet inhouden. Alle modelreglementen van de KNB hebben ook een dergelijke bepaling. In het huidige modelreglement van de KNB van 2017 (MR 2017) is dat art. 21. Dit artikel is voor wat betreft de eerste twee leden grotendeels gelijk aan art. 4 MR 1973, art. 11 MR 1983/1992 en art. 20 MR 2006. Een verschil is gelegen in de vervanging van het begrip ‘medegenot’ (MR 1973) in het begrip ‘medegebruik’, waaraan vermoedelijk de wens van een modernisering van het taalgebruik ten grondslag ligt en welke begrippen dus naar mijn oordeel inhoudelijk gelijk zijn. Een ander verschil bestaat uit de toevoeging in de laatste twee reglementen van de verplichting de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen ten aanzien van de gemeenschappelijke gedeelten en zaken, welke verplichting in de oudere

1. mr. N. Rijssenbeek is werkzaam als adviseur bij Rijssenbeek Advocaten.
2. HR 7 april 2001, ECLI:NL:HR:2000:AA5405.
3. HR 24 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9619.

reglementen in art. 10 lid 2 MR 1973, art. 17 lid 2 MR 1983 en art. 18 lid 2 MR 1992 staat.

Het derde lid van art. 21 MR 2017 is nieuw. Dat lid gaat over ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten en/of zaken aan een eigenaar of een derde. Daarover hieronder meer.

Het vierde lid is eveneens nieuw. Dit lid borduurt voort op het vorige lid en sluit aan bij art. 23 lid 6 MR 2017, geen ingebruikgeving indien zulks in strijd komt met de geldende veiligheidsvoorschriften en/of de doorgangen via de gemeenschappelijke ruimten worden belemmerd.

Naast de verplichting als in bovengenoemd art. 5:112 lid 1 sub b BW genoemd, biedt art. 5:128 lid 1 BW de vergadering de mogelijkheid regels te stellen betreffende het gebruik van de gemeenschappelijke gedeelten, voor zover het reglement daarvoor geen bepalingen bevat. De vergadering heeft uiteraard die mogelijkheid slechts indien het vergaderbesluit niet in strijd komt met reeds in het reglement opgenomen gebruiksbepalingen.

3. De exclusieve ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten

Regelmatig komt het voor dat de VvE op de voet van het genoemde art. 5:128 lid 1 BW desgevraagd geen bezwaar heeft en toestemming verleent aan een eigenaar om een deel van de gemeenschappelijke gedeelten exclusief in gebruik te nemen. Voorbeelden zijn het exclusieve gebruik van een gemeenschappelijke berging of zolderruimte, van een gemeenschappelijke parkeerplaats (voor het parkeren van een scootmobiel of een elektrische auto of aan een minder valide eigenaar), van een gemeenschappelijke tuin, van een gemeenschappelijke dak (aan een telecomprovider of ten behoeve van een dakterras) enzovoort.

Met name in het WPNR heeft men in het verleden van gedachten gewisseld over de vraag op welke wijze het exclusieve gebruik van een gemeenschappelijke ruimte aan een van de eigenaren of aan een derde kan worden toegekend. Daarbij was het met name de vraag, of de VvE bij (gewoon) besluit daar überhaupt toestemming voor kon verlenen en of daarvoor vanwege goederenrechtelijke redenen niet ook de akte van splitsing en splitsingstekening moesten worden gewijzigd. Immers leert art. 5:106 lid 4 BW dat in het aandeel in de eigendom van het gebouw met grond is begrepen de bevoegdheid tot het uitsluitend gebruik van de privégedeelten alsmede het medegebruik van de overige (lees: gemeenschappelijke) gedeelten en zaken. Het exclusieve gebruik beperkt zich in die zin dus louter tot de privégedeelten. Exclusief gebruik van gemeenschappelijke gedeelten is in die zin niet mogelijk en daarvoor kan de vergadering dus ook geen toestemming verlenen.⁴

4. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/343.

Holtman wees er in dit verband op, dat met de in art. 21 MR 2017 genoemde regeling (gelijk aan de regelingen in voorgaande MR's) werd bedoeld dat gemeenschappelijke gedeelten en zaken niet anders dan door de gezamenlijke eigenaars kunnen en mogen worden gebruikt.⁵ Met deze exclusieve ingebruikgeving aan de gezamenlijke eigenaars was niet te verenigen een permanente ingebruikgeving aan anderen dan aan de eigenaars tezamen, bijvoorbeeld aan één eigenaar. Volgens Holtman moest dus worden voorkomen, dat bij een eventuele ingebruikgeving aan één eigenaar de rechtspositie van de overige appartementseigenaars zou worden geschaad. Holtman en reeds eerder Creutzberg, waren dus met name op dogmatische gronden van oordeel dat de hier bedoelde exclusieve ingebruikgeving niet mogelijk was, omdat het hier niet een zogenaamde daad van beheer, maar een daad van beschikking betrof en daarvoor de medewerking van alle appartementsgerechtigden noodzakelijk was en dus ook een wijziging van de akte van splitsing.⁶ Onder verwijzing naar art. 5:120 lid 1 BW was ook Mertens (Mon. BW B29 nr 31) die mening toegegaan, op de grond dat iedere eigenaar recht heeft op medegebruik van de gemeenschappelijke gedeelten.⁷ Naar mijn oordeel houdt die wetsbepaling evenwel iets anders in: de eigenaar is bevoegd zijn privégedeelte zelf te gebruiken of aan een ander in gebruik te geven, met inbegrip van het hem toekomende medegebruik van de gemeenschappelijke gedeelten. Deze regel regelt dus niet meer of minder dan dat de eigenaar ook bijvoorbeeld de entree, de galerij, de parkeerkelder, et cetera zelf mag gebruiken of aan een ander in gebruik mag geven. Deze regel houdt dus niet in dat de eigenaar een onbeperkt recht heeft alle gemeenschappelijke gedeelten vrijelijk te gebruiken.

Verdoes Kleijn zag in exclusieve ingebruikgeving van een deel van de gemeenschappelijke gedeelten aan een van de eigenaars daarentegen geen enkel probleem, mits de ingebruikgeving opzegbaar was, tijdelijk van aard en voor herstel vatbaar.⁸ Dezelfde visie had Van Velten, ook hij zag geen enkel probleem in bijvoorbeeld het verhuren van een gemeenschappelijke berging aan een van de eigenaars.⁹ Verhuur impliceert immers een overeenkomst, welke opzegbaar en dus tijdelijk en bovendien op de persoon is gericht.¹⁰

Tegen de achtergrond van deze discussie overwoog vervolgens het Hof Amsterdam bij uitspraak van 18 juni 1998¹¹: "dat waar het in de akte als zodanig aangeduide parkeerterrein tot het gemeenschappelijk eigendom behoorde, zulks betekent, dat iedere eigenaar daarvan het genot toekomt overeenkomstig de bestemming.

5. Holtman, WPNR 1995-6171.

6. Creutzberg, WPNR 1988-5871.

7. Mertens, *appartementen*, (Mon. BW), 2006.

8. Verdoes Kleijn, WPNR 1991-6029.

9. Van Velten, WPNR 1994-6153.

10. O.a. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/466.

11. Hof Amsterdam, 18 juni 1998, ECLI:NL:GHAMS:1998:AD2895.

Als die bestemming parkeerterrein is, dan gaat het om een parkeerterrein ten behoeve van de gezamenlijke eigenaars.(...).Het besluit tot toewijzing van het gebruik aan bepaalde eigenaars, met uitsluiting van anderen, betekent derhalve wel degelijk een wijziging in de bestemming. Daartoe was de vereniging niet bevoegd." Het hof was dus van oordeel dat het hier een zogenaamde daad van beschikking betrof, welke de bevoegdheid van de VvE te boven ging. Volgens het hof diende daarvoor de akte van splitsing te worden gewijzigd. Naar mijn oordeel gaat de door het hof toegepaste redenering niet op. Het door het hof aangehaalde eerste lid van art. 11 MR 1992 (het huidige art. 21 lid 1 MR 2017) houdt immers niet meer in dan dat iedere eigenaar de gemeenschappelijke gedeelten en zaken overeenkomstig de daaraan in de akte gegeven bestemming moet gebruiken. Dus bijvoorbeeld de centrale entree niet als opslagplaats voor meubels. Of de gemeenschappelijke parkeerplaats niet als vuilstort van tuinafval. In die zin legde het hof de klemtoon onjuist. De klemtoon ligt niet op de woorden dat iedere eigenaar het gebruik cq het genot heeft van (alle) gemeenschappelijke gedeelten en zaken, maar op de woorden dat iedere eigenaar die gemeenschappelijke gedeelten en zaken overeenkomstig de bestemming moet gebruiken. Dat volgt ook uit de structuur van de tekst als geheel en de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen daarvan. De tweede volzin van het huidige art. 21 lid 1 MR 2017 heeft immers als onderwerp de gehoudenheid van de eigenaar en de gebruiker om met betrekking tot de gemeenschappelijke gedeelten en zaken de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen. Ook daar gaat het dus om de wijze van gebruik van de gemeenschappelijke gedeelten en zaken door de eigenaars. Weliswaar bepaalt de derde volzin van dit artikel dat de eigenaar en gebruiker geen inbreuk mogen maken op het recht van medegebruik van de andere eigenaars en gebruikers, doch het reglement voegt in het volgende lid reeds toe dat het reglement ook kan bepalen dat aan een bepaald appartementsrecht niet het medegebruik van zekere gemeenschappelijke gedeelten en/of zaken is verbonden. Vervolgens noemt het reglement in de daaropvolgende artikelen een reeks van mogelijkheden tot individueel gebruik van gemeenschappelijke ruimten, mits de vergadering daar toestemming voor geeft. Van het plaatsen van een scootmobiel in de gemeenschappelijke entree tot het ophangen van een schilderijtje in de gemeenschappelijke gang. Allemaal bepalingen die dat medegebruik rechtstreeks beperken. Die derde volzin van art. 21 lid 1 MR 2017 kan dus niet anders worden uitgelegd zodanig dat geen inbreuk mag worden gemaakt op het recht van medegebruik, indien die andere eigenaars en gebruikers in redelijkheid en billijkheid een beroep op dat medegebruik toekomt. Ook het derde lid is dus een gedragsbepaling zijdens de eigenaars. Een en ander impliceert overigens dat een ingebruikgeving van een gemeenschappelijk gedeelte niet nietig maar vernietigbaar is. In voorkomend geval zal de rechter dus bepalen, of aan de andere eigenaars en gebruikers een recht van medegebruik toekomt. Een

tweede reden waarom deze uitspraak van het hof heden ten dage niet meer op gaat, ligt besloten in de in de inleiding genoemde arresten van de Hoge Raad van 7 april 2000 en van 24 mei 2002.¹² In die arresten heeft de Hoge Raad de scheidslijn tussen daden van beheer en daden van beschikking duidelijk gesteld: de verenigingsrechtelijke grens van het toegelatene wordt door de VvE eerst overschreden, zodra en indien zij handelingen verricht en/of voor handelingen toestemming geeft, welke niet tijdelijk en persoonlijk van aard zijn en zich niet voor herstel lenen. Laatstbedoelde handelingen zijn te beschouwen als daden van beschikking, welke aan de gezamenlijke eigenaars zijn voorbehouden en welke buiten de bevoegdheid van de VvE liggen. Een ingebruikgeving van een gemeenschappelijke ruimte als hier bedoeld c.q. een verhuurconstructie als hier bedoeld, welke naar haar aard tijdelijk, persoonlijk en voor herstel vatbaar is, is daarentegen een daad van beheer, welke binnen de bevoegdheid van de VvE valt. Nog een derde kanttekening verdient de uitspraak van het hof Amsterdam. Uit het commentaar op deze uitspraak van Oostveen-ter Braak en Holtman moet worden afgeleid dat exclusieve ingebruikgeving als in die uitspraak bedoeld niet hetzelfde is als verhuur van een gemeenschappelijke ruimte.¹³ Volgens hen valt verhuur zonder meer binnen de grenzen van de term 'beheer' en kan de vergadering daarover zonder beletsel een beslissing nemen en daarvoor toestemming verlenen. Deze uitleg van de uitspraak van het hof valt alleen dan te begrijpen, indien wordt aangenomen dat het hof als feit heeft aangenomen dat het de bedoeling van de VvE was de gemeenschappelijke ruimte – in casu het parkeerterrein – permanent en exclusief aan een derde in gebruik te geven, dus met de bedoeling daaraan goederenrechtelijke werking te geven. Een beschikkingsdaad dus. Die feitelijke situatie lees ik niet in de uitspraak. Naar mijn oordeel was er sprake van verhuur van het parkeerterrein aan een derde. Die overeenkomst was dus persoonlijk en tijdelijk van aard en tevens voor herstel vatbaar. Sinds de genoemde arresten van de Hoge Raad moet in ieder geval als vaststaand worden aangenomen dat het door de vergadering toestemming verlenen voor het sluiten van een dergelijke overeenkomst als een daad van beheer moet worden aangemerkt. Al met al is men heden ten dage in het algemeen van oordeel dat ingebruikgeving van een gemeenschappelijke ruimte als hier bedoeld (gelijk aan verhuur) niet op dogmatisch/juridische problemen kan stuiten.

De conclusie van het een en ander is dat de modelreglementen niet tot gevolg hebben dat slechts aan de eigenaars gezamenlijk delen van de gemeenschappelijke gedeelten en/of zaken ter beschikking kunnen worden gesteld maar dat ingebruikgeving aan een eigenaar of een derde door de vergadering kan en mag worden toegestaan, mits uitdrukkelijk

12. HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5405 en HR 24 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9619.

13. Holtman, WPNR, 1998-6330.

aan die toestemming de voorwaarden zijn verbonden dat zulk een gebruik persoonlijk (1) en tijdelijk/opzegbaar (2) is en bovendien voor herstel vatbaar (3), dat wil zeggen dat na beëindiging van dat gebruik de situatie in de oorspronkelijke situatie kan worden terug gebracht. In gelijke zin Tummers en (NTBR februari 2012).¹⁴ In voorkomend geval dient de VvE er dus op toe te zien dat met de betrokken eigenaar of derde een schriftelijke (gebruiks-)overeenkomst wordt gesloten, waarin in ieder geval de voornoemde elementen goed tot uitdrukking komen.

