

Congresbundel van het
Bachiene Instituut voor Vastgoedrecht



PERSPECTIEVEN VOOR VASTGOEDVRAAGSTUKKEN

Hoofdredactie:

prof. dr. T.M. Berkhout

prof. mr. dr. P.J. van der Plank

prof. mr. dr. F.J. Vonck

Perspectieven voor vastgoedvraagstukken
Congresbundel van het Bachiene Instituut voor Vastgoedrecht

Congresbundel van het
Bachiene Instituut voor Vastgoedrecht



PERSPECTIEVEN VOOR VASTGOEDVRAAGSTUKKEN

Hoofdredactie:
prof. dr. T.M. Berkhout
prof. mr. dr. P.J. van der Plank
prof. mr. dr. F.J. Vonck

EVA *grafische vormgeving en uitvoering*, www.evadehilster.nl

ISBN/EAN: 978-90-9036958-7

© Stichting Bachiene Instituut voor Vastgoedrecht en de individuele auteurs, februari 2023. Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veele-
voudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm, elek-
tronisch op geluidsband of op welke andere wijze dan ook, tenzij onder vermelding
van de titel van deze bundel en de uitgever daarvan, de Stichting Bachiene Instituut
voor Vastgoedrecht, Bijlmerdreef 24 (locatie ACT B4234), 1102 CT Amsterdam.

INHOUD

VOORWOORD	7
1 EIGENDOMSSITUATIE WKO-SYSTEEM NA EINDE TIJDELIJK OPSTALRECHT mr. M.E.A. van Loenhoud	11
2 INSTRUMENTEEL GEBRUIK VAN HET RECHT VAN ERFPACHT IN HET KADER VAN CIRCULAIR BOUWEN mr. dr. P.J. van der Plank en mr. D. de Jong	27
3 CORPORATE REAL ESTATE M&A: ENKELE AANDACHTSPUNTEN BIJ (VASTGOED) M&A-TRANSACTIES mr. W.B. Meijer	43
4 HET BEVORDEREN VAN CIRCULAIR BOUWEN. EEN ALTERNATIEF VOORSTEL mr. dr. P.J. van der Plank	71
5 ZONNEPANELEN OP (BEDRIJFS-)DAK VAN EEN ANDER: NIEUWE MODELAKTES mr. dr. D.W. Aertsen en mr. B.J. van de Bunt MRE	81
6 WET OP HET OVERLEG HUURDERS VERHUURDER BIJ VERVREEMDING WOONGELEGENHEDEN mr. M.E.A. van Loenhoud	91
7 WETSVOORSTEL DRIJVENDE OPSTALLEN: EEN JURIDISCH FUNDAMENT VOOR BOUWEN OP WATER - DEEL I: ONROERENDE DRIJVENDE OPSTALLEN mr. dr. P.J. van der Plank en mr. dr. H.D. Ploeger	99

8	WETSVORSTEL DRIJVENDE OPSTALLEN: EEN JURIDISCH FUNDAMENT VOOR BOUWEN OP WATER - DEEL II: BOEK 5 VOOR 'REGISTERGOEDEREN'	119
	mr. dr. P.J. van der Plank en mr. dr. H.D. Ploeger	
9	INDIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES; WEL OF NIET KADASTRAAL RECHERCHEREN?	137
	mr. R.R. van der Kooi	
10	EEN HALVE EEUW NADENKEN OVER HYPOTHECAIRE FINANCIERING	159
	prof. mr. A.A. van Velten	



VOORWOORD

prof. dr. T.M. Berkhout, prof. mr. dr. P.J. van der Plank en
prof. mr. dr. F.J. Vonck

Met het oprichtingsseminar van 16 februari 2023 wordt een nieuw hoofdstuk ingeluid voor Stichting Bachiene Instituut voor Vastgoedrecht. Deze stichting werd op 17 mei 1961 opgericht als Stichting Fundatie Bachiene, ter gelegenheid van het jubileum van de toenmalige Utrechtse Hypotheekbank. De stichting is genoemd naar Philip J. Bachiene (1814-1881), die beschouwd kan worden als de grondlegger van het Nederlandse hypotheekbankwezen. De historie van de stichting werd door Aart van Velten op prachtige wijze beschreven en hebben wij omwille van de geschiedschrijving in deze bundel opgenomen als hoofdstuk 10.¹

Sinds haar oprichting bevordert de stichting rechtswetenschappelijk onderzoek op het gebied van het vastgoedrecht, door het stimuleren van wetenschappelijke publicaties, het ondersteunen van afstudeer-, promotieonderzoeken en wetenschappelijke excursies, en het uitgeven van de ‘Bachiene reeks’: bundels met daarin onder de vlag van Bachiene verschenen publicaties, waaronder de meest recente congresbundel die hier voor u ligt.

Na het laatste Bachiene-congres *Vastgoedfinanciering: klaar voor de toekomst*, dat plaatsvond op 31 maart 2016, heeft het bestuur van de stichting de samenwerking gezocht met drie vooraanstaande notaris- en advocatenkantoren met een prominente vastgoedpraktijk: Allen & Overy, Houthoff en Loyens &

1 Een herdruk van A.A. van Velten, ‘Een halve eeuw nadenken over hypothecaire financiering’, in: T.M. Berkhout en A.A. van Velten (red.), *Vastgoedfinanciering in woelige tijden*, Amsterdam: Stichting Fundatie Bachiene 2012, p. 7-13.

Loeff, met als doel de focus van het wetenschappelijke onderzoek te verbreden, met een duidelijke link naar vraagstukken die zich in de vastgoedpraktijk voordoen. Om de wetenschappelijke kwaliteit van het onderzoek te bewaken is samenwerking gezocht met de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden, (in het bijzonder prof. mr. dr. C.G. Breedveld-de Voogd) en zijn vanuit Houthoff prof. mr. dr. P.J. van der Plank (hoogleraar aan de Open Universiteit) en vanuit Loyens & Loeff prof. mr. dr. F.J. Vonck (hoogleraar aan de Vrije Universiteit Amsterdam) bij de samenwerking betrokken.

De aldus gevormde samenwerking is in 2018 in relatieve luwte van start gegaan, maar heeft sinds die tijd geresulteerd in een reeks publicaties:

- M.E.A. van Loenhoud, 'Eigendomssituatie WKO-systeem na einde tijdelijk opstalrecht', *WPNR* 2019/7221;
- P.J. van der Plank en D. de Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen', *WPNR* 2019/7224;
- W.B. Meijer, 'Corporate Real Estate M&A: enkele aandachtspunten bij (vastgoed) M&A-transacties', *WPNR* 2019/7225;
- P.J. van der Plank, 'Het bevorderen van circulair bouwen. Een alternatief voorstel', *TBR* 2019-7/89;
- D.W. Aertsen en B.J. van der Bunt, 'Zonnepanelen op (bedrijfs)dak van een ander: nieuwe modelaktes', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2019/40;
- P.J. van der Plank en H.D. Ploeger, 'Wetsvoorstel drijvende opstallen: een juridisch fundament voor bouwen op water, deel I: Onroerende Drijvende opstallen', *WPNR* 2021/7319;
- P.J. van der Plank en H.D. Ploeger, 'Wetsvoorstel drijvende opstallen: een juridisch fundament voor bouwen op water, deel II: Wijziging Boek 5 naar Registergoederen', *WPNR* 2022/7356;
- R.R. van der Kooi, 'Indirecte vastgoedtransactie; wel of niet kadastraal rechercheren?' *WPNR* 2021/7346.

