

Eigendomssituatie WKO-systeem na einde tijdelijk opstalrecht

1. Inleiding

Een warmte- en koude opslag (WKO) systeem is een systeem dat ten behoeve van een gebouw energie opslaat in de bodem. Aan bijna alle WKO-systemen wordt een warmtepomp gekoppeld om de juiste temperatuur voor het betreffende gebouw te produceren. Dicht bij het gebouw worden twee waterbronnen geboord, één is de warme bron en één is de koude bron. Bij WKO-systemen kan een onderscheid worden gemaakt tussen open systemen en gesloten systemen. Open systemen voor warmte- en koudeopslag onttrekken water uit een geschikte grondwaterlaag en injecteren dat vervolgens in een gebouw. In de winter wordt het gebouw verwarmd met een warmtepomp die warmte onttrekt aan het opgepompte grondwater uit de warme bron. Het grondwater koelt af en wordt gepompt in de koude bron. In de zomer wordt dit afgekoelde water opgepompt en gebruikt als koeling. Het daardoor opgewarmde water wordt vervolgens in de warme bron gepompt. Gesloten systemen werken grotendeels hetzelfde als open systemen. Alleen wordt bij dit systeem geen grondwater verpompt. In plaats daarvan wordt water met een niet-giftig antivriesmiddel door bodemlussen gepompt om warmte of koude aan de bodem te onttrekken.¹

In de rechtspraak komt het regelmatig voor dat een WKO-systeem voor een bepaalde periode aan een WKO-exploitant moet worden overgedragen. De eigenaar van de grond realiseert een gebouw waarin ook een WKO-systeem wordt aangelegd. Zodra het gebouw is gerealiseerd, wil de grondeigenaar het WKO-systeem voor een bepaalde periode aan een WKO-exploitant overdragen. De levensduur van een WKO-systeem bedraagt veelal dertig jaar, voor welke periode een tijdelijk recht van opstal wordt gevestigd. De gedachte daarbij is dat na afloop van die periode het WKO-systeem weer terugkeert naar de eigenaar van de grond. Dit terugkeren van de eigendom is gebruikelijk bij het einde van een opstalrecht. Een opstalgerechtigde is eigenaar van de opstal bij de gratie van het feit dat hij het recht van opstal heeft; die eigendom gaat automatisch over op een opvolgende opstalgerechtigde en keert bij het einde van het opstalrecht weer terug naar de grondeigenaar. De eigendom is afhankelijk van het opstalrecht.² In de literatuur wordt echter wel bepleit dat een WKO-systeem een net in de zin van art. 5:20 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is. Indien dat het geval is,



Mw. mr. M.E.A. van Loenhoud*

dan is de afhankelijkheidsrelatie tussen enerzijds het opstalrecht en anderzijds de eigendom van het net minder vanzelfsprekend. Men is immers eigenaar van een net uit hoofde van het feit dat men (rechtsopvolger van) de bevoegde aanlegger is. Die eigendom bestaat naast een eventueel ten behoeve van de eigenaar van het net gevestigd opstalrecht.

Indien een WKO-systeem inderdaad kan worden aangemerkt als een net in de zin van art. 5:20 lid 2 BW, roept dit de vraag op of én hoe de eigendom van het WKO-systeem terug kan keren naar de grondeigenaar aan het einde van het tijdelijke recht van opstal. In deze bijdrage staat de beantwoording van deze vraag centraal. Allereerst onderzoek ik in hoeverre een WKO-systeem kan worden aangemerkt als een net in de zin van art. 5:20 lid 2 BW. Vervolgens bespreek ik het ongewenste gevolg dat deze kwalificatie kan hebben in het geval een tijdelijk recht van opstal ten aanzien van het WKO-systeem eindigt. Aansluitend zet ik ten behoeve van de rechtspraak enkele constructies uiteen om dit gevolg te voorkomen.

* Kandidaat-notaris en werkzaam bij Loyens & Loeff N.V. (maita.van.loenhoud@loyensloeff.com)
Met dank aan mr. F.J. Vonck voor zijn opmerkingen op het concept van deze bijdrage.

Dit artikel is mogelijk gemaakt door Stichting Fundatie Bachiene, welke stichting onder meer ten doel heeft het stimuleren van publicaties en andere werkzaamheden van wetenschappelijke – praktijkgerichte – en promotie-aard, betrekking hebbende op onroerende en andere registergoederen.

1. <https://www.rvo.nl/onderwerpen/duurzaam-ondernemen/gebouwen/technieken-beheer-en-innovatie/warmte-koudeopslag-wko>.
2. Vgl. *Asser/Bartels & Van Velten* 5 2017/248a, F.J. Vonck, *GS Zakelijke rechten*, titel 8 Boek 5 BW, aant. 2.