Van belang kan het zijn, dat de hier bedoelde gebruiksovereenkomst niet voor een te lange termijn wordt aangegaan. Mertens wijst er terecht op dat op de voet van art. 39 lid 1 MR 1983/1992 en art. 38 lid 1 MR 1973 door de VvE geen overeenkomsten mogen worden aangegaan, die zich over een langere periode dan een jaar uitstrekken (met uitzondering van overeenkomsten met betrekking tot het normale beheer).¹⁵ Indien een van die reglementen van toepassing is en voor zover de hier bedoelde overeenkomst tot ingebruikgeving niet onder het normale beheer zou vallen, dient er dus op toegezien te worden, dat deze overeenkomst wordt aangegaan voor een periode niet langer dan een jaar (zodanig met de bepaling, dat zij voor steeds weer een jaar als verlengd wordt beschouwd, indien geen opzegging heeft plaatsgevonden). Duidelijkheidshalve: De MR's 2006 en 2017 kennen een dergelijke bepaling niet.

4. Het gebruik van de gemeenschappelijke gedeelten 'volgens de bestemming'

Naast het formele verweer op dogmatische gronden wordt regelmatig in zaken van verweer tegen een exclusieve ingebruikgeving verwezen naar het slot van de eerste zin van art. 21 lid 1 MR 2017: iedere eigenaar heeft het gebruik van de gemeenschappelijke gedeelten 'volgens de bestemming daarvan'. Hierboven werd reeds uiteengezet dat deze bepaling overeenkomstig de structuur van de tekst als geheel maar ook in acht nemende de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen daarvan zodanig moet worden uitgelegd, dat de klemtoon niet ligt op de woorden dat iedere eigenaar het gebruik c.q. het genot heeft van (alle) gemeenschappelijke gedeelten en zaken, maar op de woorden dat iedere eigenaar die gemeenschappelijke gedeelten en zaken overeenkomstig de bestemming moet gebruiken. De gemeenschappelijke gedeelten en zaken moeten dus overeenkomstig de (in de akte van splitsing genoemde) bestemming door de eigenaars worden gebruikt.

Het begrip 'bestemming' behoeft voorts nadere toelichting. Volgens de Dikke van Dale heeft dit begrip

twee betekenissen. Enerzijds kan de bestemming inhouden datgene waartoe iets is bestemd, bijvoorbeeld een privégedeelte is bestemd om te bewonen, een keuken is bestemd om daar te koken en een parkeerkelder is bestemd om daar auto's te parkeren. Het gaat bij deze soort van bestemming dus over de bestemming van een ruimte. Deze soorten van bestemming staan in de regel met zoveel woorden in de akte van splitsing vermeld, zie art. 27 lid 1 MR 2017. Anderzijds geeft de tweede betekenis de functie van een zaak weer, bijvoorbeeld deze erfafscheiding is bestemd en heeft de functie om het erf af te scheiden, deze waterleiding is bestemd en heeft de functie om water te transporteren, deze liftinstallatie is bestemd en heeft de functie om personen of goederen per lift te verplaatsen en tot slot dit dak is bestemd en heeft de functie om het gebouw wind- en waterdicht te maken. Deze laatste soort van bestemming doet zich met name voor bij roerende zaken (daaronder begrepen zaken die door natrekking onroerend zijn geworden), terwijl zij maar zelden in de akte van splitsing wordt opgenomen. Duidelijkheidshalve wordt toegevoegd dat de opsomming van de gemeenschappelijke zaken in art. 11 MR 2017 geen opsomming van de bestemming van die zaken in eerstgenoemde betekenis is. Een voorbeeld om het een en ander te verduidelijken. Binnen de begrenzing van een privégedeelte is een dak gelegen. Het privégedeelte heeft de bestemming wonen dat heeft tot gevolg dat de betrokken eigenaar bevoegd is zich in de ruimte op het dak te bevinden en die ruimte naar eigen goeddunken in te richten. Het dak zelf houdt daarnaast de bestemming, dat wil zeggen de functie van dak (water- en windkering). De bestemming van de ruimte op het dak en de bestemming van het dak zelf zijn dus twee te onderscheiden zaken. In het geval van (exclusieve) ingebruikgeving van een gemeenschappelijke ruimte op het dak is vervolgens de situatie niet anders, ook dan is er verschil tussen de bestemming van de ruimte en de bestemming/functie van het dak. Het enige onderscheid is dat meestal in de akte van splitsing geen bestemming van de ruimte op het dak is opgenomen. In dat geval is er dus geen bestemming van die ruimte. Er is dan enkel de bestemming/functie van het dak.

Tegen het licht van het vorenstaande kan de rechtspraak op dit onderdeel beter worden begrepen. Bij uitspraak van het Hof Amsterdam van 24 juli 2008 overwoog dit hof ten aanzien van de vraag of een exclusieve ingebruikgeving van een gedeelte van het gemeenschappelijk dak ten behoeve van het hebben en houden van een dakterras in strijd was met de bestemming dak: "Daarenboven is het niet zo, dat door het aanbrengen van het dakterras de bestemming 'dak' verloren gaat. Het tegendeel is het geval. Het desbetreffende gedeelte van de gemeenschappelijke eigendom oefent nog steeds de functie 'dak' uit en geen van de eigenaren is in het genot van die functie beperkt door het aanbrengen van het dakterras.(...) In een geval als het onderhavige, waarin aan een huurder van een appartement een persoonlijk recht wordt toegekend om een gedeelte van een gemeenschappelijke zaak te mogen gebruiken, zonder dat de oorspronkelijke

14. Tummers en Mertens, NTBR, februari 2012.

15. Mertens, in: *GS Zakelijke rechten*.

bestemming verloren gaat en zonder dat de eigenaars worden beperkt in het genot van de 'oorspronkelijke bestemming', is een wijziging van de akte van splitsing niet noodzakelijk. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat de verandering, dat wil zeggen: de aanleg van het dakterras, op zichzelf van tijdelijke aard is en zich leent voor herstel.¹⁶ In gelijke zin oordeelde het Hof Amsterdam 29 december 2009 in een zaak waarbij een stukje van het dak aan een telecomprovider werd verhuurd¹⁷ en de Rechtbank Den Bosch 16 juni 2010 in eveneens een dakterraszaak: *"In een geval als het onderhavige waarin de bestemming van het dak van de aanbouw onderdeel van de in gemeenschappelijk eigendom zijnde daken niet verloren gaat en geen van de appartementseigenaars wordt beperkt in het genot van die bestemming, is een wijziging van de splitsingsakte niet noodzakelijk (vgl. Hof Amsterdam, 24 juli 2008, WPNR 18 oktober 2008/6771). Daarbij is van belang dat het dakterras zonodig weer verwijderd kan worden en in zoverre van tijdelijke aard is. Gesteld noch gebleken is dat de VvE niet bevoegd was een zodanig persoonlijk gebruiksrecht aan [X] toe te kennen*".¹⁸ Zo ook Rechtbank Rotterdam sector kanton 5 juni 2015 (VvE Brugweg; zaaknr: 3155690; niet gepubliceerd) en Hof Arnhem-Leeuwarden in een uitspraak van 13 juni 2014 (VvE Marehof; ECLI:NL:GHARL:2014:4798) met de toevoeging: *"Van het geven van een uitsluitende gebruiksbevoegdheid als bedoeld in artikel 5:106 lid 4 BW aan één van de appartementsgerechtigden is hier geen sprake. De gegeven toestemming is in beginsel binnen de grenzen van artikel 2:8 BW ook herroepbaar*".¹⁹

5. Geen inbreuk op het recht van medegebruik van de andere eigenaars

Hierboven werd reeds aangegeven dat in het MR 1973 is bepaald, dat de eigenaar geen inbreuk mag maken op het recht van medegenot van de andere eigenaars en dat vanaf het MR 1983 vanwege daar genoemde redenen het woord 'medegenot' is vervangen door 'medegebruik'.

Mertens legt daaraan de gedachte ten grondslag dat iedere eigenaar het genot van de gemeenschappelijke gedeelten heeft, mits dat met het recht van de overige eigenaars is te verenigen.²⁰ Dat betekent dat art. 21 lid 1 MR 2017 in beginsel niet inhoudt dat iedere eigenaar altijd zonder meer en onbeperkt recht heeft op gebruik van alle gemeenschappelijke gedeelten en zaken. Wettelijk heeft de vergadering immers de mogelijkheid gebruiksregels met betrekking tot de gemeenschappelijke gedeelten en

zaken te maken en dus ook het genot van de individuele eigenaar met betrekking tot de gemeenschappelijke gedeelten en zaken te beperken, mits de belangen van de overige eigenaars niet onredelijk in het gedrang komen. Indien zulks wel het geval is of dreigt te worden, staat de betrokken eigenaar de weg van vernietiging van het betreffend besluit open.

De vraag of de belangen van de overige eigenaars niet onredelijk in het gedrang komen kwam onder meer aan de orde in een uitspraak van de Rechtbank Den Haag: *"Het aan iedere eigenaar toekomende recht om het gemeenschappelijk dak overeenkomstig zijn bestemming te gebruiken, wordt door plaatsing van een airco unit op geen enkele wijze ingeperkt. X heeft althans niets aangevoerd waaruit volgt dat de plaatsing van de airco unit een inbreuk oplevert op het recht van medegebruik van de andere eigenaren. De beslissing over plaatsing valt dan ook binnen de grenzen van de beheerbevoegdheid van de VvE*".²¹ De Rechtbank Amsterdam oordeelde bij uitspraak van 18 oktober 2006 (VvE Zocherstraat; ECLI:NL:RBAMS:2006:BA1268) enigszins duidelijker: *"Evenmin zijn de andere eigenaren dan C op andere wijze feitelijk beperkt in het genot van de betreffende gemeenschappelijke eigendom. Die andere eigenaren hadden immers niet het genot van het betreffende gedeelte in de functie van dakterras; het was er simpelweg niet*".²² In hoger beroep was de uitspraak van het Hof Amsterdam: *"[A] c.s. doen een beroep op voornoemd artikel 4 (MR 1973), waarin is bepaald dat de eigenaar of gebruiker bij het gebruik van een gemeenschappelijk gedeelte of een gemeenschappelijke zaak geen inbreuk mag maken op het recht van medegenot van de andere eigenaars of gebruikers. Deze bepaling ziet er op dat [C], bij het gebruik van het dakterras, geen inbreuk mag maken op het genot van de functie 'dak' van de overige eigenaars. Dat [C] zodanige inbreuk zou maken, is gesteld noch gebleken*".²³ Op gelijke wijze Rechtbank Oost-Brabant sector kanton 23 juli 2015 (VvE Jheronimus; zaaknr: 4161719; niet gepubliceerd) ten aanzien van het plaatsen van een dak ventilator op het gemeenschappelijke dak.²⁴ Deze uitspraken leren dus dat het enkel stellen dat er recht van medegenot – lees: medegebruik – van de andere eigenaars en gebruikers is, onvoldoende is om rechtens een beroep op dat recht te kunnen doen. Daar zal dus meer voor moeten worden gedaan. Degene die zich op deze bepaling wenst te beroepen zal zeker ook moeten stellen en aantonen dat die andere eigenaars en gebruikers feitelijk dat recht van medegebruik/medegenot kunnen uitoefenen en dat zij feitelijk door bedoelde exclusieve ingebruikgeving in hun gebruik/genot zijn of worden geschaad.

16. Hof Amsterdam, 24 juli 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BM4525.

17. Hof Amsterdam, 29 december 2009, RVR 2010, 108 (VvE Schuitengat).

18. Rechtbank Den Bosch, 16 juni 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN2276.

19. Rechtbank Rotterdam 5 juni 2015, zaaknummer 3155690, niet gepubliceerd (VvE Brugweg) en Hof Arnhem-Leeuwarden, 13 juni 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4798.

20. Mertens, *GS Zakelijke rechten*.

21. Rechtbank Den Haag, 30 juni 2005, zaaknummer 479335, niet gepubliceerd (VvE Panorama Zoestdijk).

22. Rechtbank Amsterdam, 18 oktober 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:BA1268.

23. Hof Amsterdam, 24 juli 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BM4525.

24. Rechtbank Oost-Brabant, 23 juli 2015, zaaknummer 4161719; niet gepubliceerd (VvE Jheronimus).

6. De relatie met artikelen 23 en 24 MR 2017

Voor wat betreft de hier bedoelde ingebruikgeving zij voorts – nogmaals – verwezen naar de artt. 23 en 24 MR 2017. Die artikelen betreffen de bevoegdheid van de vergadering toestemming te geven voor gebruik door een eigenaar of derde van een gemeenschappelijke ruimte. Zoals het plaatsen van voertuigen of andere voorwerpen in de gemeenschappelijke ruimte (art. 23 lid 1 MR 2017), het plaatsen van een scootmobiel in de gemeenschappelijke ruimte (art. 23 lid 4 MR 2017) het gebruiken van de gemeenschappelijke wanden en/of plafonds voor het ophangen van schilderijen en decoraties en dergelijke (art. 23 lid 2 MR 2017), de aan- of opbouw in of aan de gemeenschappelijke gedeelten en zaken (art. 24 lid 1 MR 2017), het aanbrengen van uitstekende voorwerpen aan het gebouw en het plaatsen van allerlei installaties op het gebouw (art. 24 lid 3 MR 2017) alsmede ook het aanbrengen van veranderingen in de gemeenschappelijke gedeelten en zaken (art. 22 lid 4 MR 2017). Al deze toestemmingen impliceren automatisch dat de betrokken eigenaar een exclusief gebruiksrecht heeft. Dat kan ook niet anders, nu toch bij een dergelijk gebruik niet tegelijkertijd een andere eigenaar toestemming kan verkrijgen om op dezelfde locatie een voertuig of ander voorwerp te plaatsen, een schilderij of andere decoratie op te hangen, een op- of aanbouw te plegen, een uitstekend voorwerp te bevestigen, een installatie te plaatsen, et cetera. Daar komt bij dat art. 24 MR 2017 bepaalt dat de toestemming voor al deze exclusieve ingebruikgevingen ook weer door de vergadering kan worden ingetrokken. De in de reglementen genoemde exclusieve ingebruikgeving ligt dus geheel in lijn met de hierboven genoemde uitspraken van de Hoge Raad. Zij is mogelijk, omdat zij persoonlijk en tijdelijk van aard is en bovendien voor herstel vatbaar.