Het succes van deze samenwerking wordt gevierd met de oprichting van het Bachiene Instituut voor Vastgoedrecht. Het instituut legt zich erop toe om in samenwerking met de genoemde partners het wetenschappelijk onderzoek op

het terrein van fundamentele, voor de complexe vastgoedpraktijk relevante thema's te bestendigen.

Deze bundel verschijnt ter gelegenheid van het oprichtingsseminar van het Bachiene Instituut voor Vastgoedrecht en bevat de fraaie publicaties die in de aanloop naar zijn totstandkoming zijn verschenen. Wij wensen u veel leesplezier.

Prof. dr. T.M. Berkhout

Prof. mr. dr. P.J. van der Plank

Prof. mr. dr. F.J. Vonck

Het Bachiene Instituut voor Vastgoedrecht is een samenwerkingsverband tussen drie kantoren met een prominente vastgoedpraktijk (Allen & Overy, Houthoff en Loyens & Loeff) en de Universiteit Leiden. Het instituut heeft tot doel het bevorderen van voor de praktijk relevant wetenschappelijk onderzoek op het gebied van het vastgoedrecht en is de hoofdactiviteit van Stichting Bachiene Instituut voor Vastgoedrecht.

Uniek is de samenwerking tussen drie kantoren in de top van de vastgoedmarkt (Allen & Overy, Houthoff, Loyens & Loeff) en de Universiteit Leiden. De centrale onderzoeksagenda betreft de goederenrechtelijke vormgeving van vastgoedprojecten, de structurering van vastgoedtransacties, financieringsvraagstukken en daaraan gerelateerde innovaties.

De oorspronkelijk te Utrecht gevestigde stichting Fundatie Bachiene is op 17 mei 1961 opgericht. De stichting was genoemd naar Philip J. Bachiene (1814-1881) die beschouwd kan worden als de grondlegger van het Nederlandse hypotheekbankwezen. Sinds haar oprichting bevordert de stichting rechtswetenschappelijke publicaties op het terrein van fundamentele, voor de complexe vastgoedpraktijk relevante civielrechtelijke thema's, onder meer door het uitgeven van boeken in de zogenoemde 'Bachiene-reeks', het financieel ondersteunen van onderzoeksprojecten (waaronder promoties en artikelen) en het beleggen van themabijeenkomsten.

CURATORIUM STICHTING BACHIE NE INSTITUUT VOOR VASTGOEDRECHT

- prof. dr. Tom Berkhout MRE MRICS
- prof. dr. Steven Bartels
- mr. Wilfred Groen
- Vincent Maagdenberg

1



EIGENDOMSSITUATIE WKO-SYSTEEM NA EINDE TIJDELIJK OPSTALRECHT*

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

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

* M.E.A. van Loenhoud, 'Eigendomssituatie WKO-systeem na einde tijdelijk opstalrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2019/7221.

** 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 promotionele aard, betrekking hebbende op onroerende en andere registergoederen.

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 bodemplussen 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 artikel 5:20 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is. Indien dat het geval is, 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 artikel 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

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.

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 artikel 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.

2. IS EEN WKO-SYSTEEM EEN NET IN DE ZIN VAN ARTIKEL 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 artikel 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.

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.

Naar mijn mening valt een net dat door de grondeigenaar volledig in eigen grond is aangelegd niet onder de werking van artikel 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 artikel 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 artikel 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 artikel 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 artikel 1.1 Waterbesluit.

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.

Artikel 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 artikel 5:20 lid 2 BW valt.⁸

In de definitie van een open bodemenergiesysteem in artikel 1.1 Waterbesluit wordt niet gesproken van een circuit van leidingen, waardoor het onduidelijk is of een dergelijk open bodemenergiesysteem onder de werking van artikel 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 artikel 5:20 lid 2 BW vallen – dat beide systemen onder de reikwijdte van artikel 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

Met Janssen ben ik van mening dat een WKO-systeem gelegen in andermans grond onder de reikwijdte van artikel 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 artikel 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 artikel 5:20 lid 2 BW. In het navolgende ga ik hiervan uit.

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*, artikel 5:20 BW, aant. 8.4.4.

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 artikel 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 artikel 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 artikel 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 voortvloeien 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

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*, artikel 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.

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 artikel 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 artikel 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

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*, artikel 5:20 BW, aant. 8.9.

akte blijkt dat het de bedoeling van partijen was dat de overdracht van het net in de notariële akte ligt besloten.¹⁴

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 eigendomsoverdracht 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 eigendomsoverdracht 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.

¹⁴ Analogie: HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011/111 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*).

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.

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 artikel 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 rechtsoptvolger 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 behandeld.

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. Artikel 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 artikel 3:85 lid 1 BW worden gezien als een tijdsbepaling. Door de werking van artikel 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 derge-

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*, artikel 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

lijke 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 Artikel 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.

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. Zwolve, *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.

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 artikel 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 inziens 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 wetsartikelen 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

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.

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 artikel 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 artikel 5:20 lid 2 BW over het hoofd gezien? Ondanks het feit dat de wetgever waarschijnlijk niet de bedoeling zal hebben gehad dat artikel 3:85 lid 1 BW van toepassing is op de hiervoor bedoelde situatie, moet men er in de rechtspraktijk 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 artikel 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 artikel 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 vestiging 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 rechtspraktijk 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

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

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 artikel 5:20 lid 1 BW worden aangemerkt als bestanddeel van de grond, maar is sprake van een net in de zin van artikel 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 artikel 5:20 lid 2 BW eigenaar

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 Leijenhorst en HR 17 november 2006, *BNB* 2007/48 m.nt. Van Leijenhorst.

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 artikel 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 artikel 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. ■

2

■ ■ ■ ■ ■ ■

INSTRUMENTEEL GEBRUIK VAN HET RECHT VAN ERFPACHT IN HET KADER VAN CIRCULAIR BOUWEN^{1*}

mr. dr. P.J. van der Plank** en mr. D. de Jong***

Is het mogelijk in het kader van circulair bouwen een recht van erfpacht te vestigen ten behoeve van een gevelleverancier, waarbij het genot van de erfpachter beperkt is tot dat van de gevel? Deze vraag staat in deze bijdrage centraal. Besproken zal worden of het mogelijk is om door middel van instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht tegemoet te komen aan de wens in de praktijk om een recht van erfpacht te vestigen ten behoeve van een beperkt gedeelte van een gebouw.

1. CIRCULAIR BOUWEN

Waarom zou een gevelbouwer rechthebbende willen blijven van een door hem geplaatste gevel? Enerzijds is de reden hiervoor om de grondstoffen/onderdelen waaruit een gevel is opgebouwd te kunnen hergebruiken. Het

* P.J. van der Plank en D. De Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2019/7224.

** Professional support lawyer werkzaam bij Houthoff (p.van.der.plank@houthoff.com).

*** Kandidaat-notaris werkzaam bij Houthoff (d.de.jong@houthoff.com).

¹ Het onderzoek waarop dit artikel gebaseerd is, is mede mogelijk gemaakt door Stichting Fundatie Bachiene, welke stichting onder meer ten doel heeft het stimuleren van onderzoek en andere werkzaamheden van wetenschappelijke en praktijkgerichte aard op het gebied van het vastgoedrecht.

aantal grondstoffen is beperkt en de voorraad is eindigend.² De gevelbouwer is degene voor wie het hergebruiken van onderdelen en grondstoffen van de gevel de meeste waarde vertegenwoordigt. Door gevels te ontwikkelen, waarvan de grondstoffen en onderdelen op een zeker moment hergebruikt kunnen worden, wordt kapitaalvernietiging voorkomen. Anderzijds wordt bij de ontwikkeling van gebouwen nog lang niet altijd gekozen voor de hoogste kwaliteit. Waarom zou een opdrachtgever kiezen voor de kwalitatief beste (of althans: betere) en duurzame gevel, terwijl ook gekozen kan worden voor een goedkopere en minder duurzaam alternatief dat eveneens aan de eisen van de markt (lees: beleggers) voldoet?