2. Is een WKO-systeem een net in de zin van art. 5:20 lid 2 BW?

WKO-systeem in eigen grond

Op het moment dat de grondeigenaar het WKO-systeem aanlegt, ligt dit in eigen grond. Op dat moment valt het WKO-systeem in ieder geval niet onder de reikwijdte van art. 5:20 lid 2 BW, welk artikellid het immers uitdrukkelijk heeft over *in andermans grond* aangelegde netten.³ Het is de vraag of een net alsnog onder de reikwijdte van dit artikellid kan vallen in het geval de grondeigendom en de neteigendom na de aanleg van het net in verschillende handen komen.

Vonck meent dat de eigendom van een in eigen grond aangelegd net kan worden verzelfstandigd door het net aan een derde over te dragen of zelfs door de enkele registratie van de aanleg van het net.⁴ Volgens Bartels zou men met Vonck in overweging kunnen nemen om aan de enkele registratie van een net in eigen grond goederenrechtelijk effect toe te kennen, maar is het twijfelachtig of dit naar geldend recht kan worden aangenomen.⁵ Wel concludeert hij dat het in eigen grond aangelegde net door overdracht kan worden verzelfstandigd.

Naar mijn mening valt een net dat door de grondeigenaar volledig in eigen grond is aangelegd niet onder de werking van art. 5:20 lid 2 BW.⁶ De letterlijke tekst van het wetsartikellid laat dit immers niet toe. Een dergelijk net moet als bestanddeel van de grond in de zin van art. 5:20 lid 1 BW worden beschouwd. Daarnaast deel ik de mening van Vonck en Bartels dat de “afsplitsing” van het net wel plaatsvindt op het moment dat de grondeigenaar het net overdraagt. Dat is het moment dat het net een zelfstandige goederenrechtelijke status verkrijgt, hetgeen mijns inziens niet reeds het geval is bij de registratie van een net. De overdracht kan plaatsvinden in het kader van het vestigen van een recht van opstal dan wel door enkele levering van het net. Zodra het net eigendom is van een ander dan de grondeigenaar is immers sprake van een net dat zich in de grond van een ander bevindt en toebehoort aan de rechtsopvolger van de bevoegde aanlegger van het net (zijnde de grondeigenaar).

WKO-systeem in andermans grond

Als de eigendom van het net niet langer in handen is van de grondeigenaar rijst de vraag of een WKO-systeem zich in de kern laat karakteriseren als een “net, bestaande uit een of meer kabels en leidingen, bestemd voor transport van [...] vloeibare [...] stoffen” als bedoeld in art. 5:20 lid 2 BW. In plaats hiervan is bijvoorbeeld denkbaar dat men de warmtepomp beschouwt als de hoofdzaak, waarvan de leidingen een ondergeschikt onderdeel uitmaken. Een ander argument

op basis waarvan betwist kan worden dat een WKO-systeem inderdaad een net in de zin van art. 5:20 lid 2 BW is, ligt besloten in de mogelijkheid dat het gehele WKO-systeem geldt als een bestanddeel van het gebouw, welke mogelijkheid ik verder niet in deze bijdrage behandel.⁷

Naar mijn mening is een WKO-systeem in de kern een systeem van kabels en leidingen, en daardoor in essentie een net. Dit sluit aan op de definitie van een gesloten bodemenergiesysteem als bedoeld in art. 1.1 Waterbesluit. Art. 1.1 Waterbesluit definieert een gesloten bodemenergiesysteem als een installatie waarmee, zonder grondwater te onttrekken en na gebruik in de bodem terug te brengen, gebruik wordt gemaakt van de bodem voor de levering van warmte of koude ten behoeve van de verwarming of koeling van ruimten in bouwwerken, door middel van een gesloten circuit van leidingen, met inbegrip van een bijbehorende warmtepomp, circulatiepomp en regeneratievoorziening, voor zover aanwezig. Ook Janssen leidt uit deze definitie af dat een gesloten bodemenergiesysteem onder de definitie van een net in de zin van art. 5:20 lid 2 BW valt.⁸

In de definitie van een open bodemenergiesysteem in art. 1.1 Waterbesluit wordt niet gesproken van een circuit van leidingen, waardoor het onduidelijk is of een dergelijk open bodemenergiesysteem onder de werking van art. 5:20 lid 2 BW valt. Volgens Janssen is de essentie van beide systemen dat zij warmte en koude leveren en transporteren, zodat het in de rede ligt – ook gelet op de netten voor nutsvoorzieningen, die ook onder de werking van art. 5:20 lid 2 BW vallen – dat beide systemen onder de reikwijdte van art. 5:20 lid 2 BW vallen. Daarbij kan een WKO-systeem verschillende percelen doorkruisen waardoor volgens Janssen een vergelijking met (de eigendomsproblematiek van) netten opgaat.⁹

3. B.A.M. Janssen, *Wie heeft de leiding?* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2010, 5.3.1.2.
4. F.J. Vonck, ‘Eigendom van onbevoegd of in eigen grond aangelegde netten’, *WPNR* 2015/7071, p. 660.
5. *Asser/Bartels & Van Velten* 5 2017/90e.
6. Zie ook: B.A.M. Janssen, *Wie heeft de leiding?* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2010, 5.3.1.2.
7. De reden om dit buiten beschouwing te laten is gelegen in het feit dat – voor zover het WKO-systeem een goederenrechtelijke eenheid vormt met de rest van de onroerende zaak – die eenheid wordt doorbroken als het WKO-systeem in andere handen komt dan die van de eigenaar van het gebouw.
8. A.J. Mes, H.D. Ploeger en B.A.M. Janssen, ‘Eigendom van onroerende zaken, met name natrekking (titels 1 en 3), Flexibele eigendomsverhoudingen in het vastgoedrecht’, in L.C.A. Verstappen (red), *Boek 5 BW van de toekomst* (preadvies KNB), Den Haag: Sdu 2016, p. 207.
9. Zie voetnoot 8, alsmede F.J. Vonck, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:20 BW, aant. 8.4.4.