Hof Amsterdam zocht in een dakterraszaak ook aansluiting bij de hier boven genoemde regeling van art. 12 en 13 MR 1983 (het equivalent van de artt. 23 en 24 MR 2017): *“Ingevolge artikel 5:126 lid 1 BW voert de VvE het beheer over de gemeenschap. Uit het bepaalde in artikel 5:128 lid 1 BW volgt, dat de vergadering van eigenaars van de VvE bevoegd is om ten aanzien van de gemeenschappelijke gedeelten regels te stellen. Die regels zijn (onder meer) in de artikelen 12 en 13 van het splitsingsreglement gesteld. Uit die artikelen leidt het hof af, dat de vergadering van de VvE toestemming kan geven tot gebruik van gemeenschappelijke gedeelten en deze toestemming ook kan intrekken...”* Het hof voegde nog toe: *“Het hof zou tot een ander oordeel zijn gekomen wanneer uit de feiten zou volgen dat het besluit van de VvE ertoe strekt om op permanente basis een gemeenschappelijke gedeelte van het gebouw exclusief aan de eigenaar in gebruik te geven. Dan zou immers geen sprake meer zijn van beheer, als bedoeld in artikel 5:126 BW, maar van een beschikkingshandeling,*

waartoe de vergadering van de VvE niet bevoegd is”.²⁵ Zie in gelijke zin ook Rechtbank Amsterdam in kort geding en de daarop volgende bodemprocedure.²⁶

7. Tijdelijkheid van de ingebruikgeving

Men moet er zich goed van bewust zijn dat de exclusieve ingebruikgeving van een gemeenschappelijke ruimte ook weer ongedaan moet kunnen worden gemaakt. Hierboven werd reeds het voorbeeld gegeven van de bouw van een garage door een eigenaar op een aan hem exclusief in gebruik gegeven parkeerplaats. Ook zodra en indien er bijvoorbeeld sprake is van de bouw van een nieuwe verdieping op het gebouw is er sprake van een beschikkingsdaad, waarvoor een gewoon vergaderbesluit niet volstaat. Ook in dat geval is dus wijziging van de akte en de tekening noodzakelijk. In lijn daarmee oordeelde de Rechtbank Amsterdam: *“er is hier sprake van een structurele wijziging die niet van tijdelijke aard is en die zich niet of nauwelijks voor herstel leent. Gelet op het voorgaande vergt de beoogde dakopbouw een wijziging van de splitsingsakte”*.²⁷ En ook Rechtbank Haarlem.²⁸ Hetzelfde geldt voorts in het geval er sprake is van het uitgraven van een kelder onder het gebouw.²⁹ In die zaak had de eigenaar van een privégedeelte op de begane grond een kelder onder dat privégedeelte uitgegraven en vervolgens de toegang en het gebruik van die kelder aan zijn privégedeelte toegevoegd. Vast stond dus dat die kelder niet op de splitsingstekening voorkwam. De kantonrechter: *“Aan de hand van de splitsingsakte en bij het ontbreken van een tekening als bedoeld in die akte waarbij duidelijk is aangegeven dat de kelder behoort bij een appartement van verzoekers, is de kantonrechter van oordeel dat de kelder niet behoort bij dat appartement. Ook telt de kelder niet mee in de bepaling van de breukdelen, anders dan men zou verwachten als de kelder wel tot een appartement behoort. De kelder behoort dus tot de gemeenschappelijke eigendom van de eigenaren en geen van verzoekers is als appartementseigenaar gerechtigd tot het uitsluitend gebruik van de kelder”*. De betreffende eigenaar bleef derhalve geen andere keus de overige eigenaars te vragen in een wijziging van de akte met tekening te bewilligen en op zijn kosten daaraan medewerking te verlenen. Een ander voorbeeld is ten slotte de uitspraak van de Rechtbank Alkmaar.³⁰ Ook daar werd overwogen dat voor de realisatie van een relevante nieuwe

25. Hof Amsterdam, 6 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3066.

26. Rechtbank Amsterdam, 5 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1356) en Rechtbank Amsterdam, 16 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2531.

27. Rechtbank Amsterdam, 24 september, zaaknummer 1150524, niet gepubliceerd (VvE Sporenburg).

28. Rechtbank Haarlem, 17 maart 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC8928.

29. Rechtbank Middelburg, 21 juli 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BP8562.

30. Rechtbank Alkmaar, 1 oktober 2008, zaaknummer 265265, niet gepubliceerd (VvE Beneluxplein).

goederenrechtelijke situatie (in casu bebouwing van een gemeenschappelijke passage ten behoeve van een appartementseigenaar) niet kan worden volstaan met een vergaderbesluit maar dat een wijziging van de akte van splitsing daarvoor noodzakelijk is.

8. De ingebruikgeving van de gemeenschappelijke gedeelten in het MR 2017

In het huidig reglement is de voormelde rechtspraak goed terug te vinden. Niet alleen bepaalt het nieuwe derde lid van art. 21 MR 2017 dat de vergadering kan besluiten aan een eigenaar of een derde gemeenschappelijke gedeelten en/of zaken al dan niet tegen een vergoeding in gebruik te geven, ook houdt dit artikel in dat in dat geval de andere eigenaars en gebruikers niet onredelijk mogen worden beperkt in het gebruik en genot van hun privégedeelten en/of hun medegebruik van de gemeenschappelijke gedeelten en zaken en voorts dat de ingebruikgeving ook weer moet kunnen worden beëindigd. In zoverre geldt deze regeling dus ook voor de oudere reglementen.

Nieuw in het MR 2017 is de toevoeging dat een dergelijk besluit tot ingebruikgeving met een gekwalificeerde meerderheid van stemmen als bedoeld in art. 56 lid 5 MR 2017 moet worden genomen en dat aan die ingebruikgeving een overeenkomst ten grondslag moet liggen. Deze twee voorwaarden gelden dus niet voor de oudere reglementen.

Het vierde lid van art. 21 voegt toe dat bij ingebruikgeving art. 23 lid 6 onverkort van toepassing is. Dat betekent – kort gezegd – dat het ook bij ingebruikgeving als hier bedoeld in beginsel niet is toegestaan de doorgang via de gemeenschappelijke ruimten te belemmeren.

Het slot van het derde lid van art. 21 bepaalt ten slotte dat aan de toestemming tot ingebruikgeving ook andere voorwaarden kunnen worden verbonden. Uit de rechtspraak valt af te leiden dat ook de voorwaarden dat de toestemming slechts persoonlijk is (en dus niet geldt voor bijvoorbeeld diens gebruiker of rechtsoptvolger) en dat het in gebruik gekregen gedeelte na beëindiging van de ingebruikgeving weer in de oorspronkelijke staat moet worden teruggebracht van elementair belang zijn. Deze voorwaarden zouden dus in ieder geval ook aan toestemming voor de ingebruikgeving moeten/kunnen worden verbonden.

9. De bestemming van de privégedeelten

Een veelbesproken ander onderwerp is de bestemming van het privégedeelte en het afwijkend gebruik daarvan.

Art. 5:111 BW bepaalt dat de akte van splitsing onder meer moet inhouden een nauwkeurige omschrijving van de privégedeelten. De wet bepaalt niet dat de akte tevens de bestemming van de privégedeelten moet vermelden. Het reglement bepaalt

vervolgens in het hier te bespreken art. 27 lid 1 MR 2017 – identiek aan art. 9 lid 2 MR 1973, art. 16 lid 4 MR 1983, art. 17 lid 4 MR 1992 en art. 25 lid 1 MR 2006 – dat de eigenaars en gebruikers verplicht zijn het privégedeelte te gebruiken overeenkomstig de daaraan nader in de akte gegeven bestemming. Die opgave staat in de regel ook in de akte. Bijvoorbeeld de bestemming ‘woning’ of ‘bedrijfsruimte’. Maar ook de bestemming ‘tuin’, ‘parkeerplaats’ en ‘recreatieruimte’ komen voor.

De tweede volzin van dit artikel houdt in dat de vergadering toestemming kan verlenen voor een van de in de akte van splitsing genoemde bestemming afwijkend gebruik. Ook dit artikel is identiek aan art. 9 lid 2 MR 1973, art. 16 lid 4 MR 1983, art. 17 lid 4 MR 1992 en art. 25 lid 1 MR 2006, zij het dat in het huidig reglement is toegevoegd dat een afwijkend gebruik sowieso niet in strijd mag zijn met een in de akte opgenomen verbod.

10. Een van de bestemming afwijkend gebruik

Anders dan met betrekking tot de bestemming van de gemeenschappelijke gedeelten en zaken bepaalt art. 27 lid 1 MR 2017, dat een gebruik van een privégedeelte, dat afwijkt van de in de akte genoemde bestemming, met toestemming van de vergadering dus wel mogelijk is. Op zich is deze ongeclausuleerde regel enigszins bijzonder. Een toestemming voor een van de bestemming afwijkend gebruik lijkt immers vaak feitelijk toestemming voor een afwijkende bestemming. Toestemming voor het gebruik van een tot woning bestemd appartement als bedrijfs- of kantoorruimte, tast anders gezegd meestal onherroepelijk de in de akte opgenomen bestemming van het appartement aan, of wel het toestemmingsbesluit wijzigt in feitelijke zin die bestemming. Die gewijzigde ‘bestemming’ is vervolgens niet meer in de openbare registers terug te vinden.

Een voorbeeld van een dergelijke situatie is te lezen in de uitspraak van het Hof Amsterdam.³¹ In deze zaak stond vast dat overeenkomstig de bepalingen van het reglement de bestemming van het beneden appartement die van bedrijfsruimte en de bestemming van de bovenwoning die van woonruimte was. Nadat de eigenaar van het beneden appartement van de gemeente een bouwvergunning had verkregen voor het veranderen van het beneden appartement in een woning, verzocht die eigenaar de vergadering toestemming om het beneden appartement ook als woonhuis te mogen gebruiken. De eigenaars van de bovenwoning – beroepshalve muzikanten – weigerden die toestemming, omdat bewoning van het beneden appartement een onaanvaardbare aantasting van hun woongenot zou betekenen. Daarbij stelden die eigenaars met name dat zij gewend waren om ‘s avonds en in het week-

31. Hof Amsterdam, 21 oktober 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG5973.

end ‘veel herrie te maken’. Het hof overwoog vervolgens dat de eigenaar van het beneden appartement aan de in de akte van splitsing genoemde bestemming was gebonden en dat op hem de verplichting rustte zijn beneden appartement “overeenkomstig de daaraan gegeven bestemming te gebruiken (...). Dat hij inmiddels beschikt over bouw- en sloopvergunning laat onverlet dat hij privaatrechtelijk gebonden is aan de verplichting het beneden appartement tot bedrijfsruimte te bestemmen en als zodanig te gebruiken. Dat hij bestuursrechtelijk de bevoegdheid heeft gekregen om aan dit appartement een andere bestemming te verbinden, is voor de vraag of X hem kan houden aan de bestemmingsverplichting zoals die oorspronkelijk in de splitsingsakte is weergegeven, niet van belang. Wel is van belang dat derden kunnen afgaan op de akte van splitsing, waarin de bestemmingsverplichting is vastgelegd (...). Dat een verandering van de bestemming voor X zal kunnen leiden tot een beperking van het woongenot en deze er derhalve een redelijk belang bij heeft dat de bestemming van het beneden appartement ongewijzigd blijft, is evenzeer aannemelijk”. In deze zaak kwam het uiteindelijk niet tot een afwijkend gebruik van de in de akte van splitsing genoemde bestemming van het privégedeelte. Het hof gaf daarbij veel waarde aan de in de akte genoemde bestemming, waarop derden mogen afgaan. Met andere woorden, als in de akte een bestemming wonen staat mag men als derde er op vertrouwen dat het betreffende privégedeelte ook als woning en niet als bedrijfsruimte wordt gebruikt en gebruikt blijft worden.

Toch geeft deze beschouwing van deze regeling in de praktijk blijkbaar niet veel problemen. Integendeel, van de mogelijkheid om de bestemming van een privégedeelte met een vergaderbesluit aan te passen wordt regelmatig gebruik gemaakt. De rechtspraak leert dat daarbij meestal alleen wordt gekeken naar de gevolgen van de verzochte bestemmingswijziging, bijvoorbeeld overlast en precedentwerking. Zie onder andere uitspraken van de Rechtbank Den Haag sector kanton 19 augustus 2009 (VvE Schoutenstraat; zaaknr: 318354; niet gepubliceerd) en het Hof Amsterdam 31 maart 2015 (VvE Spaarne III; zaaknr: 200.136.883; niet gepubliceerd) in een zaak waarbij een kantooruimte zonder toestemming van de vergadering was omgebouwd tot woning.³² Naar mijn oordeel deed in dit geval zeker de weging van het hof tekort aan het beginsel, dat iedere eigenaar zijn appartement dient te gebruiken overeenkomstig de bestemming daarvan en dat iedere (gegadigde) eigenaar op de inhoud van de akte van splitsing moet kunnen afgaan.

Maar er is ook andersluidende rechtspraak. Zo is er een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 29 januari 2013 (VvE Estrade I; zaaknr: 828016; niet gepubliceerd), waaruit valt te begrijpen, dat het toestemmingsbesluit niet met een gewone meerderheid van stemmen (sinds MR 2006 in

een vergadering, waarin besluiten zonder quorum kunnen worden genomen) maar met een versterkte meerderheid van vier vijfde van het totaal van de in de akte genoemde aantal stemmen – gelijk aan de in art. 5:139 lid 2 BW genoemde stemverhouding – zou moeten worden genomen. Deze zienswijze is weliswaar niet op de wet en/of het reglement gebaseerd, toch is voor deze gedachtegang veel te zeggen. Wat te zeggen immers van een besluit tot toestemming voor een afwijkend gebruik van een als ‘woning’ bestemd privégedeelte als kindercrèche, welk midden in de zomer, dus mogelijk met slechts een paar leden wordt genomen? De na het verstrijken van de in art. 5:130 BW genoemde vernietigingstermijn van vakantie terugkomende onderbuurman van de inmiddels boven hem gevestigde kindercrèche zal daar zeker niet blij mee zijn.