Kwalitatief betere gevels hebben vaak lagere onderhouds- en vervangingskosten, zodat deze op de lange termijn goedkoper voor zowel gebruiker als eigenaar van het gebouw kunnen zijn. Vervanging van de gevel is in het huidige ‘klassieke overdracht-model’³, waarbij een opdrachtgever na ontwikkeling het gebouw (met huurder) overdraagt aan een belegger, veelal de zorg van laatstgenoemde. Bij opdrachtgevers bestaat in dit model om die reden niet altijd de motivatie te kiezen voor een duurdere, maar wel kwalitatief hoogwaardigere en duurzamere optie, indien dit prijsverschil niet verdisconteerd zit in de prijs die hij bij overdracht verkrijgt.

Het idee achter circulair bouwen is dat de focus verschuift van bezit naar gebruik en daarmee van aankoopprijs naar gebruikskosten.⁴ Een gevel wordt in

2 Zo werd op 24 januari 2017 door 180 partijen het Nationaal Grondstoffenakkoord getekend in Den Haag. De ambitie van dit akkoord is blijkens de tekst van de overeenkomst, om gezamenlijk een circulaire economie te realiseren, waarmee efficiënt en slim omgegaan wordt met grondstoffen en materialen om het verdienvermogen van de Nederlandse economie te versterken en het duurzaam omgaan met kapitaal en klimaat- en andere milieudoelstellingen te realiseren. Dit tegen de achtergrond van het programma ‘Nederland Circulair in 2050’. Zie over de juridische uitdagingen die dit oplevert eveneens: A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2018, p. 71.

3 Dit is geen algemeen gebruikte term, maar is door ons gekozen als duiding en beschrijving van de bestaande manier van gebouwontwikkeling en daaropvolgende overdracht.

4 Zie over circulair bouwen: R. Koolhoven, ‘Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht’, in: *Circulair bouwen (VBR Preadvies)*, Den Haag: IBR, N.C. Streep, ‘De eigendom voorbij’, *Ars Aequi* 2018/612, R. Koolhoven, ‘Worden ‘slimme’ zaken ook nagetrokken in de circulaire economie?’, *WPNR* 2018/7194, M.A.B. Chao-Duivis, ‘Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel I)’, *TBR* 2017/154, A.M. Schmidt, ‘Diensten in de circulaire economie en enkele mogelijke privaatrechtelijke belemmeringen’, M en R 2017/120. A.J. Mes, H.D. Ploeger, B.A.M. Janssen, *Eigendom van*

zo een geval door de gebruiker van een gebouw geleased van de gevelbouwer (lees: erfpachter). Voor de eigenaar of gebruiker van het gebouw betekent dit dat hij voor een vast bedrag per maand het gebruik van een gevel heeft, die gedurende de volledige levensduur voldoet aan vooraf overeengekomen specificaties. De gevelbouwer is gedurende de lease verantwoordelijk voor het onderhoud en eventuele vervanging van de gevel. Hoewel dit wellicht als een omslachtige constructie kan klinken, wordt de roep in de praktijk om dit juridische mogelijk te maken luider. Om die reden in deze bijdrage een verkenning naar de mogelijkheden die het recht van erfpacht biedt.

2. WAAROM EEN RECHT VAN ERFPACHT EN GEEN OPSTALRECHT?

In de literatuur wordt reeds jaren de discussie gevoerd in hoeverre bestanddelen van een gebouw verzelfstandigd kunnen worden middels het vestigen van een opstalrecht.⁵ Art. 5:101 BW bepaalt dat een opstalrecht gevestigd kan worden om een ‘gebouw of werk’ (of beplanting) in eigendom te verkrijgen. Uit deze formulering wordt afgeleid dat hetgeen door middel van een opstalrecht verzelfstandigd wordt een zekere mate van zelfstandigheid, c.q. individualiseerbaarheid dient te hebben. Onduidelijkheid bestaat echter over de vraag hoe men bepaalt of iets voldoende individualiseerbaar is om het te kunnen verzelfstandigen met een opstalrecht. Algemeen wordt aangenomen dat na-

onroerende zaken, met name natrekking, in: *Boek 5 van de Toekomst* (KNB Preadvies) Den Haag: SDU 2016, p. 158 en M. van der Veen, M. Hulshof, H.D. Ploeger, Cascokoop: wenkend perspectief binnen een circulaire economie, *WPNR* 2014/7033.

- 5 Zie o.m. A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2018, p. 568-571; K.J.H. Hoofs, *Doorbreking van de natrekking in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Maastricht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 97-101; H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties. Koop*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 44-46; Pitlo/Snijders & Rank-Berenschot 2017, nr. 708; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/335-342, 362; H.D. Ploeger & J. de Jong, *Erfpacht en opstal*, Deventer: Kluwer 2008, p. 79-80. T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 627-632.; H.D. Ploeger & J.E. Stoter, ‘3D Kadaster en volumepercelen. Ruimtelijke verdeling van vastgoed’, *WPNR* 2005/6609; G.E. van Maanen, ‘Ondergronds en bovengronds bouwen. De juridische infrastructuur’, *WPNR* 1998/6326; H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, nrs. 223-228; Asser/Davids, Mijnsen & Van Velten 3-II 1996, nr. 89; Asser/Beekhuis, Davids, Mijnsen & Van Velten 3-II 1990, nr. 310.

trekking op grond van art. 3:3 jo 5:20 lid 1 sub e BW in ieder geval doorbroken kan worden, maar of dat ook geldt voor zaken die op grond van art. 3:4 BW-bestanddeel zijn, bestaat discussie. Sommige auteurs zijn stellig in dat het kan,⁶ anderen bepleiten dat het niet kan.⁷ Een uitgebreide bespreking van deze discussie schiet echter voorbij aan het doel van deze bijdrage.⁸

Wat betreft een gevel zijn wij overigens van mening dat zeker verdedigd kan worden dat deze een voldoende mate van zelfstandigheid heeft. Zo heeft de Hoge Raad zeer recentelijk nog een arrest gewezen waarbij een bedrijfspand gesloopt werd, met uitzondering van de gevel. De gevel werd vervolgens geïntegreerd in het nieuwe gebouw.⁹ Ook bij de verbouwing van het De La Mar Theater aan de Marnixstraat in Amsterdam werd de gevel uit 1880 behouden en aangevuld met een moderne gevel. Anderzijds zijn tegenargumenten ook mogelijk, beseffen wij. Gezien de onduidelijkheid die bestaat over de beperkingen die gelden voor de vestiging van het opstalrecht, wordt gezocht naar andere goederenrechtelijke mogelijkheden om circulair bouwen mogelijk te maken.