Met Janssen ben ik van mening dat een WKO-systeem gelegen in andermans grond onder de reikwijdte van art. 5:20 lid 2 BW valt. Het maakt daarbij geen verschil of het een gesloten of een open systeem betreft omdat beide systemen warmte en koude leveren en transporteren en het de bedoeling van de wetgever is geweest dat netten voor nutsvoorzieningen onder de werking van art. 5:20 lid 2 BW vallen. In de rechtspraak moet er in ieder geval rekening mee worden gehouden dat een WKO-systeem gelegen in andermans grond kan worden beschouwd als een net in de zin van art. 5:20 lid 2 BW. In het navolgende ga ik hiervan uit.

Resumerend is een WKO-systeem gelegen in eigen grond naar mijn mening een bestanddeel van de grond, maar is sprake van een net in de zin van art. 5:20 lid 2 BW zodra het WKO-systeem is overgedragen aan de WKO-exploitant.

3. Opstalrecht naast net

Voor 1 februari 2007 was het gebruikelijk om een opstalrecht te vestigen om de eigendom van een net in andere handen te brengen dan die van de grondeigenaar. Het vestigen van een opstalrecht voor de eigendom van een net is thans door de werking van art. 5:20 lid 2 BW niet meer nodig, de grondeigenaar kan het net immers leveren aan de WKO-exploitant en de eigendom van “in, op of boven de grond van een ander” aangelegde netten wordt ontleend aan art. 5:20 lid 2 BW. Het is wel belangrijk dat over de aanleg, aanwezigheid, het onderhoud en eventuele verwijdering of verlegging van een net duidelijkheid bestaat tussen de grondeigenaar en de neteigenaar. Het gaat hierbij om de zogenaamde “lig- en legrechten”.¹⁰ Deze bepalingen kunnen voortvloeiën uit een publiekrechtelijke gedoogplicht of uit een overeenkomst, een zakelijk recht (bijvoorbeeld een erfdiensbaarheid of opstalrecht) of kwalitatieve verplichting.¹¹ Tegenwoordig wordt het opstalrecht vaak ingezet om de rechtsverhouding tussen de grondeigenaar en de neteigenaar vast te leggen. Bij het vestigen van het opstalrecht kunnen bepalingen omtrent het gebruik van het net worden overeengekomen, waarin art. 5:20 lid 2 BW niet voorziet.¹² Omdat de eigendom van het net niet onlosmakelijk aan het gevestigde opstalrecht is verbonden, zoals voor 1 februari 2007 wel het geval was, en de eigendom van het net dus naast het opstalrecht bestaat, heeft de overdracht van het opstalrecht door de opstalgerechtigde aan een derde niet meer automatisch de overgang van het net tot gevolg.¹³

Voor de rechtspraak is het van belang om alert te zijn op deze goederenrechtelijke zelfstandigheid van het net. Zo kan – om te voorkomen dat het net en het recht van opstal in verschillende

handen komen – in de opstalvoorwaarden worden geregeld dat het opstalrecht uitsluitend met toestemming van de grondeigenaar kan worden overgedragen, welke toestemming in ieder geval wordt geweigerd wanneer niet tevens de eigendom van het net aan de rechtsopvolger van de gerechtigde tot het opstalrecht wordt overgedragen. Op deze manier worden het opstalrecht en het eigendomsrecht van het net in ieder geval zoveel mogelijk aan elkaar gekoppeld.

Impliciete overdracht net

Aangezien de eigendom van het net in de zin van art. 5:20 lid 2 BW niet afhankelijk is van het opstalrecht en het net een zelfstandige onroerende zaak is, is het bij goederenrechtelijke handelingen van belang om zeker te stellen dat die zowel op het opstalrecht als op het net betrekking hebben. De vraag doet zich voor of naar geldend recht kan worden betoogd dat in de overdracht van een opstalrecht ten behoeve van een WKO-systeem impliciet de overdracht van een net ligt besloten. Voor de beantwoording van deze vraag is van belang of naar objectieve maatstaven, in het licht van de gehele inhoud van de notariële akte uit de bewoordingen en omschrijvingen in de notariële akte blijkt dat het de bedoeling van partijen was dat de overdracht van het net in de notariële akte ligt besloten.¹⁴