Belangrijker nog is de overweging van de Rechtbank Groningen sector kanton in zijn uitspraak van 21 augustus 1998, welke overweging is terug te vinden in het in de inleiding genoemde Schoolstraatarrest.³³ Het afwijkende gebruik waarop het verzoek ziet (kantooruimte in plaats van woning) moet worden beschouwd als een tijdelijk gebruik dat is gekoppeld aan de persoon. Deze gebruikswijziging valt daarom binnen de bevoegdheid van de vergadering en daar is geen wijziging van de akte voor nodig. De Hoge Raad formuleerde vervolgens zijn algemene zienswijze, dat de akte een juist beeld moet geven van de omvang van de rechten en verplichtingen van de appartementsgerechtigden en dat dus voor een wijziging in de constructie of in de omgrenzing van een privégedeelte niet kan worden volstaan met een meerderheidsbesluit van de vergadering maar een wijziging van de akte is vereist, tenzij (1) deze wijziging persoonlijk, (2) tijdelijk en (3) voor herstel vatbaar is. Welnu, het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft dezelfde zienswijze geformuleerd.³⁴ In die zaak verzocht een eigenaar toestemming aan de vergadering voor een van de bestemming afwijkend gebruik van een aantal appartementsrechten met de bestemming ‘berging’ als badkamer als mede van een aantal appartementsrechten met de bestemming ‘parkeerplaatsen’ als één afsluitbare fietsstalling. Onder verwijzing naar de uitspraak van de Hoge Raad van 7 april 2000 overwoog het hof, “dat de feitelijke situatie niet meer overeen kwam met de situatie als omschreven in de splitsingsakte. Het aantal bergingen is door de toevoeging aan een aantal woonappartementen verminderd. Dit geldt eveneens voor het aantal parkeerplaatsen door de samenvoeging van een aantal parkeerplaatsen tot fietsstalling. De aard en omvang van de wijzigingen brengen mee dat sprake is van permanente wijzigingen die niet eenvoudig kunnen worden ongedaan gemaakt (...). Het beroep van de VvE op artikel 25 stuit hierop af”. Die visie werd door het Hof Arnhem-Leeuwarden, in een zaak tussen nagenoeg dezelfde partijen met betrekking tot het voorstel

32. Rechtbank Den Haag, 19 augustus 2009, zaaknummer 318354, niet gepubliceerd (VvE Schoutenstraat) en het Hof Amsterdam, 31 maart 2015, zaaknummer 200.136.883, niet gepubliceerd (VvE Spaarne III).

33. HR 7 april 2001, ECLI:NL:HR:2000:AA5405.

34. Hof Arnhem-Leeuwarden, 30 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4809.

om van zeven separate parkeerplaatsen één fietsenstalling met een bouwkundige voorziening ter afsluiting te maken, herhaald: *“Daardoor is de begrenzing tussen de afzonderlijke parkeerplaatsen geheel verdwenen. Er is nog slechts sprake van een begrenzing (bestaande uit de buitenzijde van de fietsenstalling en de constructie ter afsluiting daarvan) tussen de zeven parkeervlakken tezamen en de overige algemene gedeelten en parkeervlakken op het parkeerterrein. Dat binnen de fietsenstalling nog een begrenzing is aangehouden, is gesteld noch gebleken. Aldus voldoet de feitelijke situatie niet meer aan de situatie op de tekening bij de akte van splitsing, waarop de zeven parkeervlakken zijn aangegeven als onderscheiden delen van het gebouw die elk als afzonderlijk geheel worden gebruikt en wordt de in de splitsingsakte (en de daaraan gehechte tekening) vastgelegde bestemming gewijzigd. Voor een dergelijke wijziging is een wijziging van de akte van splitsing vereist.”*³⁵ In dezelfde (afwijzende) lijn ligt de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden met betrekking tot een verzoek tot afwijkend gebruik als woningen waar de bestemming kantoor was en de uitspraak van het Hof Amsterdam daar ging het weliswaar niet over een verbouwing c.q. bouwkundige ingreep maar over een gebruik van een appartement met de bestemming wonen zonder daarin substantiële woonactiviteiten uit te oefenen, zoals kortstondige verhuur en/of B&B.³⁶ De nadruk ligt hier op de permanentheid van het andere gebruik. Dat wil zeggen, indien naast die andere activiteiten, zoals kortstondige verhuur en/of B&B, nog wel overwegend woonactiviteiten plaatsvinden, hetzij tussentijds hetzij gedeeltelijk, doet zich niet de situatie voor dat de akte van splitsing moet worden gewijzigd maar de situatie dat de vergadering toestemming voor dat andersoortige gebruik zal kunnen verlenen. Ten slotte nog de uitspraak van het Hof Den Bosch van 22 februari 2018 (VvE Paardenhei; zaaknr: 200.217.917; niet gepubliceerd), in welke zaak de bestemming ‘schoolruimte’ was en de eigenaar daarvan vervangende toestemming verzocht om die ruimte als opvang voor kinderen van 0-4 jaar te gebruiken: *“Het hof vermag niet in te zien waarom de verzochte machtiging niet persoonlijk (aan de stichting), tijdelijk (zo lang de gestelde behoefte bestaat) en vatbaar voor intrekking zou zijn. Het verzoek om vervangende machtiging kan derhalve als zodanig worden behandeld.”*³⁷ Waarna na afweging van de belangen over en weer (voornamelijk overlast aan de zijde van de overige bewoners) toch nog de gevraagde machtiging werd geweigerd. De conclusie moet zijn dat de vergadering inderdaad kan besluiten toestemming te verlenen voor een van de in de akte genoemde bestemming afwijkend gebruik, mits dat afwijkend gebruik (1)

persoonlijk, (2) tijdelijk en (3) voor (redelijk eenvoudig) herstel vatbaar is. Een verbouwing van een bedrijfsruimte tot woning of een permanent gebruik van een woning als hotel, B&B en/of Airbnb zal aan die vereisten in de regel niet voldoen. Daarvoor is dus een wijziging van de akte noodzakelijk.

Tegen het licht van het vorenstaande is het dus evenzeer niet mogelijk – indien de vergadering geen medewerking wenst te verlenen – de kantonrechter een vervangende toestemming als in art. 5:121 BW bedoeld te vragen voor een bestemmingswijziging. Dat gebeurde wel in een zaak waarover de Rechtbank Amsterdam en in hoger beroep het Hof Amsterdam zich bogen.³⁸ Niet de overweging dat een bestemmingswijziging slechts bij wijziging van de akte van splitsing zou kunnen geschieden, maar de overweging dat de VvE geen onredelijke gronden had aangevoerd om het betreffend verzoek af te wijzen (met name waardevermindering ten gevolge van commerciële exploitatie als hotel waar de bestemming wonen was) leidde in beide instanties tot afwijzing van het machtigingsverzoek. Naar mijn oordeel dus een onjuiste beslissing. Maar ook indien verzoeker de juiste weg zou hebben bewandeld en in casu geen bestemmingswijziging maar toestemming voor een van de bestemming afwijkend gebruik zou hebben verzocht, zou dat voor verzoeker niets hebben opgeleverd. De kantonrechter en het hof overwogen immers (terecht) dat de woonappartementen zouden worden verbouwd tot vijf hotelkamers, zodat vrees voor overlast (kantonrechter) en waardevermindering van de overige appartementen (kantonrechter en hof) gerechtvaardigd was. Doch ook die overwegingen zijn rechtens niet voldoende, een definitief van de bestemming afwijkend gebruik, welk niet gemakkelijk ongedaan kan worden gemaakt, kan met toestemming van de vergadering noch met vervangende machtiging van de kantonrechter worden gerealiseerd. Dat kan alleen middels een wijziging van de akte van splitsing.

Welnu: het spreekt voor zich dat de conclusies van voormelde rechtspraak gelden in het geval welk reglement ook van toepassing is. Dat betekent dat de in de akte genoemde bestemming van een privégedeelte in beginsel gelijk moet zijn aan het feitelijk gebruik van het privégedeelte. Evenals hierboven met betrekking tot ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten vermeld, is een afwijkend gebruik van de in de akte van splitsing genoemde bestemming slechts toegestaan, indien die wijziging van het gebruik geen gevolgen heeft voor de goederenrechtelijke situatie, dus persoonlijk, tijdelijk en voor (redelijk eenvoudig) herstel vatbaar is.

35. Hof Arnhem-Leeuwarden, 13 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6029.

36. Hof Arnhem-Leeuwarden, 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9204 en Hof Amsterdam 8 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3212.

37. Hof Den Bosch, 22 februari 2018, zaaknummer 200.217.917, niet gepubliceerd (VvE Paardenhei).

38. Rechtbank Amsterdam, 8 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1194 en Hof Amsterdam, 7 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:382.

11. Het van de bestemming afwijkend gebruik in het MR 2017

Voormeld uitgangspunt is in het huidig reglement grotendeels neergelegd in het derde lid van art. 27 MR 2017. Het houdt op de eerste plaats in dat een besluit tot toestemming voor van de bestemming afwijkend gebruik van het privégedeelte met een gekwalificeerde meerderheid van stemmen moeten worden genomen als in art. 56 lid 5 genoemd.

Bovendien kan een dergelijk besluit slechts worden genomen, indien dat gebruik niet in strijd is met het publiekrecht en/of eventuele verplichtingen jegens derden en de andere eigenaars en gebruikers daardoor niet onredelijk worden beperkt in het gebruik en genot van hun privégedeelte.

Op de derde plaats bepaalt het derde lid van art. 27 MR 2017 voorts nog dat aan dat afwijkend gebruik door de vergadering met een gekwalificeerde meerderheid van stemmen (met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid) een einde moet kunnen worden gemaakt en dat bij beëindiging binnen een termijn van drie en ten hoogste zes maanden na dat besluit het privégedeelte weer overeenkomstig de oorspronkelijke bestemming moet worden gebruikt. Deze regel impliceert dus dat de betrokken eigenaar op zijn kosten de eventueel door hem aangebrachte werken moet verwijderen en het privégedeelte zodanig moet herstellen dat de oorspronkelijke bestemming ook daadwerkelijk weer kan worden vervuld.

12. Conclusie

Het Schoolstraatarrest van de Hoge Raad van 7 april 2000 is anno 2018 nog springlevend. Bij de besluitvorming omtrent de ingebruikgeving van de gemeenschappelijke gedeelten als wel omtrent het van de bestemming afwijkend gebruik van het privégedeelte is de uit dit arrest te putten richtlijn evident van belang. Die zijn slechts mogelijk, indien dat gebruik persoonlijk en tijdelijk van aard is, terwijl op redelijk eenvoudige wijze de oorspronkelijke situatie weer kan worden bereikt.

Annotatie

Gerechtshof Den Haag 25 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2923

mr. M.L.J.H. Hahn en mr. D.W. Wumkes¹

1. De feiten

A is sinds begin 2001 eigenaar van een huis met erf, gelegen naast het perceel waarvan B sinds april 2000 eigenaar is en een (pedicure) praktijk aan huis voert. De rechtsvoorganger van A had de eigendom van de onroerende zaak die nu aan A toebehoort in 1996 verkregen; de rechtsvoorganger van B had de eigendom van de onroerende zaak die nu aan B toebehoort ook in 1996 verkregen. Beide rechtsvoorgangers hebben de eigendom verkregen op grond van akten de dato 1 februari 1996 (zowel tezamen als afzonderlijk 'Akte 1996') die voor wat betreft de nader te noemen erfdiensbaarheden inhoudelijk vergelijkbare bepalingen bevatten.

In de Akte 1996 was de volgende passage opgenomen: "Vestiging erfdiensbaarheden

Ter uitvoering van hetgeen tussen koper en verkoper bij het sluiten van de koopovereenkomst is overeengekomen, worden bij deze gevestigd en aangenomen over en weer ten laste en ten behoeve van [...], de erfdiensbaarheden, waardoor de feitelijke toestand van de woningen, behorende tot het blok woningen waarvan het verkochte deel uitmaakt, ten opzichte van elkaar rechtens gehandhaafd blijft, ook indien die toestand in strijd mocht zijn met het burennrecht. Onder bedoelde erfdiensbaarheden zijn in ieder geval begrepen:

- a. *de erfdiensbaarheid van waterloop en drop, de erfdiensbaarheid van gootrecht en de erfdiensbaarheid van afvoer van faecaliën en huishoudwater, alle uit te oefenen via de bestaande buizen, leidingen en goten;*
- b. *de erfdiensbaarheid tot het hebben en houden van kabels, leidingen en buizen ten dienste van: de ontvangst van radio en televisie, het telefoonverkeer en het verbruik van elektriciteit, water en gas;*
- c. *de erfdiensbaarheid van inbalking en inankering;*
- d. *de erfdiensbaarheid inhoudende het recht tot het gebruiken van de fundering van de op het lijdend erf gestichte woningen;*

- e. *de erfdiensbaarheid van uitzicht en licht, met dien verstande dat deze erfdiensbaarheid niet inhoudt een verbod voor de eigenaar van het lijdend erf zodanig op het lijdend erf te bouwen dat het scheppen van licht of het uitzicht voor het heersend erf verminderd wordt.*

Alle erfdiensbaarheden zullen moeten worden uitgeoefend volgens de bestaande toestand en op de voor de eigenaar(s) van het (de) lijdend(e) erf (erven) minst bezwarende wijze."

In de akten waarbij A en B de respectievelijke percelen hebben verkregen, is opgenomen dat kopers (A en B) ter zake van het verkochte alle lijdende erfdiensbaarheden, bijzondere lasten en beperkingen, afzonderlijke zakelijke rechten, kettingbedingen en kwalitatieve verplichtingen, blijkend uit eerdere akten ter zake van hun perceel hebben aanvaard.

B en bezoekers van B lopen gewoonlijk door de voortuin van A naar de ingang van het huis van B. Begin 2002 heeft notaris H aan A per brief verzocht mee te werken aan het vestigen van een recht van overpad ten behoeve van (het perceel van) B. In deze brief wordt gesteld dat de zinsnede "de erfdiensbaarheden, waardoor de feitelijke toestand van de woningen, behorende tot het blok woningen waarvan het verkochte deel uitmaakt, ten opzichte van elkaar rechtens gehandhaafd blijft, ook indien die toestand in strijd mocht zijn met het burennrecht." beoogde 'alle voorkomende situaties' te regelen, waaronder ook de situatie dat B naar diens perceel gaat over het perceel van A. Aangezien de voormelde zinsnede echter tot onduidelijkheden kan leiden, aldus diezelfde notaris, wordt voorgesteld een recht van overpad te vestigen.

A weigert hieraan mee te werken. Daarnaast heeft A geklaagd over overlast van klanten van de praktijk van B, welke vermeende overlast door A werd vastgelegd op camera. Buurtbemiddeling noch het verzoek aan de gemeente om handhavend op te treden, boden soelaas.