-
- 6 Zo is Kleyn zeer stellig dat het mogelijk is art. 3:4 BW-bestanddelen te verzelfstandigen met een opstalrecht, zie W.M. Kleyn, 'Wat is onroerend en wat is roerend?', *JBN* 1995/95. Zie eveneens in positieve zin: Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/249, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, 2012, nr. 668 en 708, Th.F. de Jong, *De structuur van het Goederenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.
- 7 E.C.M. Wolfert, 'Bestanddeel of zaak? Over het onderscheid en de samenhang tussen de artikelen 3:4 en 5:20 BW. (II, slot)', *WPNR* 2003/6525, p. 284-285. Zie eveneens: J. Th. Smalbraak, 'Opstalrecht of appartementsrecht', *WPNR* 1975/5292, p. 59. In zijn dissertatie was Ploeger stellig dat het niet kon (H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 218), maar lijkt minder stellig in J. de Jong en H.D. Ploeger, *Mon. BW B28, Erfpacht en Opstal*, Deventer: Kluwer 2008, p. 80.
- 8 Voor een uitgebreide bespreking van de discussie en de visie van auteurs hierop, verwijzen wij naar: P.J. van der Plank, 'Is het mogelijk art. 3:4 BW-bestanddelen te verzelfstandigen door middel van het vestigen van een recht van opstal?', *WPNR* 2016/7108 en P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016, p. 42-54.
- 9 HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1866. De vraag die aan de Hoge Raad voorgelegd werd was of een nieuw gebouw c.q. bouwterrein was geleverd, zodat de levering belast was met omzetbelasting en een beroep gedaan kon worden op de vrijstelling van overdrachtsbelasting ex artikel 15.1.a WBR.

3. TOEPASSING VAN HET RECHT VAN ERFPACHT TEN BEHOEVE VAN EEN GEVEL

De centrale vraag in deze bijdrage luidt of het mogelijk is een recht van erfpacht te vestigen ten behoeve van een gevelbouwer, opdat hem de bevoegdheid toekomt een gevel aan te brengen voor een gebouw, ten aanzien waarvan hij zich als eigenaar kan gedragen. Het idee is dat de gevel vervolgens geleased wordt door de eigenaar (of gerechtigde) van de rest van het gebouw. Gedurende de looptijd van het recht van erfpacht is de erfpachter verplicht de gevel te onderhouden. Bij het einde van het recht van erfpacht (of bij het einde van de levensduur van het gebouw) moet de mogelijkheid bestaan dat de erfpachter de gevel wegneemt, teneinde de grondstoffen te kunnen hergebruiken. De vraag is of de regeling omtrent het erfpachtrecht dit samenspel van rechten en verplichtingen mogelijk maakt.¹⁰

Op grond van art. 5:85 BW geeft het recht van erfpacht aan de erfpachter de bevoegdheid eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken. Uit art. 5:89 lid 1 BW kan afgeleid worden dat het genot van de erfpachter in de akte van vestiging beperkt kan worden. De erfpachter is ook bevoegd om op de zaak die hij in erfpacht heeft gebouwen, werken of beplantingen aan te brengen. Wat betreft de term ‘gebouwen en werken’ heeft de Hoge Raad in 2010 bepaald dat dit ruim uitgelegd dient te worden en dat dit ziet op constructies die door mensenhanden vervaardigd zijn.¹¹ Dat een gevel een werk is, staat derhalve buiten kijf. Op grond van art. 5:94 BW is de erfpachter bevoegd de zaak waarop het recht van erfpacht rust te verhuren, of verpachten, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald. Tot slot bepaalt art. 5:89 lid 3 BW dat de erfpachter, zowel tijdens de duur van de erfpacht als bij het einde ervan,

¹⁰ De gevelease werd in het kader van circulair bouwen reeds meermalen als voorbeeld genoemd, zie: R. Koolhoven, ‘Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht’, in: *Circulair bouwen* (VBR Preadvies), Den Haag: IBR, N.C. Streep, ‘De eigendom voorbij’, *Arx Aequi*, 2018/612, R. Koolhoven, ‘Worden ‘slimme’ zaken ook nagetrokken in de circulaire economie?’, *WPNR* 2018/7194, A.J. Mes, H.D. Ploeger, B.A.M. Janssen, Eigendom van onroerende zaken, met name natrekking, in: *Boek 5 van de Toekomst* (KNB Preadvies) Den Haag: SDU 2016, p. 160 en M. van der Veen, M. Hulshof, H.D. Ploeger, Cascokoop: wenkend perspectief binnen een circulaire economie, *WPNR* 2014/7033.

¹¹ HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236 (Dijkdoorbraak Wilnis).

de bevoegdheid heeft de aangebrachte gebouwen, werken en beplantingen weg te nemen.¹²

De regeling omtrent erfpacht maakt het gezien het bovenstaande mogelijk voor de erfpachter om de onroerende zaak waarvan hij het genot heeft, middels een leaseovereenkomst in gebruik aan een ander te geven. Ook biedt het erfpachtrecht voldoende mogelijkheden om afspraken te maken over de gevolgen van het tenietgaan van het recht. Men kan hierbij denken aan verlengingsmogelijkheden, wegneemrechten of wegneemplichten, al dan niet met vergoedingsplichten voor de gebouweigenaar.

4. GENOT VAN EEN BESTANDEEL

Zo resteert in wezen één vraag en dat is: is het mogelijk middels een recht van erfpacht het genot te verschaffen van een bestanddeel van een gebouw, in dezen: de gevel? De vraag of de gevel nagetrokken wordt door het gebouw waarvan zij onderdeel uitmaakt, lijdt onzes inziens geen twijfel. Naar verkeersopvatting (art. 3:4 lid 1 BW) zal een gevel bestanddeel zijn van het gebouw waartoe het behoort.¹³ Zoals reeds opgemerkt, bestaat er discussie over de vraag of een recht van opstal gevestigd kan worden ten behoeve van een 3:4 BW-bestanddeel. Maar geldt dit ook voor een recht van erfpacht? Is het mogelijk om middels de vestiging van een recht van erfpacht het genot te verschaffen van een 3:4 BW-bestanddeel? In het navolgende zullen wij uiteenzetten dat wij concluderen dat het antwoord op deze vraag bevestigend luidt.

¹² Mits hij de in erfpacht gegeven zaak in de oude toestand terugbrengt.

¹³ Mocht het zo zijn dat een gevel op grond van de verkeersopvatting van art. 3:4 lid 1 BW geen bestanddeel is van het gebouw, zal natrekking plaatsvinden omdat de gevel als onroerende zaak moet worden aangemerkt (in de zin van art. 3:3 lid 1 BW) en daardoor op grond van art. 5:20 lid 1 sub e BW nagetrokken worden door de grond. Zie HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0813.

5. HORIZONTAAL GELAAGDE ERFPACHT

Algemeen wordt aangenomen dat horizontaal gelaagd erfpacht naar huidige recht mogelijk is.¹⁴ Hierbij worden meerdere rechten van erfpacht gevestigd op hetzelfde grondstuk, waarbij ieder recht van erfpacht het genot verschafft van een bepaalde bouwlaag. Van Velten geeft hierbij het voorbeeld dat een recht van erfpacht gevestigd wordt, waarbij het genot beperkt is tot het gebruik van de onder het maaiveld gelegen grond (voor de bouw van een parkeergarage) en een recht van erfpacht om boven de grond een multifunctioneel gebouw te hebben of een bepaalde verdieping daarvan.¹⁵ Waarom zou dit anders zijn, indien het erfpachtrecht niet horizontaal, maar verticaal gelaagd is?