10. A.J. Mes, H.D. Ploeger en B.A.M. Janssen, ‘Eigendom van onroerende zaken, met name natrekking (titels 1 en 3), Flexibele eigendomsverhoudingen in het vastgoedrecht’, in: L.C.A. Verstappen (red), *Boek 5 BW van de toekomst* (preadvies KNB), Den Haag: Sdu 2016, p. 197. Andere literatuur over dit onderwerp: W.G. Huijgen, ‘Artikel 5:20 lid 2 BW en het opstalrecht’, *WPNR* 2008/6771, A.A. van Velten, ‘Aangevuld overgangsrecht inzake de registratie van bestaande netwerken’, *WPNR* 2009/6815, J.C. van der Steur, ‘Eigendom versus gedoogplicht’, *WPNR* 2010/6830, A.A. van Velten, ‘Naschrift’, *WPNR* 2010/6830, W.G. Huijgen, ‘Naschrift’, *WPNR* 2010/6830 en J.P. van Loon en H.D. Ploeger, ‘Registratie van de eigendom van kabel- en leidingnetwerken’, in F.M.J. Verstijlen e.a., *Energie en Eigendom (preadvies Nederlandse Vereniging voor Energierecht)*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 60.
11. F.J. Vonck, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:20 BW, aant. 8.6.4.2 en 8.8 en *Asser/Bartels & Van Velten 5* 2017/90d. Andere literatuur over dit onderwerp: M.M.G.B. van Drunen, ‘Verhouding opstalrecht tot geregistreerd telecommunicatienetwerk’, *WPNR* 2012/6914 en M.M.G.B. van Drunen, ‘Kan een opstalrecht gevestigd voor kabels en leidingen ten behoeve van meerdere nutsvoorzieningen, worden overgedragen voor zover dit op één nutsvoorziening betrekking heeft?’, *WPNR* 2013/6976.
12. B.A.M. Janssen, *Wie heeft de leiding?* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2010, 2.3.2.1.
13. *Asser/Bartels & Van Velten 5* 2017/90d, W.G. Huijgen, ‘Artikel 5:20 lid 2 BW en het opstalrecht’, *WPNR* 2008/6771, p. 756, F.J. Vonck, ‘Eigendom van onbevoegd of in eigen grond aangelegde netten’, *WPNR* 2015/7071, p. 656 en F.J. Vonck, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:20 BW, aant. 8.9.
14. Analogie: HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011/111 m.n.t. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*).

Vonck betoogt dat de overdracht van een net impliciet kan hebben plaatsgevonden, bijvoorbeeld indien in een notariële akte een “opstalrecht met toebehoren” wordt geleverd. Volgens hem is in dat geval naar objectieve maatstaven, uit de in de notariële akte opgenomen omschrijving, af te leiden dat de bedoeling van de partijen mede gericht is geweest op de eigendoms-overdracht van het net. Indien dit het geval is, zal dat net in de overdracht zijn betrokken.¹⁵ De opvatting van Vonck kan onder meer worden onderbouwd met het arrest: HR 14 februari 2014, NJ 2014/119. Uit dit arrest blijkt dat bij de uitleg van splitsingsstukken (de notariële akte van splitsing in appartementsrechten en de bijbehorende splitsingstekening) die voor verschillende uitleg vatbaar zijn het niet in strijd is met een uitleg naar objectieve maatstaven om acht te slaan op de uitleg die tot de meest aannemelijke rechtsgevolgen leidt.¹⁶

Redenerend naar analogie zou dit betekenen dat in het geval in een notariële akte een “opstalrecht met toebehoren” ten behoeve van een net is geleverd, maar de levering van de eigendom van het net niet expliciet in de betreffende notariële akte is verwoord, eveneens van belang is welke uitleg van de notariële akte tot de meest aannemelijke rechtsgevolgen leidt. Het is aannemelijk dat men bij de overdracht van een opstalrecht beoogt de eigendom van de opstal over te laten gaan. Indien naar objectieve maatstaven uit de notariële akte is af te leiden dat het de bedoeling van partijen is geweest dat in de overdracht van het opstalrecht de eigendoms-overdracht van het net ligt besloten, hetgeen bijvoorbeeld het geval is bij een “opstalrecht met toebehoren”, ligt mijns inziens de overdracht van het net in deze overdracht van het opstalrecht besloten. Om discussies in de rechtspraktijk te voorkomen is het echter aan te bevelen om de levering van de eigendom van het net expliciet in de notariële akte van levering van het opstalrecht te verwoorden.