2. Rechtbank Den Haag

A heeft in eerste aanleg (onder meer) gevorderd: primair dat de rechtbank voor recht verklaart dat geen recht van overpad bestaat en dat aan B een verbod

1. Beiden werkzaam als kandidaat-notaris bij Nauta-Dutilh N.V. te Amsterdam.

wordt opgelegd om de voortuin van A te betreden; subsidiair een verklaring voor recht en een gebod aan B dat het recht van overpad niet anders mag worden uitgeoefend dan te voet, een en ander zoals aangegeven op een tekening, en bij afwijzing van het primair gevorderde, een verklaring voor recht dat het recht van overpad niet omvat het gebruik van de voortuin van A door klanten van de praktijk van B, met een gebod aan B ervoor te zorgen dat klanten zich niet op het perceel van A begeven.

B heeft in reconventie (onder meer) gevorderd: primair dat de rechtbank voor recht verklaart dat bij Akte 1996 een erfdiensbaaerheid is gevestigd om te voet al of niet met kruiwagen aan de hand, te fiets, met bromfiets, scooter of scootmobiel over het diene-nde erf (het perceel van A) van en naar de openbare weg te komen of te gaan dan wel dat een zodanige erfdiensbaaerheid op grond van verkrijgende verjaring op 2 februari 2006 (derhalve 10 jaar na dato Akte 1996) of daarna is ontstaan; subsidiair een recht van noodweg als bedoeld in art. 5:57 lid 1 BW te verlenen, voor een eenmalige vergoeding van EUR 1,-, zulks op een wijze zoals thans reeds gebruikelijk, mede omvattende het recht van bezoekers van (de woning/praktijk van) B om over het perceel van A van en naar de openbare weg te komen en gaan.

De rechtbank heeft vervolgens voor recht verklaard dat er geen recht van overpad bestaat ten behoeve van het perceel van B en ten laste van het perceel van A; daarnaast heeft zij het recht van noodweg verleend ten laste van en over het erf van A, ten behoeve van het erf van B, onder (onder meer) de navolgende voorwaarden: slechts om te voet al of niet met kruiwagen, fiets, scooter of bromfiets aan de hand en voorts met rolstoel of scootmobiel van en naar de openbare weg te komen en gaan, waarbij het recht door zakelijke bezoekers slechts mag worden uitgeoefend van maandag tot en met vrijdag van 08.00 uur - 18.00 uur, zulks tegen een eenmalige vergoeding van B aan A van EUR 1.000,-.

3. Klacht in hoger beroep

A heeft in hoger beroep (onder meer) gevorderd: primair dat het vonnis van de rechtbank wordt vernietigd voor zover een recht van noodweg is verleend voor zakelijke bezoekers en dat het hof voor recht zal verklaren dat de omvang van het recht van noodweg beperkt is op een wijze als voorgesteld en dat B geboden is voor naleving hiervan zorg te dragen; subsidiair te bepalen dat het recht van noodweg beperkt is van omvang voor de zakelijke bezoekers op een wijze als voorgesteld, dat B geboden is voor naleving hiervan zorg te dragen en dat B een verhoogde (schade)vergoeding aan A dient te voldoen.

B heeft (onder meer) gevorderd: primair dat het vonnis van de rechtbank wordt vernietigd (waarin onder meer is bepaald dat noch door vestiging noch door verkrijgende verjaring een recht van overpad is ontstaan) en voornoemde (reconventionele) vordering van B alsnog toe te wijzen.

4. Hof Den Haag

Bij de beoordeling van het gevorderde in hoger beroep onderscheidt het hof een aantal onderwerpen:

4.1. Erfdiensbaaerheid

4.1.1. Ontstaan van erfdiensbaaerheid door vestiging; uitleg notariële akte

Een erfdiensbaaerheid – een last waarmee een onroerende zaak (dienend erf) ten behoeve van een andere onroerende zaak (heersend erf) is bezwaard (art. 5:70 BW) – ontstaat door vestiging of verjaring (art. 5:72 BW). In het geval van vestiging, kan men in casu in ieder geval nader ingaan op twee vragen. Een eerste vraag is of door vestiging een erfdiensbaaerheid is ontstaan (stap 1). Een tweede vraag is (ervan uitgaande dat in ieder geval *een* erfdiensbaaerheid is gevestigd) wat de inhoud van deze erfdiensbaaerheid is (namelijk: mede recht van overpad?) (stap 2). Het toetsingskader voor stap 1 vloeit voort uit de wettelijke vereisten voor het vestigen van erfdiensbaaerheden, in combinatie met de regels van uitleg van een notariële akte zoals deze onder andere voortvloeien uit de jurisprudentie.² Het toetsingskader voor stap 2 wordt nader uitgewerkt in art. 5:73 BW. Dit artikel specificeert dat de inhoud van de erfdiensbaaerheid en de wijze van uitoefening worden bepaald door de akte van vestiging en, voor zover in die akte regelen daaromtrent ontbreken, door de plaatselijke gewoonte. Daarbij wordt nog gespecificeerd dat indien een erfdiensbaaerheid te goeder trouw geruime tijd zonder tegenspraak op een bepaalde wijze is uitgeoefend, in geval van twijfel over de inhoud en/of de wijze van uitoefening, deze wijze van uitoefening beslissend is.

Het hof voert in zijn overweging geen duidelijk te onderscheiden stapsgewijze toets uit en vangt aan met het herhalen van de regels uit de jurisprudentie inzake de uitleg van notariële akten.

Het hof benadrukt “*dat het bij de uitleg van een notariële akte aankomt op de in de akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling die moet worden afgeleid uit de in deze akte opgenomen bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte.*”³ Slechts gegevens die kenbaar zijn

- In het arrest Teijssen/Marcus (HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AH9168, NJ 2004/251) heeft de Hoge Raad de maatstaf die in het arrest Eelder Woningbouw/Van Kammen c.s. (HR 8 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8901, NJ 2001/350 m.nt. W.M. Kleijn) is gelegd voor uitleg van akten van levering, (vrijwel) herhaald voor de uitleg van akten van vestiging van erfdiensbaaerheden: “*Bij de beantwoording van de vraag of een erfdiensbaaerheid is gevestigd, komt het aan op de in de notariële akte [...] tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling die moet worden afgeleid uit de in deze akte gebezigde bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte.*”
- De objectieve maatstaf die wordt gehanteerd bij de uitleg van (in de openbare registers gepubliceerde)

voor derden uit of aan de hand van de in openbare registers (als bedoeld in art. 3:16 e.v. BW) ingeschreven akten zijn hierbij relevant.⁴ Met verklaringen van derden (die in dit geval niet in de akte zijn opgenomen), kan dan ook geen rekening worden gehouden, aldus het hof. De ratio van deze objectieve maatstaf is onder andere toegelicht door de Hoge Raad in het arrest Melber/Goede⁵, waarin (samengevat) werd overwogen 'dat deze is gelegen in het voor registergoederen geldende stelsel van publiciteit. Derden moeten kunnen afgaan op hetgeen in een – in de openbare registers ingeschreven – akte is vermeld ter zake van de overdracht van een registergoed of van de vestiging van een beperkt recht op een registergoed'.⁶

Het hof vervolgt met het oordeel dat de (enigszins algemene) passage uit de Akte 1996, luidende "de erfdiensbaarheden, waardoor de feitelijke toestand van de woningen, behorende tot het blok woningen waarvan het verkochte deel uitmaakt, ten opzichte van elkaar rechtens gehandhaafd blijft [...]", objectief uitgelegd, in het licht van de bewoording van de akte, niet meebrengt dat hieruit kan worden afgeleid dat (impliciet) een recht van overpad wordt gevestigd. Het hof benadrukt hierbij dat ook wanneer de feitelijke situatie mogelijk voldoende duidelijk maakt dat B gebruik moet maken van de tuin van A om de woning van B te bereiken⁷, dit niet meebrengt dat een recht van

overpad is gevestigd: dat gebruik kan immers ook gebaseerd zijn op een onderlinge afspraak of gedogen, aldus het hof. Het hof acht hierbij relevant dat de woorden 'recht van overpad' of woorden van vergelijkbare strekking ontbreken in de akte, de ligging en breedte van het pad niet is omschreven, het heersende noch dienende erf is gespecificeerd, noch de wijze waarop het pad zou mogen worden gebruikt.⁸ Bij deze overweging is opmerkelijk dat het hof daarmee in zijn beoordeling voor de beantwoording van de vraag óf de erfdiensbaarheid door vestiging tot stand is gekomen (stap 1) (facultatieve) elementen met betrekking tot de inhoud van de erfdiensbaarheid (stap 2) van belang lijkt te achten. Voor de vraag of het recht van overpad door vestiging tot stand is gekomen, lijkt namelijk door het hof getoetst te worden aan bijvoorbeeld het ontbreken van een omschrijving van de (precieze) ligging en de breedte van het pad, welke elementen geen wettelijke vereisen voor vestiging van een erfdiensbaarheid zijn.⁹ De voornoemde overweging kan relevant zijn voor de praktijk, waarin het opnemen van algemene clausules en bewoordingen ook bij de vestiging van erfdiensbaarheden niet ongebruikelijk is.

Overigens acht het hof nog relevant dat uit het erfdiensbaarhedenonderzoek door de Dienst voor het Kadaster en de Openbare Registers geen recht van overpad naar voren is gekomen. Het kan zeer betwifteld worden of dit onderzoek voor de uitleg van de Akte 1996 relevant is aangezien moeilijk voorstelbaar is dat de objectieve maatstaf wordt ingekleurd aan de hand van het oordeel van het kadaster.¹⁰

notariële akten dient strikt te worden onderscheiden van de Haviltex-norm (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (Haviltex)) en de daarna volgende uitwerkingen. De Haviltex-norm luidt in essentie dat voor de uitleg van een overeenkomst niet uitsluitend gekeken dient te worden naar de zuiver taalkundige uitleg maar naar de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Echter, die maatstaf kent intussen ook enkele meer objectieve varianten die dicht in de buurt kunnen komen van de objectieve maatstaf die wordt gehanteerd bij de uitleg van (in de openbare registers gepubliceerde) notariële akten, zie hierover bijvoorbeeld Biemans in 'Uitleg van notariële akten' (Ars Notarius nr. 160) 2015.

4. HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AH9168, NJ 2004/251 (Teijssen/Marcus) en HR 2 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2397, NJ 2007/5.
5. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1511, NJ 2016/325 (Melber/Goede).
6. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1511, NJ 2016/325 (Melber/Goede), r.o. 4.2.2. Overigens bracht de Hoge Raad met betrekking tot splitsing in appartementsrechten een nuance aan op de hiervoor omschreven objectieve norm, en overwoog dat indien uit de openbare registers kenbare, tegenstrijdige splitsingsstukken die voor verschillende uitleg vatbaar zijn, verwijzen naar feitelijke kenmerken van het splitsingsobject, het niet strijdig is met een uitleg naar objectieve maatstaven om deze stukken mede aan de hand van waarnemingen van die feitelijke kenmerken uit te leggen, zie HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:337, NJ 2014/119 (Bakermans c.s./Mitros).
7. De feitelijke situatie zal, ook al naar oud BW, veeleer relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of er een erfdiensbaarheid is ontstaan door bestemming (oud BW) of (verkrijgende) verjaring (zowel

oud als nieuw BW), bijvoorbeeld de situatie waarbij er sprake is van (het gedogen van) een permanente inrichting (zoals een deur of hek) die op een recht van overpad wijst, zie hierover bijvoorbeeld HR 27 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2147, m.nt. W.M. Kleijn, NJ 1997/496 en HR 24 september 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2970, m.nt. W.M. Kleijn, NJ 2000/18.

8. Als uitwerking van de zinsnede "de erfdiensbaarheden, waardoor de feitelijke toestand van de woningen, behorende tot het blok woningen waarvan het verkochte deel uitmaakt, ten opzichte van elkaar rechtens gehandhaafd blijft, ook indien die toestand in strijd mocht zijn met het burendrecht" wordt in de Akte 1996 uitdrukkelijk opgesomd welke erfdiensbaarheden in ieder geval tot bedoelde erfdiensbaarheden behoren (zoals een erfdiensbaarheid van waterloop en drop, van gootrecht en van inbalking en inankering). Hoewel de woorden 'in ieder geval' suggereren dat het om een niet limitatieve opsomming gaat, lijkt men, de objectieve maatstaf toepassende, niet snel tot een nadere invulling (waarmee een uitbreiding van de uitdrukkelijk omschreven erfdiensbaarheden wordt bedoeld) van deze open omschrijving te kunnen concluderen.
9. Ter zijde wordt hierbij opgemerkt dat hoewel enerzijds vraagtekens geplaatst kunnen worden bij dit systeem van toetsing, anderzijds deze toets wel zinvol kan zijn, aangezien het zinledig is bepalingen omtrent de (precieze) ligging en de breedte van het pad op te nemen, als in beginsel niet is beoogd een recht van overpad te vestigen (een 'a fortiori' redenering dus).
10. Het erfdiensbaarhedenonderzoek is overigens wel relevant om te weten te komen of vóór 1996, of wellicht bij een separate akte, een dergelijk recht van overpad is ontstaan.

4.1.2. *Ontstaan van erfdiensbaarheid door verjaring*

Voor wat betreft de ontstaanswijze (verkrijgende) verjaring, zijn de overwegingen van het hof kort. Voor het ontstaan van een erfdiensbaarheid door verjaring op grond van art. 3:99 jo. art. 3:118 lid 1 BW dient sprake te zijn van een onafgebroken bezit te goeder trouw van tien jaren. Voor bezit te goeder trouw is vereist dat B zich als rechthebbende tot de erfdiensbaarheid beschouwt (met andere woorden: B dient zich krachtens erfdiensbaarheid bevoegd te beschouwen het erf van A te betreden) en zich ook redelijkerwijze als zodanig mocht beschouwen (met andere woorden: B mocht zich redelijkerwijs bevoegd beschouwen het erf van A te betreden).¹¹ A heeft volgens het hof gemotiveerd betwist dat sprake is van bezit te goeder trouw en in aanmerking nemende dat B hierop niet heeft gereageerd, acht het hof de stelling dat sprake is van bezit te goeder trouw onvoldoende onderbouwd.