Mes, Ploeger en Janssen schrijven in het KNB-preadvies 2016 dat art. 5:89 lid 1 BW voldoende ruimte biedt aan partijen om een driedimensionale inhoud te geven aan het recht van erfpacht, maar dat de afgebakende gedeelten naar verkeersopvatting zelfstandige eenheden zijn (en dat de verschillende rechten elkaar inhoudelijk niet dienen te ‘bijten’). Zij doen een aanbeveling art. 5:89 BW aan te passen in die zin dat deze bevoegdheid expliciet gemaakt wordt in de wet.¹⁶

Ook Asser/Bartels & Van Velten stellen in dit kader dat het mogelijk is het genotsrecht van de erfpachter ruimtelijk te beperken tot een gedeelte van de bezwaarde zaak, mits het gedeelte “een voldoende mate van economische zelfstandigheid heeft”.¹⁷ ¹⁸ Dit is opvallend, omdat dit criterium in de wet

¹⁴ Zie o.m. A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2018, p. 77—82 en p. 578, Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/221, A.J. Mes, H.D. Ploeger en B.A.M. Janssen, Onderdeel IV, *Boek 5 van de Toekomst* (KNB Preadvies) Den Haag: SDU 2016, p. 178. Anders B.C. Mouthaan, *Opstal en erfpacht als juridische instrumenten voor meervoudig grondgebruik*, Den Haag: IBR 2013, p. 66 en 153-154. Struycken is ook enigszins terughoudend in de vraag of dit kan, zie: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer Kluwer 2007, p. 450-451. Hij verwijst hierbij naar ons inziens ten onrechte naar het Tandartspraktijkarrest.

¹⁵ A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2018, p. 578.

¹⁶ Heyman merkt hierover kritisch op dat het hem overdreven voorkomt de wetgever aan het werk te zetten omdat twee auteurs een andere mening zijn toegedaan. Zie H.W. Heyman, ‘Boekaankondiging: KNB-preadviezen 2016 Onderdelen IV, V en VIII’, *WPNR* 2016/7095.

¹⁷ *Asser/Bartels & Van Velten* 5 2017/221.

¹⁸ Vonck lijkt van mening te zijn dat indien het genot van het recht van erfpacht beperkt is tot

noch in de Parlementaire Geschiedenis te vinden is. Onzes inziens geldt het vereiste van ‘voldoende zelfstandigheid’ wel indien een onroerende zaak gedeeltelijk bezwaard wordt met een recht van erfpacht, maar niet indien het recht van erfpacht rust op de gehele zaak, doch het genot beperkt wordt tot een bepaald gedeelte van de onroerende zaak.

6. HET VEREISTE VAN ‘VOLDOENDE ZELFSTANDIGHEID’

De Hoge Raad heeft zich tot op heden niet uitgesproken over eventuele grenzen aan het beperken van het genot van een erfpachter in de door ons besproken zin. Wel is door de Hoge Raad reeds meermalen bevestigd dat het mogelijk is om een gehele (onroerende) zaak te bezwaren met een recht van vruchtgebruik, waarbij in de akte van vestiging het gebruik van de vruchtgebruiker beperkt is tot slechts een gedeelte van de onroerende zaak.¹⁹ In deze arresten was het gedeelte waartoe het gebruik strekte naar verkeersopvatting niet aan te merken als een zelfstandige zaak, nu het zag op het gebruik van enkele kamers in een woning.

Hiervan moet onderscheiden worden de casus die speelde in het Tandartspraktijkarrest.²⁰ Daar was een praktijkruimte verbonden aan een woning en was een recht van vruchtgebruik gevestigd enkel op het gedeelte van de grond waarop de praktijkruimte stond. In dat geval bepaalde de Hoge Raad dat om een beperkt recht te vestigen *op een gedeelte van de zaak*, dit gedeelte zich moest lenen tot verticale splitsing. Voor de overdracht van de eigendom van een gedeelte van een gebouw en derhalve ook voor vestiging van een vruchtgebruik op een gedeelte, moet volgens de Hoge Raad sprake zijn van twee onafhankelijk van elkaar te gebruiken bouwsels. Dit is anders dan de

een gedeelte van de onroerende zaak, hiervoor wel een enige mate van zelfstandigheid vereist is. Heel stellig is hij hierover niet. Hij voegt hieraan toe dat het de vraag is hoe strak de Hoge Raad aan dit principe vasthoudt. F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het erfrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 64-65.

¹⁹ Zie: HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3550, BNB 2006/22 en HR 10 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:5, BNB 2014/68.

²⁰ HR 29 mei 1985, NJ 1986/274 (Tandartspraktijk).

vraag of een (gehele) onroerende zaak bezwaard kan worden met een beperkt recht, waarbij het genot van het beperkte recht beperkt is tot een gedeelte van de onroerende zaak. Dit stelt de Hoge Raad expliciet:

“Het overwogene onder 3.5 brengt niet noodzakelijkerwijs mee dat geen geldig recht van gebruik en bewoning is gevestigd. Het is immers geenszins uitgesloten dat – zo niet krachtens uitleg van de vestigingsakte, dan toch in elk geval krachtens artikel 3:42 BW – aan de akte de werking moet worden toegekend dat het recht van gebruik en bewoning is gevestigd op de gehele onroerende zaak, waarbij echter bij de akte nader is bepaald dat belanghebbende slechts het in de akte omschreven gedeelte daadwerkelijk gebruikt en de eigenaren het andere gedeelte.”²¹

Wat betreft het recht van gebruik en bewoning geldt derhalve geen beperking dat het genot moet zien op een gedeelte dat ‘voldoende zelfstandig is’. Met Pleysier zijn wij van mening dat dit evenmin geldt indien een erfpachtrecht op de gehele zaal gevestigd wordt, maar het genot van de erfpachter beperkt wordt tot een gedeelte van de zaak.²²

7. DE RATIO VAN HET VEREISTE VAN VOLDOENDE ZELFSTANDIGHEID BIJ HET OPSTALRECHT

Zoals in het bovenstaande is besproken, wordt ten aanzien van de vestiging van een recht van opstal ten behoeve van een gedeelte van een gebouw wel aangenomen dat dit gedeelte voldoende zelfstandigheid, c.q. individualiseerbaarheid dient te hebben. Waarom geldt dit vereiste wel voor het recht van opstal en niet indien het genot van een erfpachter beperkt wordt tot een gedeelte?

²¹ HR 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2380, BNB 2007/48.

²² A.J.H. Pleysier, ‘Iets over appartementsrecht en erfpacht’, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1990/1, p. 1-2.

Bij het opstalrecht is deze beperking gelegen in het eenheidsbeginsel van art. 5:3 BW: je kan geen eigenaar zijn van een gedeelte van een zaak dat geen enkele mate van zelfstandigheid heeft.^{23 24} Het erfpachtrecht verschaft echter geen eigendom.