Rechtsgevolgen WKO-systeem in geval van einde tijdelijk opstalrecht

Indien een tijdelijk recht van opstal ten behoeve van het WKO-systeem is gevestigd komt de vraag aan de orde wat er met de eigendom van het WKO-systeem gebeurt als het recht van opstal eindigt. Er is een verschil tussen beëindiging van het recht van opstal door middel van afstand in de zin van art. 3:81 lid 2 BW of het eindigen van het opstalrecht door het verstrijken van de periode waarvoor het opstalrecht is gevestigd. Indien in een notariële akte afstand wordt gedaan van een “opstalrecht met toebehoren” maar de teruglevering van het net niet expliciet in de notariële akte is verwoord, is net als bij de

overdracht van een opstalrecht van belang welke uitleg van de notariële akte tot de meest aannemelijke rechtsgevolgen leidt. Naar mijn mening is het ook in dit geval aannemelijk dat partijen de bedoeling hebben gehad om naast het beëindigen van het opstalrecht ook de teruglevering van het net aan de grondeigenaar te bewerkstelligen, maar is het om discussies te voorkomen aan te bevelen om in de notariële akte waarin afstand wordt gedaan van het opstalrecht eveneens expliciet de teruglevering van het net op te nemen.

Vorenstaande is anders in het geval dat het opstalrecht eindigt door het verstrijken van de periode waarvoor het opstalrecht is gevestigd. In dat geval is er immers geen notariële akte waaruit de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen kan worden afgeleid. Hooguit is denkbaar dat de notariële akte van vestiging van het opstalrecht zodanig zou kunnen worden uitgelegd dat deze notariële akte een overdracht van het net onder de ontbindende voorwaarde van het eindigen van het tijdelijke opstalrecht bevat. Voor de consequenties die deze voorwaardelijke overdracht met zich meebrengt verwijs ik naar paragraaf 4 van deze bijdrage. Indien de voorwaardelijke overdracht niet uit de notariële akte van vestiging kan worden afgeleid, moet worden beoordeeld of het net het opstalrecht volgt. Aangezien de eigendom van het net niet afhankelijk is van het opstalrecht, is dat niet het geval: dat het opstalrecht eindigt, doet er immers niet aan af dat de WKO-exploitant rechtsopvolger van de bevoegde aanlegger blijft. De eigendom van het net blijft bij het einde van het opstalrecht dus achter bij de WKO-exploitant, hetgeen meestal niet wenselijk is. Daarom zet ik hieronder ten behoeve van de rechtspraktijk een aantal constructies uiteen om deze situatie te voorkomen. Hierbij merk ik op dat ik een eventuele financiering van het WKO-systeem met de daarbij behorende complicerende factoren niet in deze bijdrage behandel.

15. F.J. Vonck, ‘Eigendom van onbevoegd of in eigendom grond aangelegde netten’, WPNR 2015/7071, p. 657 en vlg. o.a. HR 22 oktober 2010, NJ 2011/111 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*).

16. HR 14 februari 2014, NJ 2014/119 met redactionele aantekening, overweging 3.6.3.

4. Constructies

Overdracht WKO-systeem onder ontbindende voorwaarde einde tijdelijk opstalrecht

Het is mogelijk om in de notariële akte van vestiging van het recht van opstal het WKO-systeem expliciet door de grondeigenaar aan de WKO-exploitant te leveren onder de ontbindende voorwaarde van het eindigen van het tijdelijke recht van opstal. Art. 3:85 lid 1 BW bepaalt echter dat een verbintenis strekkende tot overdracht van een goed voor bepaalde tijd, wordt aangemerkt als een verbintenis tot vestiging van een vruchtgebruik op het goed voor de gestelde tijd. Dit wetsartikel sluit een overdracht onder tijdsbepaling uit. Daarvan is sprake wanneer de overdracht afhankelijk is gesteld van een gebeurtenis waarvan vaststaat dat zij zich zal voordoen, al dient nog niet op voorhand duidelijk te zijn wanneer.¹⁷ Indien op voorhand duidelijk is dat het opstalrecht op enig moment zal eindigen, hetgeen het geval is bij een tijdelijk recht van opstal, zal een dergelijke ontbindende voorwaarde op grond van art. 3:85 lid 1 BW worden gezien als een tijdsbepaling. Door de werking van art. 3:85 lid 1 BW wordt de verbintenis strekkende tot tijdelijke overdracht van het WKO-systeem van rechtswege omgezet in een verbintenis strekkende tot vestiging van een vruchtgebruik op het goed ten behoeve van de WKO-exploitant voor de gestelde tijd.¹⁸

Het is de vraag of aan die consequentie kan worden ontkomen door in de notariële akte het tijdelijke recht van opstal te vestigen onder de ontbindende voorwaarde van het faillissement van de WKO-exploitant.¹⁹ Zou een dergelijke ontbindende voorwaarde bij de vestiging van het tijdelijke opstalrecht tot gevolg kunnen hebben dat de WKO-exploitant (de eigendom van) het WKO-systeem onder voorwaarde verkrijgt?