4.2. *Omvang noodweg*

Op grond van het burendrecht kan de eigenaar van een erf dat geen behoorlijke toegang heeft tot (onder andere) een openbare weg, van de eigenaars van naburige erven te allen tijde vorderen ten dienste van zijn erf een noodweg (uitweg) aan te wijzen tegen een vooraf te betalen of te verzekeren vergoeding van de schade die door de noodweg wordt berokkend. Bij de aanwijzing van de noodweg vindt een belangenafweging plaats tussen het belang van het ingesloten erf om de openbare weg zo snel mogelijk te bereiken en het belang van het bezwaarde erf om zo weinig mogelijk overlast van de weg te ondervinden (art. 5:57 BW).

In hoger beroep staat niet ter discussie of geen behoorlijke toegang tot een openbare weg bestaat en een noodweg derhalve kan worden gevorderd. De vraag staat centraal wat de omvang van deze noodweg is. Het hof verwijst hierbij naar het arrest Grootsholten/Van der Stok,¹² waarin het beslissend criterium is of bij het ontbreken van de noodweg een behoorlijke exploitatie van het ingesloten erf bij een normale bestemming, gelet op de aard van dat erf, onmogelijk is.

4.2.1. *Normale bestemming*

Over de invulling van 'normale bestemming', gelet op de aard van het perceel, verschillen A en B van mening. Het hof overweegt dat op grond van het bestemmingsplan onder woonbestemming tevens is begrepen de uitoefening van een beroep of bedrijf aan huis. Daarnaast staat volgens het hof vast dat de

woning altijd een praktijkruimte heeft gehad. Het hof is derhalve van oordeel dat het exploiteren van de praktijk, naast het wonen, in casu als normale bestemming moet worden beschouwd. De behoorlijke exploitatie van het ingesloten erf bij een normale bestemming (zijnde woning met praktijkruimte), is bij het ontbreken van de noodweg onmogelijk, wat maakt dat in casu zowel zakelijke als privébezouwers van de noodweg gebruik kunnen maken.

4.2.2. *Hinder*

A heeft zich tot slot beroepen op art. 5:37 jo. art. 6:162 BW en daarbij betoogd dat het gebruik (aannemende: van de noodweg) door zakelijke gebruikers moet worden afgewezen aangezien volgens A sprake is van onrechtmatige hinder.

Op grond van art. 5:37 BW mag een eigenaar van een erf niet in een mate of op een wijze die volgens art. 6:162 BW onrechtmatig is, aan eigenaars van andere erven hinder toebrengen. De vraag of hinder onrechtmatig is, hangt af van de aard, ernst en duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval (waaronder de plaatselijke omstandigheden), waarbij onder meer rekening moet worden gehouden met het gewicht van de belangen die door de hinder toebrengende activiteit worden gediend en de mogelijkheid, mede gelet op de daaraan verbonden kosten en de bereidheid om maatregelen ter voorkoming van schade te nemen, aldus het hof, verwijzende naar een arrest van de Hoge Raad.¹³

Het hof acht de omstandigheden in casu (namelijk een woonwijk met dicht op elkaar staande bebouwing, het feit dat de praktijk al werd gevoerd op het perceel dat thans toekomt aan B toen A eigenaar werd van diens perceel en dat de rechtbank de wijze van gebruik van de noodweg al heeft beperkt, waardoor geluidsoverlast beperkt zal zijn) onvoldoende om te kunnen spreken van onrechtmatige hinder. Aan het belang van A wordt volgens het hof voldoende tegemoet gekomen nu het zakelijk gebruik is beperkt tot werkdagen tussen 08.00 - 18.00 uur en de noodweg is gesitueerd aan de rand van het perceel. Het belang van A weegt onder deze omstandigheden niet zo zwaar dat B diens hele praktijk moet verplaatsen gelet op de daarmee gepaard gaande kosten. Het hof laat ook de door de rechtbank vastgestelde (schade)vergoeding in stand, waarbij zij benadrukt dat deze gebaseerd wordt op de schade als gevolg van het gebruik als noodweg van een gering deel van het perceel; hierbij dient volgens het hof nadrukkelijk niet de waardevermindering van het gehele perceel in acht te worden genomen.

11. HR 3 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2060, NJ 1996/501 en HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6588, NJ 2010/294.

12. HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2554, NJ 1998/457 (*Grootsholten/Van der Stok*).

13. HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0150, NJ 1992/639.

Annotatie

Hoge Raad 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1 en ECLI:NL:HR:2018:12

mr. P.L. Visser¹

1. Inleiding

Behandeld worden de goederenrechtelijke aspecten van twee op 5 januari 2018 gewezen arresten (aangeduid als HR 2018,1 en **HR 2018,12**) in parallelle procedures tussen enerzijds Chemours (en Desco) en anderzijds Stedin. Deze uitspraken gaan deels ook over energierecht en de vraag of het hof de zaken had moeten aanhouden totdat het College van Beroep voor het bedrijfsleven (**CBb**) onherroepelijk had geoordeeld in een nauw met de onderhavige procedure verwant energierechtelijk geschil waarin onder meer de vraag wie eigenaar is van twee transformatoren een rol zou kunnen spelen. Ik zal deze aspecten van de twee civiele procedures hier niet behandelen.

2. De feiten

Chemours heeft fabrieken op een bedrijventerrein in de gemeente Dordrecht. Op dat terrein zijn in 1970 twee transformatoren geplaatst door de gemeente Dordrecht op grond die Chemours in eigendom heeft. De gemeente had een eigendomsvoorbehoud bedongen. De distributie van elektriciteit is overgenomen door (thans) Eneco terwijl Stedin het openbaar elektriciteitsnet beheert.

Over het door Stedin beheerde openbare net wordt vanuit een station elektriciteit met een spanning van 50 kV aangevoerd naar het bedrijventerrein. In de transformatoren wordt de spanning omgezet naar 12,5 kV, waarna de elektriciteit met verlaagde spanning vanuit de transformatoren over twee railsystemen wordt vervoerd naar een zogenaamd *Power Purchase Station* (PPS), van waaruit de elektriciteit via kabels en leidingen over het bedrijventerrein wordt getransporteerd naar Chemours en een ander bedrijf.

Op initiatief van Chemours is de commanditaire vennootschap Desco aangegaan met als doel in een warmtekrachtcentrale (WKC) ten behoeve van Chemours elektriciteit op te wekken en om zorg te

dragen voor de distributie van elektriciteit op het bedrijventerrein via een net van kabels en leidingen. Op basis van een door Chemours aan Desco verleend opstalrecht behoren in elk geval het PPS, de WKC en de daartussen gelegen leidingen in eigendom toe aan (de vennoten van) Desco. Het opstalrecht ziet niet specifiek op de transformatoren. In 2009 is een geschil ontstaan met betrekking tot de transformatoren. Chemours stelde zich op het standpunt dat de transformatoren haar in eigendom toebehoren als gevolg van natrekking. Overleg heeft geresulteerd in het sluiten van drie overeenkomsten, waaronder een mede door Desco ondertekende vaststellingsovereenkomst en een huurovereenkomst, waarin is bepaald dat Chemours en Desco het eigendomsrecht van Stedin op de transformatoren en toebehoren erkennen en deze van Stedin zullen huren en dat Chemours en Desco zullen meewerken aan de vestiging van een zakelijk recht voor deze transformatoren.

3. Hof

3.1. Vordering en oordeel van het hof in procedure HR 2018,1

In het geding HR 2018,1 heeft Chemours gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat de drie overeenkomsten in strijd zijn met de Elektriciteitswet 1998 (Ew), de Tarievcodes Elektriciteit (TC) en art. 5:20 lid 2 BW.

In het arrest van 5 april 2016² oordeelde het hof – samengevat – als volgt.

Krachtens de vaststellingsovereenkomst is Stedin eigenaar van de transformatoren. Deze zijn door Chemours gehuurd.³

In art. 5:20, tweede lid, BW is, voor zover van belang, bepaald dat de eigendom van een net toebehoort aan de bevoegde aanlegger van dat net. Deze bepaling strekt ertoe te voorkomen dat dat net door natrekking toevalt aan de eigenaar van de grond

1. mr. P.L. visser is werkzaam als advocaat senior counsel bij Loyens & Loeff N.V. te Amsterdam.

2. Gerechtshof Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:828.

3. Gerechtshof Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:828, r.o. 4.

waarin, op of boven het zich bevindt. Deze bepaling heeft geen betrekking op andere goederen dan kabels of leidingen. Daarin is dus niets bepaald over de met die kabels of leidingen verbonden installaties, zoals transformatoren met toebehoren. De transformatoren zijn noch krachtens art. 5:20 lid 2 BW, noch krachtens art. 3:4 BW bestanddeel geworden van een net van kabels en leidingen als bedoeld in art. 5:20 lid 2 BW. Art. 5:20 BW strekt ertoe te voorkomen dat door verticale natrekking de grondeigenaar, eigenaar wordt van een in op of boven de grond aangebracht net, maar strekt er niet toe verandering te bewerkstelligen in de eigendom van met een net verbonden onderdelen die eigendom zijn van anderen dan de bevoegde aanleggers van een net. De slotsom is dat art. 5:20, tweede lid, BW zich er niet tegen verzet dat Stedin/Eneco eigenaar is en blijft van die transformatoren met toebehoren. De onderscheidene tussen partijen gesloten overeenkomsten zijn niet met dat artikel in strijd.⁴ De begripsomschrijving van ‘net’ in de Ew is slechts van toepassing binnen de reikwijdte van de Ew. De overeenkomsten zijn derhalve, voor zover zij ertoe strekken de eigendom van de transformatoren vast te leggen, niet in strijd met de Ew.⁵

Chemours heeft voor haar stelling dat de vaststellingsovereenkomst in strijd is met de wet, geen afzonderlijke gronden aangevoerd. Nu de andere twee overeenkomsten niet in strijd zijn met de wet, is er ook geen grond voor het oordeel dat de vaststellingsovereenkomst in strijd is met de wet.⁶

3.2. Vordering en oordeel hof in procedure HR 2018,12

In het geding HR 2018,12⁷ heeft Stedin gevorderd om Chemours te veroordelen tot het meewerken aan de vestiging van een opstalrecht met betrekking tot de twee transformatoren, met de bepaling dat, indien Chemours geen uitvoering aan de veroordeling geeft, Stedin gemachtigd zal zijn om het vonnis met de veroordeling te laten inschrijven in de openbare registers.

Het hof overwoog in het arrest van 5 april 2016 – samengevat – als volgt.

Krachtens de Vaststellingsovereenkomst is Stedin eigenaar van de transformatoren. Deze zijn door Chemours gehuurd.⁸

De transformatoren zijn noch krachtens art. 5:20 lid 2 BW, noch krachtens art. 3:4 BW bestanddeel geworden van een net van kabels en leidingen als bedoeld in art. 5:20 lid 2 BW.⁹

De begripsomschrijving van ‘net’ in de Ew is slechts van toepassing binnen de reikwijdte van de Ew.¹⁰ De transformatoren behoren niet tot het net van Stedin. De Ew verzet zich niet tegen deze overeenkomst.¹¹

Ook vormen de transformatoren zelf geen net in de zin van art. 5:20 lid 2 BW, zodat zij niet in aanmerking komen voor inschrijving door middel van een notariële akte in de openbare registers. Stedin heeft mede hierdoor belang bij de vestiging van het overeengekomen opstalrecht. Met de vestiging van het opstalrecht wordt niet alleen tegenover Chemours en Desco, maar ook tegenover derden een einde gemaakt aan de eigendomspretenties van Chemours en Desco.¹²

4. Hoge Raad

4.1. Oordeel Hoge Raad in procedure HR 2018,1

De Hoge Raad behandelt eerst de klacht tegen het oordeel van het hof dat de transformatoren geen bestanddeel zijn van een net van kabels en leidingen als bedoeld in art. 5:20 lid 2 BW en in het bijzonder dat het hof ten onrechte de definitie van net in de Ew niet van belang heeft geacht voor het antwoord op de vraag of de transformatoren bestanddeel zijn van zodanig net en op die grond in eigendom toebehoren aan de eigenaar van dat net. De vraag die de Hoge Raad moet beantwoorden is dus of de sectorale definitie bepalend is voor de goederenrechtelijke afbakening.¹³

De Hoge Raad overweegt als volgt:

“Het onderdeel betoogt terecht dat de Ew van belang is voor het antwoord op de vraag wie eigenaar is van de transformatoren. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 5:20 lid 2 BW volgt dat de vraag wat behoort tot een net waarvan een definitie in een bijzondere wet is opgenomen, dient te worden beantwoord aan de hand van die definitie in die bijzondere wet. Deze definitie geeft in zoverre uitdrukking aan de heersende verkeersopvatting betreffende de vraag wat als bestanddeel van een net aangemerkt moet worden.”¹⁴

“Voor een net dat valt onder het regime van de Ew, is derhalve de begripsomschrijving in art. 1 lid 1, onder i, Ew bepalend voor beantwoording van de vraag wat op grond van de verkeersopvatting als bestanddeel van dat net aangemerkt moet worden en op die grond in eigendom toebehoort aan de in art. 5:20 lid 2 BW aangewezen

4. Gerechtshof Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:828, r.o. 5.

5. Gerechtshof Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:828, r.o. 6.

6. Gerechtshof Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:828, r.o. 11.

7. Gerechtshof Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:827.

8. Gerechtshof Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:827, r.o. 4.

9. Gerechtshof Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:

2016:827, r.o. 5.

10. Gerechtshof Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:827, r.o. 6.

11. Gerechtshof Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:827, r.o. 6.

12. Gerechtshof Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:827, r.o. 7.

13. Zie F.J. Vonck in Groene Serie Zakelijke rechten, art. 20, aantekening 8.7.1

14. Zie Kamerstukken II 2005/06, 29 834, nr. 9, p. 7, Kamerstukken II 2005/06, 29 834, nr. 12, p. 2, 5 en 15, en Kamerstukken I 2006-2007, 29 834, C, p. 2-3.

eigenaar van dat net. (...) In deze begripsomschrijving is uitdrukkelijk bepaald dat transformatoren, behoudens de vermelde uitzondering, behoren tot een net onder het regime van de Ew.”¹⁵

De Hoge Raad bekrachtigt het oordeel van het hof dat de drie overeenkomsten niet in strijd zijn met de wet.