De Jong/Ploeger bespreken drie essentiële kenmerken van het recht van erfpacht: (1) het recht moet rusten op een onroerende zaak, (2) de erfpachter dient het genot te hebben van de in erfpacht verkregen zaak, (3) de erfpachter dient met betrekking tot het recht in relatie te staan tot een hoofdgerechtigde.²⁵ Het tweede kenmerk ziet er op dat de erfpachter *genot* van de zaak dient te hebben. Niet dat het genot de gehele zaak dient te betreffen, of dat het genot dient te zien op een gedeelte dat een voldoende mate van zelfstandigheid heeft. Het feit dat een erfpachter wel enig gebruik van de zaak moet hebben, wordt door Meijers expliciet bepaald in zijn toelichting bij art. 5:89 BW. Een beding dat de erfpachter het recht ontzegt om de zaak te houden of een beding dat hem elk recht om de zaak te gebruiken ontnemt, heeft volgens hem, tot gevolg dat een recht van erfpacht niet tot stand komt.²⁶ Dit betekent niet dat het genot niet beperkt mag worden volgens Meijers:

“Het laat partijen vrij om te bepalen tot welk gebruik van de zaak een erfpachter bevoegd zal zijn. Het meest beperkte en het meest uitgebreide genot kunnen dus beide inhoud zijn van het erfpachtsrecht.”²⁷

Wat kan nu uit het bovenstaande afgeleid worden? Naar ons mening kan uit de wettekst omtrent het erfpachtrecht, noch uit de Parlementaire Geschiedenis afgeleid worden dat voor een ruimtelijke afbakening van het genot van de erfpachter het vereiste geldt van een ‘voldoende mate van zelfstandigheid’.

23 Zie ook *Asser/Bartels & Van Velten* 5 2017/221.

24 Voor de vraag in hoeverre de opstaller daadwerkelijk eigenaar wordt van de opstallen, zie: H.W. Heyman, ‘Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller’, in: W.G. Huijgen e.a., *2000 jaar eigendom en beperkte rechten* (Pleysierbundel), Deventer: Kluwer 2005.

25 J. de Jong en H.D. Ploeger, Mon. BW B28, *Erfpacht en Opstal*, Deventer: Kluwer 2008, p. 18.

26 TM, PG Boek 5, p. 308.

27 TM, PG Boek 5, p. 308.

Ook het goederenrechtelijk systeem vereist niet zo een beperking: het recht rust immers op de gehele onroerende zaak (met de grond als startpunt), zodat dit geen strijd oplevert met het specialiteitsvereiste, c.q. uniciteitsbeginsel.²⁸ Uit de akte van vestiging blijken de (eventuele) beperkingen aan het genotsrecht van de erfpachter. Of dit nu een ruimtelijk afbakening is, of een inhoudelijke maakt onzes inziens geen verschil.²⁹

Dit staat uiteraard los van het feit dat het gedeelte van de onroerende zaak waarop het genot van de erfpachter ziet, wel precies beschreven dient te worden in de akte van vestiging, met oog op het door art. 3:84 lid 2 BW vereiste, dat de titel met voldoende bepaaldheid omschreven moet zijn. Het is niet mogelijk een beperkt recht te vestigen waarvan het genot ziet op een niet nader omschreven gedeelte van het gebouw. Dit is echter iets anders dan dat het gedeelte waartoe het genot van de erfpachter ziet fysiek een bepaalde mate van zelfstandigheid dient te hebben.

8. OPGEWORPEN BEZWAREN VERTICAAL GELAAGD ERFPACHT

Uiteraard zijn er bezwaren op te werpen tegen de mogelijkheid om een recht van erfpacht te vestigen voor een gevel. Streep bespreekt er in een recente bijdrage in *Ars Aequi* drie.³⁰

HET RECHT VAN ERFPACHT GEEFT EEN GEBRUIKSRECHT EN GEEN EIGENDOM

Het recht van erfpacht geeft op grond van art. 5:85 BW inderdaad het recht eens anders onroerende zaak ‘te houden en te gebruiken’. Door het recht van erfpacht enkel als een gebruiksrecht aan te duiden, doet men onzes inziens geen recht aan het gebruik ervan in de praktijk. Daar waar het erfpachtrecht

28 V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016, p. 10-12.

29 Deze manieren ter afbakening van het erfpachtrecht zijn besproken door Struycken, die in zijn dissertatie naast deze wijze van afbakening van een beperkt recht ook niet een afbakening in tijd noemt. Zie T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer Kluwer 2007, p. 447-453.

30 N. Streep, ‘De eigendom voorbij’, *Ars Aequi* 2018/612.

historisch bedoeld was om een zakelijk recht te verlenen voor het gebruik van grond, heeft het erfpachtrecht zich ontwikkeld tot een alternatief voor het recht van opstal.³¹ Het feit dat het recht van erfpacht een genotsrecht is, wordt bovendien niet als tegenargument gebruikt voor horizontaal gelaagd erfpacht. Waarom zou dit anders zijn voor verticaal gelaagd erfpacht?

DE ERFPACHTER HEEFT GEEN WEGNEEMRECHT AAN HET EINDE VAN HET RECHT VAN ERFPACHT

Volgens Streep heeft een erfpachter aan het einde van het erfpachtrecht slechts recht op vergoeding van de waarde van hetgeen hij aangebracht heeft en niet tot wegneming ervan. Wij zien dit anders. Art. 5:89 lid 3 BW bepaalt dat voor zover de akte van vestiging niet anders bepaalt, een erfpachter de door hem onverplicht aangebrachte gebouwen, werken en beplantingen weg mag nemen, mits hij de in erfpacht gegeven zaak in oude toestand terugbrengt. Dat de bepaling is geschreven op ‘onverplicht’ aangebrachte gebouwen en werken laat onverlet dat in de akte van vestiging ook bepaald kan worden dat de erfpachter bevoegd is gebouwen, werken en beplantingen die de erfpachter verplicht aangebracht heeft, weg te nemen bij het einde van de erfpachter. Dit wordt door Meijers expliciet bepaald in zijn toelichting bij art. 5:89 BW.³²

FINANCIERING EN (BOUW)HYPOTHEEK

Tot slot werpt Streep de financiering als barrière op. Volgens haar is zeer ongebruikelijk dat een gebouw wordt gebouwd zonder (bouw)financiering en zonder (bouw)hypotheek. Indien het hypotheekrecht gevestigd wordt vóór vestiging van het erfpachtrecht, gaat het recht van erfpacht bij uitwinning door de hypotheekhouder teniet. Het zal dus ‘de nodige wendbaarheid van financiers vragen om akkoord te gaan’ met dit soort juridische constructies, stelt zij. Dit laatste is onzes inziens primair een praktisch bezwaar en geen reden om de besproken beperking van het genot van de erfpachter naar huidig recht ontoelaatbaar te achten. Daarenboven is de rangorde problematiek niet

³¹ Zie in dit kader ook H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer: Kluwer 1997, p. 174-175.

³² TM, PG Boek 5, p. 308.

iets onoverkomelijks. Art. 3:273 BW bepaalt dat bij executie door de hypotheekhouder alle beperkte rechten vervallen (tenietgaan) die niet tegen de hypotheekhouder ingeroepen kunnen worden. Indien het recht van erfpacht eerder gevestigd is dan het recht van hypotheek, kan dit recht wel ingeroepen worden tegen de hypotheekhouder. Bij een nieuw te ontwikkelen gebouw is het mogelijk het recht van erfpacht ten behoeve van de gevelbouwer te vestigen, alvorens het recht van hypotheek gevestigd wordt. Daarnaast staat het de eerste hypotheekhouder vrij om de onroerende zaak te veilen met behoud van een beperkt recht, ook als dat later gevestigd is dan zijn hypotheekrecht.³³ Indien de hypotheekhouder akkoord gaat met het erfpachtrecht voor de gevel,³⁴ kan middels het inschrijven van een akte van rangwisseling, het behoud van het erfpachtrecht bij executie verzekerd worden.

Een andere optie is om voordat een hypotheekrecht gevestigd wordt, ten aanzien van het gebouw (verticaal) meerdere rechten van erfpacht te vestigen.³⁵ Zo kan de gevel toekomen aan de gevelbouwer, terwijl een tweede recht van erfpacht bijvoorbeeld ziet op het overige gedeelte van het gebouw. In dat geval kan ieder recht van erfpacht afzonderlijk bezwaard worden met een hypotheekrecht, zodat een eventuele executie de andere erfpachtgerechtigden niet raakt.