Het onderscheid tussen een voorwaarde en een tijdsbepaling betreft veelal een kwestie van formulering en heeft een betrekkelijk willekeurig karakter.²⁰ Het theoretische verschil tussen een tijdsbepaling en een voorwaarde is de zekerheid dat de periode van de tijdsbepaling op enig moment afloopt tegenover de onzekerheid of de gebeurtenis die de voorwaarde vormt zal plaatsvinden.²¹

Art. 6:21 BW bepaalt dat een verbintenis voorwaardelijk is, wanneer bij rechtshandeling haar werking van een toekomstig onzekere gebeurtenis afhankelijk is gesteld. Bij de tijdsbepaling is sprake van een vaststaande termijn (de zekere tijdsbepaling) of een onzekere termijn die voortvloeit uit een met zekerheid maar op een onbekend toekomstig moment intredende gebeurtenis (de onzekere tijdsbepaling).²²

Mijns inziens blijft ook in het geval dat een tijdelijk recht van opstal wordt gevestigd onder de ontbindende voorwaarde van het faillissement

van de WKO-exploitant nog steeds op voorhand duidelijk dat het opstalrecht op een zeker moment zal eindigen: wellicht is dat al bij het faillissement van de opstalgerechtigde, maar anders in ieder geval na het verstrijken van de tijd waarvoor het opstalrecht is gevestigd. Derhalve moet de overdracht van het WKO-systeem onder de ontbindende voorwaarde van het eindigen van een dergelijk ingekleed tijdelijk recht van opstal naar mijn mening nog steeds worden gezien als een overdracht onder tijdsbepaling en zal de WKO-exploitant geen eigendom van het WKO-systeem verkrijgen maar vruchtgebruik. Consequentie hiervan is dat de eigendom van het WKO-systeem achterblijft bij de grondeigenaar.

Een complicerende factor hierbij is nog dat alleen een zelfstandig goed voorwerp kan zijn van vruchtgebruik. Een bestanddeel van een zaak kan niet met vruchtgebruik worden belast.²³ Dit leidt tot de vraag of het recht van vruchtgebruik zal zijn gevestigd op enkel het WKO-systeem of op de grond in zijn geheel. Uit de arresten HR 30 september 2005, *BNB* 2006/22 en HR 17 november 2006, *BNB* 2007/48 blijkt dat een recht van vruchtgebruik dat men heeft willen vestigen op een gedeelte van een zaak, niet noodzakelijkerwijs ongeldig is. Door uitleg van de akte van vestiging of door conversie op grond van art. 3:42 BW is het niet uitgesloten dat aan de akte de werking moet worden toegekend dat het vruchtgebruik is gevestigd op de gehele zaak, waarbij echter nader is bepaald dat de vruchtgebruiker slechts een gedeelte daadwerkelijk zal gebruiken.²⁴ Redenerend naar analogie zal mijns in-

17. H. Stolz, 'Tijdsverloop of vervulling van een ontbindende voorwaarde', in S.E. Bartels, J.B. Spath, K. Everaars (red), *Tenietgaan van beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2017, p. 33.

18. J.M.J. Chorus, *GS Vermogensrecht*, art. 3:85 BW, aant. 5.7.

19. Zie over de vestiging van een opstalrecht ten behoeve van de WKO-exploitant onder de ontbindende voorwaarde van zijn faillissement, het fiduciaverbod en de faillissementspauliana: B.C. Mouthaan, 'Hoe komt een installatie voor warmte-/koudeopslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/koudeopslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koudeopslag failliet gaat?', *WPNR* 2013/6984.

20. W.J. Zwalve, *Simplex et perpetuum, Beschouwingen over eigendom en tijd*, Den Haag 2006, p. 273 en 274.

21. H. Stolz, 'Tijdsverloop of vervulling van een ontbindende voorwaarde', in S.E. Bartels, J.B. Spath, K. Everaars (red), *Tenietgaan van beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2017, p. 32.

22. H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht*, Den Haag 2015, 2.4.5.1. en H. Stolz, 'Tijdsverloop of vervulling van een ontbindende voorwaarde', in S.E. Bartels, J.B. Spath, K. Everaars (red), *Tenietgaan van beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2017, p. 33.

23. *Asser/Bartels & Van Velten* 5 2017/262.

24. HR 30 september 2005, *BNB* 2006/22 m.nt. Van Leijenhorst en HR 17 november 2006, *BNB* 2007/48 m.nt. Van Leijenhorst.

ziens het recht van vruchtgebruik zijn gevestigd op de gehele grond, met dien verstande dat de vruchtgebruiker enkel recht heeft op het gebruik van het WKO-systeem.