4.2. Oordeel Hoge Raad in procedure HR 2018,12

In de zaak waarin Stedin veroordeling van Chemours gevraagd had tot het meewerken aan vestiging van een recht van opstal met betrekking tot de transformatoren oordeelde de Hoge Raad dat uit het arrest HR 2018,1 volgt dat het beroep op nietigheid van de drie overeenkomsten faalt, waarmee vaststaat dat Chemours jegens Stedin verplicht is tot medewerking aan de vestiging van een recht van opstal. Daarop vervolgt de Hoge Raad:

“Voor de toewijsbaarheid van de vordering van Stedin is niet van belang wie – Stedin, Desco of Chemours – op grond van art. 5:20 lid 2 BW in verbinding met art. 3:4 BW moet worden aangemerkt als de (huidige) eigenaar van de transformatoren. Die transformatoren bevinden zich op grond die aan Chemours in eigendom toebehoort, en Chemours heeft ten aanzien van deze grond en de ruimte daarboven het in art. 5:21 BW bedoelde, aan haar eigendomsrecht ontleende gebruiksrecht. Stedin heeft reeds belang bij de vestiging van het haar toegezegde recht van opstal teneinde – met werking tegen rechtsopvolgers van Chemours – dit in beginsel exclusieve gebruiksrecht te doorbreken. In verband hiermee is vestiging van een recht van opstal ten laste van Chemours ook mogelijk indien Stedin zelf eigenaar van de transformatoren zou zijn (op de grond dat deze deel uitmaken van haar openbaar net, dan wel op de grond dat deze zelf een net vormen, dan wel anderszins). Dat in zodanig geval de vestiging van een opstalrecht mogelijk is en dat daarbij een rechtens te respecteren belang bestaat, volgt ook uit rov. 3.6.2 van HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0727, NJ 2014/522, m.nt. H.J. Snijders.”

“De vestiging van een opstalrecht ten laste van Chemours is eveneens mogelijk indien de transformatoren (nog) eigendom zouden zijn van Desco. Art. 5:101 BW sluit immers niet uit dat een opstalrecht wordt gevestigd met het oog op zaken die de opstalhouder nog zal verkrijgen. Indien de transformatoren deel uitmaken van het net van Desco – zijnde een zelfstandige, aan Desco toebehorende onroerende zaak – kan de verkrijging door Stedin plaatsvinden door middel van een afzonderlijk door Desco (ter uitvoering van de vaststellingsovereenkomst) ten behoeve van Stedin te vestigen recht van opstal op dat net ter zake van die transformatoren. Ook dan behoudt Stedin het in de vorige alinea vermelde belang bij de vestiging van een opstalrecht door Chemours.”¹⁶

15. Arrest Hoge Raad 2018,1, r.o. 3.5.2.

16. Arrest Hoge Raad 2018,12, r.o. 3.5.4.

De Hoge Raad bekrachtigt het arrest van het hof.

5. Noot

5.1. HR 2018,1

Het eerste arrest is van belang voor beantwoording van de vraag of zaken als transformatoren onderdeel uitmaken van een net of eigendom zijn van de grondeigenaar. In dat verband is van belang of een definitie van een net in een bijzondere wet van (doorslaggevend) belang is voor beantwoording van die vraag. Ik schets hieronder het wettelijk kader waarbinnen die vraag moet worden beantwoord.

Krachtens art. 5:20 lid 2 BW behoort de eigendom van een net, bestaande uit een of meer kabels of leidingen, bestemd voor transport van vaste, vloeibare of gasvormige stoffen, van energie of van informatie, dat in, op of boven de grond van anderen is of wordt aangelegd, toe aan de bevoegde aanlegger van dat net dan wel aan diens rechtsopvolgers. Dit in afwijking van lid 1 waarin is bepaald dat de eigendom van de grond mede gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd omvat. Dit betekent dat Chemours als grondeigenaar ook eigenaar is van de transformatoren tenzij de transformatoren onderdeel uitmaken van het net van Stedin of Desco.

Art. 3:4 lid 1 BW bepaalt dat al hetgeen volgens de verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt, bestanddeel is van die zaak. Art. 3:4 lid 2 bepaalt dat een zaak die met een hoofdzaak zodanig verbonden wordt dat zij daarvan niet kan worden afgescheiden zonder beschadigingen van betekenis toe te brengen, bestanddeel wordt van de hoofdzaak. De vraag is nu of de verkeersopvatting meebrengt dat de transformatoren bestanddeel zijn van het net van Stedin of Desco, nu transformatoren niet als zodanig in art. 5:20 lid 2 worden genoemd. In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat het bij de afbakening van netten in de eerste plaats aankomt op wat daarover in de sectorale wetgeving geregeld is. Ontbreekt dergelijke wetgeving, dan komt het aan op de verkeersopvatting. Het vorenstaande brengt met zich dat om te bepalen of bijvoorbeeld transformatoren onderdeel zijn van een net, een definitie in een sectorale wet van doorslaggevend belang is.¹⁷ Die definitie is er in de EW. Art. 1 lid 1, onder i EW omschrijft een net als één of meer verbindingen voor het transport van elektriciteit en de daarmee verbonden transformator-, schakel-, verdeel- en onderstations en andere hulpmiddelen, behoudens voor zover deze verbindingen en hulpmiddelen onderdeel uitmaken van een directe lijn of liggen binnen de installatie van een producent of van een afnemer.¹⁸

17. Zie F.J. Vonck in *Groene Serie Zakelijke rechten*, art. 20, aantekening 8.7.1.

18. Voor (elektriciteits)netten die niet vallen onder het regime van de sectorale wetgeving, kan eveneens betekenis toekomen aan deze definities; die zijn dan echter niet beslissend.

Het hof had geoordeeld dat daar art. 5:20 lid 2 BW niets bepaalt over de met kabels en leidingen verbonden hulpmiddelen zoals transformatoren, de aanlegger van een net dus niet reeds krachtens die bepaling eigenaar wordt van die hulpmiddelen. De transformatoren zijn evenmin als bestanddeel van een net te beschouwen want ze kunnen in het onderhavig geval zonder schade van betekenis worden verwijderd terwijl ze volgens de verkeersopvatting evenmin bestanddeel van een elektriciteitsnet zijn. De omschrijving van het begrip 'net' in de EW geeft geen aanleiding anders te oordelen nu deze van regulatoire aard is en ziet op een regeling van productie, transport en levering van elektriciteit en niet de strekking heeft om eigendomsverhoudingen te beïnvloeden, aldus nog steeds het hof.¹⁹ Kortom, volgens het hof is de definitie van net in de EW niet bepalend voor de verkeersopvatting nu die definitie – kort gezegd – niet ziet op eigendomsverhoudingen en dus ook niet de verkeersopvatting kleurt voor wat betreft de vraag of een transformator bestanddeel van een net is. De Hoge Raad denkt daar anders over en hierin is het belang van dit arrest gelegen.²⁰

De Hoge Raad oordeelde dat uit de parlementaire geschiedenis van art. 5:20 lid 2 BW²¹ volgt dat de vraag wat behoort tot een net waarvan een definitie in een bijzondere wet is opgenomen, dient te worden beantwoord aan de hand van die definitie in die bijzondere wet. Die definitie drukt de heersende verkeersopvatting uit wat al dan niet een bestanddeel van een net is. Nu art. 1 lid 1, onder i EW uitdrukkelijk aangeeft dat transformatoren behoren tot een net in de zin van de EW, dienen transformatoren als bestanddeel van dat net aangemerkt te worden en ze behoren daarmee in eigendom toe aan de in art. 5:20 lid 2 BW aangewezen eigenaar van dat net.

De vraag of volgens art. 3:4 lid 1 BW een onderdeel van een zaak volgens de verkeersopvatting tot bestanddeel van die zaak wordt, wordt dus ingekleurd door een definitie in een bijzondere wet waarin is aangegeven dat het onderdeel behoort tot de zaak, in dit geval dat een transformator behoort tot een elektriciteitsnet.

19. Zie Conclusie AG Wuisman onder 2.10.

20. Over de vraag in hoeverre installaties behoren tot een net zie men voorts J.P. van Loon en H.D. Ploeger, 'Registratie van de eigendom van kabel- en leiding-netwerken', in: F.M.J. Verstijlen e.a., *Energie en eigendom* (preadvies Vereniging voor Energierecht), Antwerpen: Intersentia 2011, p. 46-47, die ervoor pleiten wettelijk te regelen dat installaties tot het net behoren, tenzij er een opstalrecht voor is gevestigd of zij afzonderlijk als deelnet zijn geregistreerd.

21. Zie Kamerstukken II 2005/06, 29 834, nr. 9, p. 7, Kamerstukken II 2005/06, 29 834, nr. 12, p. 2, 5 en 15, en Kamerstukken I 2006/07, 29 834, C, p. 2-3. Zie verder de conclusie van AG Wuisman bij HR, 2018,12 onder 2.12 waarin de relevante passages uit de parlementaire stukken geciteerd worden.

5.2. HR 2018,12

De Hoge Raad begint met vast te stellen dat de zaak de vordering van Stedin betreft tot het meewerken van Chemours en Desco aan de vestiging van een opstalrecht. Daar uit het arrest HR 2018,1 volgt dat het beroep van Chemours op nietigheid van de overeenkomsten faalt, staat vast dat Chemours en Desco verplicht zijn om mee te werken aan het vestigen van een opstalrecht ten behoeve van Stedin. Stedin dient dan wel een rechtens te respecteren belang te hebben bij de vestiging van het opstalrecht.

Chemours had aangevoerd dat Stedin haar eigendom van de transformatoren conform de in de artt. 3:16 en 3:17 BW aangegeven wijze in de openbare registers diende in te schrijven, zodat Stedin geen rechtens te respecteren belang had bij het vestigen van een opstalrecht. Immers in de vaststellingsovereenkomst is aangegeven dat Chemours en Desco Stedins eigendom van de transformatoren erkennen. Deze redenering gaat echter niet op nu uit art. 7:901 lid 1 BW volgt dat aan een vaststellingsovereenkomst dispositieve en niet declaratieve werking toekomt. Met andere woorden, om de met de vaststelling beoogde rechtstoestand in het leven te roepen is het nog steeds noodzakelijk om die juridische actie te ondernemen die nodig is om de beoogde rechtstoestand tot stand te brengen.²² Dat zou hier betekenen dat de vaststellingsovereenkomst moet worden uitgevoerd met inachtneming van de zelfde formaliteiten als die van een levering.²³ Uit art. 3:89 BW volgt dat de vaststelling in een notariële akte dient te worden vastgelegd die vervolgens in de openbare registers moet worden ingeschreven.²⁴ Hoewel de Hoge Raad hier niet expliciet op in gaat volgt uit het arrest dat het inschrijven van de notariële akte nog niet voldoende is omdat hiermee nog niet het exclusieve gebruiksrecht van Chemours respectievelijk Desco wordt doorbroken.

Stedin heeft dus belang bij vestiging van een opstalrecht waarbij volgens de Hoge Raad niet van belang is wie – Stedin, Desco of Chemours – eigenaar is van de transformatoren. De Hoge Raad laat dan ook in het midden wie eigenaar is. Stedin heeft belang bij de vestiging van een opstalrecht door Chemours om daarmee het aan het eigendomsrecht van Chemours ontleende exclusieve gebruiksrecht²⁵ te doorbreken. De vestiging van een opstalrecht ten laste van Chemours is ook mogelijk indien Stedin zelf reeds eigenaar van de transformatoren zou zijn.²⁶ Stedin heeft in die situatie ook een rechtens te

22. Zie conclusie AG Wuisman onder 2.21.1.

23. Art. 7:901 lid 2 BW.

24. Zie L.C.A. Verstappen, 'De rechtsgevolgen van de vaststellingsovereenkomst', *WPNR* 2013/6985 en de discussie die hij over dit onderwerp opwerpt met de afwijkende mening van L. Verstappen in *WPNR* 2013/6970

25. Art. 5:21 BW

26. De transformatoren moeten dan als bestanddeel van het net van Stedin worden aangemerkt.

respecteren belang omdat Chemours op grond van het opstalrecht de aanwezigheid van de transformatoren van Stedin dient te gedogen als beperking van haar exclusief gebruiksrecht van de grond. Dit volgt ook uit het eerder door de Hoge Raad gewezen arrest van 20 september 2013 (*Rotterdam/Eneco*).²⁷ Stel nu dat Desco eigenaar zou zijn van de transformatoren? Het vestigen van een opstalrecht door Chemours als grondeigenaar is dan niet voldoende omdat de transformatoren dan nog steeds bestanddeel zijn van het net van Desco en Desco daarvan eigenaar blijft. De vraag is dus of Desco als neteigenaar een opstalrecht ten behoeve van Stedin kan vestigen om op het net van Desco de transformatoren in eigendom te hebben. Op grond van art. 5:101 BW is een opstalrecht het recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen. Een net moet dus als een onroerende zaak kwalificeren en een transformator als een werk om Desco als neteigenaar een opstalrecht te laten verstrekken voor de transformatoren. De Hoge Raad bevestigt dat een net een zelfstandige onroerende zaak is en dat het mogelijk is om daarop een opstalrecht te vestigen voor de transformatoren. In deze situatie heeft Stedin het zelfde rechtens te respecteren belang als bij het verkrijgen van een opstalrecht van Chemours zoals hierboven aangegeven. Echter nu het eigendomsrecht van Stedin op de transformatoren (via het door Desco te vestigen opstalrecht) nog niet de bevoegdheid meebrengt om dit net in de grond van Chemours te hebben en te houden heeft Stedin ook uit dien hoofde een belang om een opstalrecht ten laste van de grond van Chemours te verlangen. In deze situatie heeft Stedin er dus belang bij dat er twee zelfstandige opstalrechten naast elkaar worden gevestigd, één door Chemours als grondeigenaar en één door Desco als neteigenaar.²⁸

Een laatste vraag is hoe nu op basis van dit arrest verder te handelen. Immers voor de vestiging van een of wellicht twee opstalrecht(en) is het van belang om vast te stellen wie de vestigingshandelingen dienen te verrichten. Daarvoor moet duidelijk zijn ten laste van welke onroerende zaak het opstalrecht gevestigd zal worden. De Hoge Raad heeft echter enkel geoordeeld dat Stedin in iedere eigendomssituatie belang heeft bij vestiging van een opstalrecht maar heeft niet aangegeven wie

eigenaar van de transformatoren is. Er is dus nog steeds sprake van een onzekere eigendomssituatie. Deze onzekere situatie staat naar mijn mening niet in de weg aan het vestigen van een opstalrecht door zowel Chemours op de grond als door Desco op het net. Voor het vestigen van deze twee opstalrechten ten behoeve van Stedin behoeft niet onomstotelijk vast te staan wie vóór het vestigen van de opstalrechten de goederenrechtelijke eigenaar van de transformatoren is. Na het vestiging staat uiteraard wel onomstotelijk vast dat Stedin eigenaar is en ook het gebruiksrecht heeft.