Heyman merkt onzes inziens terecht op, dat stapeling van erfpachtrechten waarbij de rechten van erfpacht zien op een driedimensionaal verdeeld genot van een gebouw, vraagt om een regeling met betrekking tot het beheer en het onderhoud van het bouwkundig geheel en de daarmee gemoeide kosten. De oplossing hiervoor wordt echter ook door hem aangedragen door dit te regelen middels een kwalitatief lidmaatschap van een beheersvereniging, zoals voorgesteld door Van Velten in het KNB Preadvies 2016.³⁶ Het belang van zo een kwalitatief lidmaatschap wordt door ons onderschreven.³⁷

33 Zie Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 588.

34 Omdat zijn onderpand hierdoor een technische vernuftige gevel krijgt.

35 Indien de grond uitgegeven is in erfpacht zou dit ook kunnen geschieden middels ondererfpachtrechten die zien op een (verticale) verdeling van het gebouw.

36 H.W. Heyman, 'Boekaankondiging: KNB-preadviezen 2016 Onderdelen IV, V en VIII', *WPNR* 2016/7095.

37 A.A. van Velten, Onderdeel VIII in: *Boek 5 van de Toekomst* (KNB Preadvies) Den Haag: SDU 2016.

9. CONCLUSIE

Bij nieuwe ontwikkelingen, rijst altijd de vraag in hoeverre ideeën en ontwerpen gefaciliteerd worden door een wetboek dat in een geheel andere tijd ontworpen werd. Vaststaat dat bij het ontwerp van de regeling omtrent het erfpachtrecht niet stil is gestaan bij de vraag of wellicht expliciet bepaald diende te worden of het mogelijk is hiermee een driedimensionale verdeling van bevoegdheden mogelijk te maken. De praktische behoefte hieraan is immers veel later ontstaan. Om die reden spitste ons onderzoek zich toe op de vraag of de huidige regeling, inclusief de ratio erachter, het goederenrechtelijk systeem, de Parlementaire Geschiedenis, of de jurisprudentie zich verzet tegen het vestigen van een recht van erfpacht, waarbij het genot van de erfpachter beperkt is tot een bestanddeel van het gebouw, in ons voorbeeld de gevel. Onze bevindingen zijn dat het antwoord op deze vraag ontkennend luidt.

Anders dan voor de vestiging van een opstalrecht ten behoeve van een bestanddeel van een gebouw, geldt voor het recht van erfpacht niet het vereiste dat het gedeelte waarop het genot ziet een voldoende mate van zelfstandigheid moet hebben. Daar waar de rechtvaardiging van deze beperking voor het opstalrecht gelegen is in het feit dat men eigenaar wordt, is dit voor het recht van erfpacht anders nu het recht van erfpacht ziet op het verschaffen van genot van de onroerende zaak. Wij concluderen dat de wettekst, de Parlementaire Geschiedenis, noch de rechtspraak aanleiding geven om dit vereiste eveneens toe te passen op het erfpachtrecht, indien het genot van de erfpachter in ruimtelijke zin beperkt wordt. Uiteengezet is dat uit de jurisprudentie hieromtrent is af te leiden, dat bij splitsing van een onroerende zaak door overdracht of bezwaring van een gedeelte ervan vereist is, dat het af te splitsen gedeelte een voldoende mate van zelfstandigheid heeft, maar dat dit anders ligt wanneer de gehele onroerende zaak bezwaard wordt, terwijl het genot beperkt is tot een gedeelte of bestanddeel van die onroerende zaak.

Het bovenstaande laat onverlet dat op grond van art. 3:84 lid 2 BW de beperking geldt dat de titel met voldoende bepaaldheid omschreven moet zijn. In de door ons besproken constructie betekent dat, dat het gedeelte waarop het (ingesnoerde) genot van de erfpachter ziet, duidelijk omschreven dient te

worden in de vestigingsakte. Bij voorkeur aangevuld met – tezamen met de akte in de openbare registers in te schrijven – tekeningen, waarop de demarcatie tussen het gebouw en de gevel duidelijk is weergegeven. Dit zal, indien het genot van de erfpachter ziet op een gevel, een liftinstallatie, of bepaalde stalen constructies, geen onoverkomelijke moeilijkheden opleveren. Dit kan echter anders liggen, indien het genot van de erfpachter beperkt wordt tot een gedeelte van het beton dat gebruikt is voor de fundering bijvoorbeeld.

Andere in de literatuur opgeworpen bezwaren zijn onzes inziens niet van dien aard dat instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht ontoelaatbaar moet worden geacht. Daarbij willen wij geenszins ontkennen dat toepassing van deze constructie ongetwijfeld nog (vele) vragen op zal werpen, bijvoorbeeld met betrekking tot op te nemen contractuele bedingen. Daar ligt ontegenzeggelijk een belangrijke taak voor juristen. De mogelijkheid dit goederenrechtelijk vorm te geven, betekent onzes inziens echter een belangrijke eerste stap in de richting van circulair bouwen. ■

3

CORPORATE REAL ESTATE M&A: ENKELE AANDACHTSPUNTEN BIJ (VASTGOED) M&A-TRANSACTIES*

mr. W.B. Meijer**

1. INTRODUCTIE

Onder invloed van professionele beleggers wordt de aan- en verkoop van (met name commercieel) vastgoed steeds vaker gestructureerd via een verkoop van aandelen. Dit wordt ook wel *corporate real estate M&A* genoemd.¹ Wat dergelijke aandelentransacties kenmerkt, is dat deze – inclusief de bijbehorende documentatie – in toenemende mate worden gestructureerd in lijn met wat in de meer traditionele M&A-deals gebruikelijk is, maar zij tegelijkertijd toch duidelijk teruggrijpen op hun oorsprong in de traditionele ‘stenendeals’. In deze bijdrage ga ik nader in op het fenomeen *corporate real estate M&A* en bespreek ik een aantal aandachtspunten bij een aandelentransactie waarbij

* W.B. Meijer, ‘Corporate Real Estate M&A: enkele aandachtspunten bij (vastgoed) M&A-transacties’, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2019/7225.

** Mr. W.B. Meijer is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam (wijnand.meijer@loyensloeff.com).

Dit artikel is verschenen mede vanwege de Stichting Fundatie Bachiene welke stichting onder meer ten doel heeft het stimuleren van publicaties omtrent onroerende zaken en andere registergoederen.

¹ Door de grote Angelsaksische invloed op de fusie- en overnamepraktijk (*M&A*-praktijk) wordt in de praktijk veel Engelse terminologie gebruikt. Waar nodig zal hiernaar ook worden verwezen in deze bijdrage.

(het indirect te verkrijgen) vastgoed een belangrijke of doorslaggevende rol speelt. In dat kader zal ik ingaan op: (i) de fiscale en juridische structurering, (ii) het gemeentelijk voorkeursrecht, en (iii) het *as is, where is* principe, vertaald naar de aandelentransactie.