Dit recht van vruchtgebruik is onderworpen aan de wetsart. 3:201 e.v. BW met alle daarbij behorende beperkingen. Daarbij is in het bijzonder van belang dat het recht van vruchtgebruik in elk geval eindigt bij de dood van de vruchtgebruiker, ontbinding van de rechtspersoon-vruchtgebruiker of na verloop van dertig jaar als de vruchtgebruiker een rechtspersoon is. Onder meer de ontbinding van de rechtspersoon-vruchtgebruiker kan tot gecompliceerde situaties leiden. Indien de WKO-exploitant in het kader van een herstructurering van de groep waar de WKO-exploitant onderdeel van uitmaakt wordt ontbonden binnen de termijn waarvoor het opstalrecht is gevestigd, eindigt de goederenrechtelijke gerechtigdheid tot het WKO-systeem eerder dan men vooraf had beoogd. Het opstalrecht kan ten titel van liquidatie-uitkering aan (een van) de aandeelhouder(s) van de WKO-exploitant worden overgedragen, maar het recht van vruchtgebruik is bij de ontbinding van de rechtspersoon geëindigd. Vanaf dat moment is de aandeelhouder van de ontbonden WKO-exploitant nog wel gerechtigd tot het opstalrecht, maar strikt genomen niet meer tot het net. Dit roept de vraag op of de aandeelhouder van de ontbonden WKO-exploitant op basis van zijn opstalrecht van de grondeigenaar kan eisen dat het WKO-systeem nogmaals aan hem wordt overgedragen, nu voor de resterende periode waarvoor het opstalrecht is gevestigd. Het was immers de bedoeling van partijen om de eigendomssituatie van het net voor eenzelfde periode te regelen. Mijns inziens zou een dergelijk recht in ieder geval in de opstalvoorwaarden kunnen worden opgenomen, zodat (de rechtsopvolger van) de grondeigenaar deze verplichting jegens de rechtsopvolger(s) van de WKO-exploitant zal hebben.

Vorenstaande leidt uiteraard tot een gekunsteld systeem. Het is de vraag of art. 3:85 lid 1 BW wel bedoeld is voor gevallen als deze, waarin opstallen – waarvan de eigendom normaliter hetzij de grond, hetzij een opstalrecht volgt – door een specifieke wetsbepaling als zelfstandige onroerende zaken worden beschouwd. Vóór 1 februari 2007 werd de eigendom van een net verkregen door middel van het vestigen van een opstalrecht waarbij het net van rechtswege terugkeerde naar de grondeigenaar aan het einde van het tijdelijke recht van opstal. Heeft de wetgever welbewust een andere situatie gecreëerd of heeft de wetgever de consequenties van art. 5:20 lid 2 BW over het hoofd gezien? Ondanks het feit dat

de wetgever waarschijnlijk niet de bedoeling zal hebben gehad dat art. 3:85 lid 1 BW van toepassing is op de hiervoor bedoelde situatie, moet men er in de rechtspraak rekening mee houden dat dit wel het geval is.

Recht op teruglevering

Het is mogelijk om in de notariële akte van vestiging van het recht van opstal een recht op teruglevering op te nemen. In het geval dat het opstalrecht eindigt moet de WKO-exploitant het WKO-systeem op basis van deze obligatoire overeenkomst terugleveren aan de grondeigenaar. Een risico dat zich bij deze constructie kan voordoen is onder andere het faillissement van de WKO-exploitant of de grondeigenaar. Daarnaast is een complicerende factor dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de grondeigenaar zijn onroerende zaak vóór het einde van het recht van opstal aan een derde overdraagt. Hier moet aandacht aan worden besteed bij de formulering van het recht op teruglevering in de notariële akte: het recht op teruglevering moet worden bedongen ten behoeve van degene die na het einde van het opstalrecht grondeigenaar is.

WKO-systeem uitgeven in erfpacht

Een andere constructie is om het WKO-systeem tijdelijk in erfpacht uit te geven aan de WKO-exploitant. De grondeigenaar is op grond van art. 5:20 lid 1 BW eigenaar van het WKO-systeem en kan de WKO-exploitant de bevoegdheid geven om het net te houden en te gebruiken. Hier is opnieuw van belang dat een beperkt recht enkel kan worden gevestigd op de onroerende zaak in zijn geheel, in dit geval de grond, waarvan het in eigen grond gelegen net naar mijn mening onderdeel uitmaakt. In de notariële akte van vestiging erfpacht kan op grond van art. 5:89 BW worden bepaald dat de erfpachter een geringer genot van de onroerende zaak heeft dan de eigenaar. Het is mogelijk het genotsrecht van de erfpachter ruimtelijk te beperken tot een gedeelte van de bezwaarde zaak. Dit geldt ook voor een onzelfstandig deel van een gebouw, mits dit gedeelte een voldoende mate van economische zelfstandigheid heeft.²⁵ Mijns inziens is dit niet anders ten aanzien van een net: de erfpachter kan een erfpachtrecht op de gehele onroerende zaak hebben, maar enkel bevoegd zijn tot het exclusieve genot van het WKO-systeem. De bevoegdheden ten aanzien van het WKO-systeem kunnen daarbij op dezelfde wijze worden geregeld als normaal gesproken gebeurt bij de vesti-

25. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/221.

ging van een opstalrecht. De WKO-exploitant verkrijgt zo een tijdelijk en overdraagbaar genotsrecht met betrekking tot het WKO-systeem. Nadeel van deze constructie is dat de grondeigenaar in de Basisregistratie Kadaster ten aanzien van de gehele onroerende zaak vermeld zal worden als gerechtigde tot “Eigendom belast met erfpacht”, terwijl de WKO-exploitant geregistreerd wordt als “Erfpachter”. Dat de bevoegdheden van de WKO-exploitant sterk zijn beperkt, wordt pas duidelijk als de onderliggende notariële akte van vestiging erfpacht wordt gelezen.