Mr. Kampherbeek en mr. De Blok suggereren een meer voorzichtige benadering. In hun wenk bij dit arrest stellen zij onder andere voor eerst een verklaring voor recht te vragen hoe de eigendomspositie dient te worden gekwalificeerd ter bepaling van de juiste partijen bij de akte, zodat een juist rechtsgevolg wordt bereikt.²⁹ Een dergelijke procedure zou echter weer jaren kunnen duren indien partijen wederom tot aan de Hoge Raad zouden doorprocederen. Een snellere oplossing zou dan zijn om eerst de vaststellingsovereenkomst in een notariële akte vast te leggen en die in de openbare registers in te schrijven om dan vervolgens de twee opstalrechten te vestigen, zoals hierboven beschreven. Dat voorkomt jaren van procederen. Deze twee zaken maken in ieder geval weer eens duidelijk dat de beantwoording van een op het eerste gezicht niet al te ingewikkelde vraag 'Wie is eigenaar van twee transformatoren?' vele jaren op zich kan laten wachten. Gelukkig is het recht geduldig.

27. ECLI:NL:HR:2013:CAO0727 (NJ 2014/522), rov 3.6.2: "Het hof heeft overwogen dat het voor Eneco c.s. uit art. 5:20 lid 2 BW voortvloeiende eigendomsrecht van de leidingen nog niet de bevoegdheid voor Eneco c.s. meebrengt om deze leidingen in de grond van de Gemeente te hebben en te houden, terwijl een recht van opstal Eneco c.s. wel het door hen gewenste ligrecht zou verschaffen. Daaraan heeft het hof de gevolgtrekking verbonden dat Eneco c.s. een rechtens te respecteren belang bij hun vorderingen hebben. Een en ander geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is voldoende gemotiveerd."

28. Zie ook Wenk in RN bij 2018/13, ECLI:NL:HR:2018:12 van mr. Jasper Kampherbeek en mr. Mariëlle de Blok.

29. Zie Wenk in RN bij 2018/13, ECLI:NL:HR:2018:12 van mr. Jasper Kampherbeek en mr. Mariëlle de Blok.

Jurisprudentieoverzicht

Pandrecht in tweede rang kan ook gevestigd worden zonder het eerste pandrecht

Rechtbank Oost-Brabant 3 oktober 2017, ECLI:NL:RBO-BR:2017:5173, JOR 2017/337, m.nt. B.I. Kraaijpoel

SK Projects B.V., een derde vennoot ('gedaagden') en eiser zijn vennoten in een VOF. Eiser wil uittreden als vennoot en in dat kader wordt ten behoeve van eiser een tweede pandrecht bedongen op inventaris en voorraden van SK Projects B.V. en op vorderingen van andere vennoten op debiteuren tot zekerheid van betaling van het bedrag dat eiser in het kader van de uitkoop zal krijgen. Gedaagden stellen dat zij niet kunnen meewerken aan het vestigen van het tweede pandrecht, omdat het pandrecht van een andere vennoot als eerste dient te worden gevestigd en dat niet is gebeurd. De rechtbank oordeelt dat als partijen in de pandakte uitdrukkelijk overeenkomen dat zij een tweede pandrecht wensen te vestigen, dit mogelijk is. Niet valt in te zien dat geen tweede pandrecht gevestigd kan worden voordat het eerste pandrecht tot stand is gekomen, aldus de rechtbank.

Uithollen van pandrecht en het niet aanwenden van huuropbrengsten voor schuld is onrechtmatig

Rechtbank Amsterdam 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7540

DMB c.s. bezit een vastgoedportefeuille en op de onroerende zaken in die vastgoedportefeuille rusten hypotheekrechten van Van Lanschot. Daarnaast heeft Van Lanschot een stil pandrecht op de vorderingen van DMB c.s. op derden uit hoofde van de huurovereenkomsten betreffende de onroerende zaken in de vastgoedportefeuille. DMB c.s. draagt haar vastgoedportefeuille over aan een gelieerde partij, EF Beheer. EF Beheer neemt, ter voldoening van de koopprijs, een deel van de schuld van DMB c.s. aan Van Lanschot over. Dit wordt niet aan Van Lanschot medegedeeld. Van Lanschot draagt vervolgens een deel van de onderneming – waaronder de kredietverhouding met DMB c.s. – over aan Promontoria via contractoverneming (6:159 BW). Tussen Promontoria en EF Beheer ontstaat een geschil omtrent, onder andere, de vraag of sprake is van een pandrecht op de vorderingen die voortvloeien uit de huurovereenkomsten van het onroerend goed dat EF Beheer van DMB c.s. heeft overgenomen. De rechtbank oordeelt dat de overdracht van een onroerende zaak geen afbreuk doet aan het eerder gevestigde pandrecht op de huurtermijnen, ook voor zover de huurtermijnen pas eerst na overdracht opeisbaar zijn geworden. Het recht op betaling van de huurtermijnen die opeisbaar zijn geworden na de overdracht van de onroerende zaken

is door de regel 'koop breekt geen huur' overgegaan op EF Beheer. EF Beheer handelt naar het voorlopig oordeel van de kort geding rechter onrechtmatig jegens Promontoria door te proberen het pandrecht uit te hollen door na overname nieuwe huurovereenkomsten aan te gaan dan wel te frustreren dat de debiteuren aan Promontoria betalen.

Geen onrechtmatige daad of misbruik executiebevoegdheid door bank

Hof Arnhem-Leeuwarden 7 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9669

De bank wil haar hypotheekrecht op onroerend goed uitwinnen. De voorzieningenrechter in eerste aanleg wijst de vordering van de hypotheekgever tot een verbod van executieverkoop toe, omdat de hypotheekakten geen executoriale titel opleveren voor de vorderingen van Rabobank en heeft Rabobank verboden om tot executoriale verkoop over te gaan. Het hof oordeelt daarentegen dat de bank op grond van art. 3:268 BW het recht van parate executie heeft en dus geen executoriale titel nodig is om tot uitwinning over te kunnen gaan. De bank handelt daarnaast niet onrechtmatig en maakt ook geen misbruik van het recht op parate executie. De hypotheekgever verkeert in verzuim voor wat betreft de door de hypotheek gedekte schulden. Hypotheekgever heeft onvoldoende gesteld om aan te nemen dat die situatie door anders handelen of eerder ingrijpen door de bank voorkomen had kunnen worden. Partijen hebben daarnaast uitgebreid onderhandeld. Niet gezegd kan worden dat de bank geen rekening heeft gehouden met de belangen van de hypotheekgever. De bank heeft een te respecteren belang om de door haar verstrekte gelden zoveel mogelijk terug te krijgen door executie van de panden. De hypotheekgever heeft niet aannemelijk kunnen maken dat zij door de executie van de panden in een noodtoestand komt te verkeren.

Ontstaansmoment vorderingen uit geneeskundige behandelingsovereenkomst

Hoge Raad 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2901, NJB 2017/2285

Een zorgaanbieder gaat failliet. Famed, het factoringbedrijf dat voor de zorgaanbieder declaraties incasseerde, beschikt over een pandrecht op de vorderingen van de zorgaanbieder. In geschil is of dit pandrecht zich ook uitstrekt over de waarde van onderhanden werk, meer precies dat voor faillissement is verricht, maar bij aanvang van het faillissement nog niet in rekening was gebracht. Volgens de Hoge Raad blijkt uit de aard van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, het stelsel van de wet en de wetsgeschiedenis dat in het kader van een geneeskundige behandelingsovereenkomst meerdere, als zodanig identificeerbare en op geld waardeerbare deelprestaties kunnen worden aangewezen. Na verrichting van elk van die deelprestaties

1. Aangeleverd door J. Vossenbergh, werkzaam als advocaat / counsel bij Houthoff Cöoperatief U.A.

ontstaat dus een daarmee corresponderende vordering tot betaling van loon, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Het hof heeft dit miskend. De Hoge Raad verwijst de zaak naar een ander hof om vast stellen welke deelprestaties voor faillissement zijn verricht.

Verrekeningsverweer in faillissement mag niet met een beroep op 6:136 BW worden gepasseerd

Hoge Raad 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3017, NJB 2017/2295

Parallel Groep vordert in kort geding veroordeling van Artis tot betaling van een bedrag uit hoofde van haar pandrecht op de vorderingen die EnergiQ op Artis heeft. Artis beroept zich op verrekening van haar tegenvordering uit hoofde van tekortkomingen in het door EnergiQ verricht werk. Het Hof verwierp dit verrekeningsverweer, omdat de tegenvordering van Artis niet eenvoudig zou zijn vast te stellen (art. 6:136 BW). De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en oordeelt onder verwijzing naar HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7391, NJ 2014/521 dat art. 6:136 BW geen toepassing vindt tijdens faillissement vanwege het belang dat de debiteur erbij heeft om zijn schuld aan de boedel als 'onderpand' te kunnen beschouwen. Artis kan dus haar schuld aan EnergiQ met een tegenvordering op diezelfde partij verrekenen met overeenkomstige toepassing van art. 53 lid 3 Fw. De Hoge Raad verwijst het geding naar een ander hof om te onderzoeken of Artis inderdaad over een tegenvordering op EnergiQ beschikt.

Fiscus hoeft hypotheekrecht niet te respecteren

Hof's-Hertogenbosch 12 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5515

De belastingdienst heeft in verband met een belastingenschuld van M executoriaal beslag gelegd op bepaalde onroerende zaken waarop een recht van hypotheek rust ten gunste van zoon Z. Dit hypotheekrecht is gevestigd voor al hetgeen Z van M te vorderen heeft of mocht hebben. De belastingdienst meent de executoriale beslagen te kunnen uitwinnen en daarbij voorbij kan gaan aan het hypotheekrecht van Z. Primair vordert de belastingdienst in eerste aanleg een verklaring voor recht dat er geen lening van Z aan M is en dat daarom de hypothecaire inschrijving een lege huls vormt, die slechts strekt tot benadeling van de belastingdienst en overige schuldeisers. Subsidiair stelt de belastingdienst door de hypotheekverlening te zijn benadeeld en dat de hypotheekverlening en de daaraan ten grondslag liggende overeenkomst vernietigd moeten worden, omdat die rechtshandelingen paulianeus zouden zijn. De rechtbank wijst de subsidiaire vordering van de belastingdienst toe. In hoger beroep krijgt de belastingdienst eveneens gelijk. Het geschil spitst zich echter toe op de vraag of er überhaupt een vordering is die door de hypotheek wordt gedekt. Het hof laat de subsidiaire vordering van de belastingdienst buiten beschouwing. Het hof oordeelt dat onvoldoende concrete gegevens zijn aangedragen ter betwisting van de stelling van de belastingdienst dat geen sprake is

van door een hypotheekrecht gedekte vordering. Het hof acht het aannemelijk dat geen sprake was van een door een hypotheekrecht gedekte vordering van Z op M en dat er daarom geen sprake is van een hypotheekrecht.

Geen pandrecht op gepretendeerde vorderingen waarop executoriaal beslag is gelegd

Rechtbank Oost-Brabant 2 januari 2018, ECLI:NL:RBO-BR:2018:15

Belle Ville vestigt ten behoeve van haar dochtermaatschappij, Joscor, een stil pandrecht op alle vorderingen die Belle Ville heeft of zal verkrijgen op haar debiteuren, waaronder huurpenningen en de tegoeden op bank- en girorekeningen. Avalon legt ten laste van Belle Ville executoriaal (derden)beslag onder banken en huurders waarop Belle Ville ten behoeve van Joscor bovengenoemd stil pandrecht had gevestigd. Joscor betwist dat Avalon inningsbevoegd is, omdat Joscor een anterieur pandrecht heeft en dat pandrecht inmiddels openbaar heeft gemaakt. De rechtbank oordeelt (ten overvloede) dat een pandrecht, dat eerder bij voorbaat is gevestigd op destijds nog toekomstige vorderingen (te verkrijgen uit een voor de vestiging van het stille pandrecht ontstane rechtsverhouding) voorgeat op een later gelegd beslag op dezelfde toekomstige vorderingen. Door openbaarmaking gaat de inningsbevoegdheid over op de openbare pandhouder. Onzeker is echter of huurvorderingen met een pandrecht ten behoeve van Joscor zijn bezwaard met een pandrecht, omdat niet vaststaat dat de huurovereenkomsten op tijdstip van vestiging reeds bestonden (art. 3:239 lid 1 BW). Joscor heeft echter geen huurovereenkomsten overgelegd zodat dit niet kan worden vastgesteld. Bovendien oordeelt de voorzieningenrechter dat ook indien Joscor zou beschikken over een pandrecht, dit pandrecht door Avalon is vernietigd met een beroep op art. 3:45 BW (*actio pauliana*).

Gezeekerde vorderingen onvoldoende onderbouwd; geen pandrecht

Hof's-Hertogenbosch 16 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:200

Het M-concern houdt zich bezig met het ontwikkelen van en investeren in vastgoed. Verschillende banken hebben vorderingen op het M-concern en op M in privé. Een aantal tot het M-concern behorende groepsvennootschappen en M gaan failliet. V is echtgenote van M en de belangen van hun kinderen worden behartigd door een Stichting. V en Stichting stellen in deze procedure dat zij opeisbare vorderingen hebben verkregen op M. Tot zekerheid van betaling van de vorderingen van V en Stichting op M, zijn er pandrechten gevestigd op vorderingen van M en het M-concern op derden en op het aandeel van M in een winkelcentrum. Het hof oordeelt dat V en Stichting het bestaan van de vorderingen op M onvoldoende hebben onderbouwd. Dat brengt met zich dat er ook geen pandrecht kan zijn dat deze vorderingen secureert, omdat een pandrecht op grond van art. 3:7 BW afhankelijk is van de geseceerde vordering.

Actualiteiten

Wetgeving

Wet van 20 december 2017 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2018), Wijziging Invorderingswet 1990

Het nieuwe art. 42d Invorderingswet 1990 is per 1 januari 2018 in werking getreden. Op grond van dit artikel kan een pand- of hypotheekhouder en de executant die zich hebben verhaald op het door de executiekoper betaalde bedrag, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de omzetbelastingsschuld die verschuldigd is voor de levering.