In de rechtspraak wordt dit nadeel voorkomen door het net als zodanig te registreren in de openbare registers, om vervolgens uitsluitend dat net in erfpacht uit te geven. In de zienswijze van Vonck waarbij ook de registratie van het net in de openbare registers tot gevolg heeft dat het net een zelfstandige onroerende zaak is,²⁶ is het evident dat de uitgifte van uitsluitend het net in erfpacht niet tot problemen leidt. In mijn zienswijze – waarin het in de grond aangelegde en aan de grondeigenaar toebehorende net bestanddeel van de grond is – leidt uitsluitend de uitgifte van het net in erfpacht ook niet tot onoverkomelijke problemen. Naar analogie van de hiervoor aangehaalde arresten HR 30 september 2005, *BNB* 2006/22 en HR 17 november 2006, *BNB* 2007/48 komt in een dergelijk geval aan de notariële akte de werking toe dat het recht van erfpacht is gevestigd op de gehele zaak (grond en net), zij het dat de erfpachter slechts het genot heeft van het WKO-systeem.²⁷

5. Conclusie

Naar mijn mening kan een WKO-systeem gelegen in eigen grond op grond van art. 5:20 lid 1 BW worden aangemerkt als bestanddeel van de grond, maar is sprake van een net in de zin van art. 5:20 lid 2 BW zodra het WKO-systeem door de grondeigenaar aan de WKO-exploitant is overgedragen, al dan niet in het kader van het vestigen van een recht van opstal dan wel door enkele levering van het net. Vanaf dat moment is sprake van een WKO-systeem dat zich in de grond van een ander bevindt en toebehoort aan de rechtsopvolger van de bevoegde aanlegger van het net (zijnde de grondeigenaar). Aangezien de eigendom van het net niet onlosmakelijk aan het gevestigde opstalrecht is verbonden, zoals voor 1 februari 2007 wel het geval was, bestaat de eigendom van het net naast het opstalrecht. Het is aan te bevelen om in een notariële akte van levering of afstand van het opstalrecht de (terug)levering van het net expliciet te verwoorden. Bij het einde van het opstalrecht, bijvoorbeeld door het verstrijken van de periode waarvoor het recht van opstal is gevestigd, valt het opstalrecht weg bij de WKO-exploitant. De

WKO-exploitant blijft echter op grond van art. 5:20 lid 2 BW eigenaar van het net, hetgeen meestal niet wenselijk is. Om deze situatie te voorkomen, kunnen de grondeigenaar en de WKO-exploitant ervoor kiezen om:

- (i) in de notariële akte van vestiging van het opstalrecht naast het vestigen van een tijdelijk recht van opstal het net expliciet aan de WKO-exploitant te leveren onder de ontbindende voorwaarde van het eindigen van het tijdelijke recht van opstal, waarbij een complicerende factor is dat de WKO-exploitant op grond van art. 3:85 lid 1 BW geen tijdelijke eigenaar maar slechts vruchtgebruiker wordt voor de gestelde tijd; of
- (ii) in de notariële akte van vestiging van het opstalrecht naast het vestigen van een tijdelijk recht van opstal een recht op teruglevering van het net te laten opnemen, hetgeen in principe enkel obligatoire werking heeft; of
- (iii) het net tijdelijk in erfpacht aan de WKO-exploitant uit te geven waarbij het recht van erfpacht op de grond in zijn geheel wordt gevestigd, maar waarbij het genot op de onroerende zaak op grond van art. 5:89 BW in de notariële akte van vestiging erfpacht wordt beperkt. Nadeel van deze constructie is dat de beperking van de bevoegdheden van de WKO-exploitant pas duidelijk wordt op het moment dat de notariële akte van vestiging erfpacht wordt gelezen en deze beperking niet direct uit de eigendomsinformatie in de Basisregistratie Kadaster blijkt.

Naar mijn mening is het gebruik van constructie (iii) in de rechtspraak te prefereren boven het gebruik van constructie (i) en (ii). Bij de vestiging van een tijdelijk recht van erfpacht op de gehele grond waarbij het genot van de erfpachter wordt beperkt is geen sprake van vervanging in vruchtgebruik met alle complicerende factoren van dien. In constructie (iii) speelt ook niet het probleem dat het terugkeren van de gerechtigdheid naar de grondeigenaar alleen obligatoir is geregeld. De wettelijke bepalingen ten aanzien van het recht van erfpacht zijn duidelijk en scheppen rechtszekerheid voor partijen. Het antwoord op de vraag wie de eigenaar is van het WKO-systeem op het moment dat de tijd is verstreken waarvoor het recht van erfpacht is gevestigd is eenduidig: dit is de grondeigenaar.

26. Zoals verdedigd door F.J. Vonck, ‘Eigendom van onbevoegd of in eigen grond aangelegde netten’, *WPNR* 2015/7071, p. 660.

27. Vgl. de eerder aangehaalde arresten: HR 30 september 2005, *BNB* 2006/22 m.nt. Van Leijenhof en HR 17 november 2006, *BNB* 2007/48 m.nt. Van Leijenhof.