2. KADER

CORPORATE REAL ESTATE M&A

‘Vastgoed’ en ‘vastgoedtransactie’ zijn hoewel veelgebruikte, geen wettelijke termen. Daarom kader ik deze termen enigszins in. Met de term ‘vastgoed’ (of ‘onroerend goed’, of ‘onroerende zaak’²) worden stukken grond en gebouwen bedoeld en de daarmee verband houdende eigendoms- en zakelijke genotsrechten (zoals appartementsrechten of rechten van erfpacht of opstal).³ Onder de noemer ‘vastgoedtransactie’ wordt iedere transactie begrepen die direct of indirect voornamelijk ten doel heeft vastgoed over te dragen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een directe overdracht van een pand of de aan-en verkoop van (houdsters van) vastgoedportfolio’s of van vennootschappen die vastgoed houden.

Onder *corporate real estate M&A* wordt iedere vastgoedtransactie verstaan die is gestructureerd als een aandelentransactie. In dergelijke transacties dragen partijen niet direct (de titel tot) het te verkrijgen vastgoed over, maar in plaats daarvan de aandelen in het kapitaal van de vennootschap (veelal een BV) die direct of indirect (via dochtervennootschappen) gerechtigd is tot het te verkrijgen vastgoed.⁴ Deze vennootschap wordt hierna aangeduid als de houdster.

2 Zie artikel 3:3 BW.

3 Zie voor een verdere uiteenzetting omtrent de term: H.W. Heyman en S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties / Koop*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 17.

4 Uiteraard zijn er meer smaken. Zo investeerden partijen in het recente verleden bijvoorbeeld ook via een coöperatie vanwege fiscale overwegingen. Investerings anders dan in aandelen vallen echter buiten het bestek van deze bijdrage.

Het bestek van dit artikel is overigens niet beperkt tot dit soort ‘zuivere’ vastgoedtransacties, maar strekt zich ook uit tot de traditionele M&A-praktijk waarbij niet alleen vastgoed wordt verkregen maar juist een onderneming (zoals hoteltransacties of de aan- en verkoop van een fabriek of distributiebedrijf). Veel van de in dit artikel behandelde onderwerpen spelen ook in een dergelijke transactie een rol.

STENEN OF AANDELEN?

In principe zijn er twee manieren om vastgoed aan te kopen: direct door middel van een zogenoemde ‘stenendeal’ of indirect via de aankoop van de houdster(vennootschap). Hoewel beide transactiestructuren de facto dezelfde uitkomst beogen (het verkrijgen van de onroerende zaak) is de juridische uitwerking vaak erg verschillend.

Bij een traditionele stenendeal verkoopt en levert verkoper (de titel tot) het vastgoed direct aan de uiteindelijke koper. Soms krijgt de koper nog wat garanties maar verder wordt het vastgoed in de huidige verkopersmarkt vaak ‘*as is*’ geleverd, ofwel in de staat waarin het zich op de leveringsdatum bevindt.⁵ Deze overzichtelijke transactiestructuur heeft als belangrijk voordeel dat de koper vrij precies weet wat hij koopt en waar hij onderzoek naar moet doen: namelijk het vastgoed. De nieuwe eigenaar heeft na levering dus (vrijwel⁶) niets te maken met de historie van het verkregen vastgoed en kan, na betaling van eventueel verschuldigde belastingen, onbekommerd genieten van zijn nieuw verkregen onroerende zaak.

Een *corporate real estate M&A* transactie is bewerkelijker, omdat de koper met de aankoop van de houdster niet alleen het vastgoed verkrijgt, maar ook de gehele fiscale, juridische en economische historie van de bijbehorende vennootschap. De koper zal daarom niet alleen *due diligence* willen verrich-

⁵ Op deze *as is where is* (of *as is*) leveringen wordt nader ingegaan in paragraaf.

⁶ Vrijwel niets, want in voorkomende gevallen kan een eigenaar van vastgoed bijvoorbeeld alsnog aansprakelijk worden gesteld voor bijvoorbeeld milieuvervuiling veroorzaakt door de vorige eigenaar. Een uitgebreide bespreking daarvan valt echter buiten het bestek van deze bijdrage.

ten op het vastgoed maar ook uitgebreid onderzoek doen naar de vennootschapsrechtelijke, financiële en fiscale geschiedenis van de houdster en – als daar sprake van is – de door haar gedreven onderneming. Die toegenomen complexiteit uit zich onder meer in uitgebreidere transactiedocumentatie dan in de meer traditionele stenendeals gebruikelijk is.

3. STRUCTURERING

Ondanks de grotere bewerkelijkheid hebben partijen vaak goede redenen om toch te kiezen voor een aandelentransactie. De voornaamste reden is dat het ondernemingsrecht partijen meer ruimte biedt om de transactie fiscaal en juridisch naar wens te structureren.

FISCALE STRUCTURERING

De keuze voor een bepaalde transactiestructuur wordt vaak gedreven door de wens tot fiscale optimalisatie. Dit is ook het geval bij vastgoedtransacties waar met name overdrachtsbelasting, vennootschapsbelasting en de btw een belangrijke rol spelen. In sommige gevallen kan een partij belastingheffing vermijden of beperken door te kiezen voor een aandelentransactie in plaats van een directe verkrijging van het vastgoed. Gezien de aanzienlijke financiële belangen die bij sommige transacties spelen, kan dit voor partijen een belangrijke reden zijn om te kiezen voor een aandelentransactie. In deze paragraaf zal een aantal veelvoorkomende fiscale overwegingen globaal worden behandeld.

OVERDRACHTSBELASTING

In principe wordt iedere verkrijger van in Nederland gelegen onroerende zaken (of de gerelateerde zakelijke genotsrechten of de economische eigendom daarvan) belast met overdrachtsbelasting (OVb).⁷ Aandelentransacties

⁷ Waarbij een tarief geldt van 2% voor woningen en 6% voor alle andere onroerende zaken.

waarbij (indirect) onroerende zaken worden overgedragen zijn in principe niet onderworpen aan OVB, tenzij de over te dragen aandelen kwalificeren als ‘fictieve onroerende zaken’ in de zin van artikel 4 van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (Wbr). Dat zal het geval zijn indien de bijbehorende vennootschappen kwalificeren als zogenoemde ‘onroerendezaak rechtspersonen’ in de zin van de Wbr (OZR’s).⁸ Onder OZR’s worden rechtspersonen verstaan die zich toelagen op het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van vastgoed. Voordat een vennootschap kwalificeert als OZR moeten:

- (a) haar bezittingen op het tijdstip van de verkrijging of op enig tijdstip in het daaraan voorafgaande jaar grotendeels (voor ten minste 50%) bestaan of hebben bestaan uit onroerende zaken en tegelijkertijd ten minste 30% van die bezittingen bestaan of hebben bestaan uit in Nederland gelegen onroerende zaken (de ‘bezitseis’); en
- (b) die onroerende zaken, als geheel genomen, op dat tijdstip voor 70% of meer dienstbaar zijn of waren aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van die onroerende zaken (de ‘doeleis’).

Voldoet de vennootschap aan bovenstaande vereisten, dan wordt de verkrijger van de aandelen op dezelfde wijze belast als wanneer hij het onderliggende vastgoed direct had verkregen. Wordt echter niet voldaan aan bovenstaande voorwaarden – of is een vrijstelling van toepassing – dan is de verkrijger niet onderworpen aan OVB. In de praktijk wordt OVB bij de verkrijging van vennootschappen die vastgoed houden vaak voorkomen doordat:

- (a) niet wordt voldaan aan de bezitseis of doeleis;
- (b) de verkrijger is geen OVB verschuldigd omdat deze een rechtspersoon is die bij of na de levering van de aandelen (nog steeds) minder dan een derde van het ‘belang’ in de OZR houdt (het verkrijgingsvereiste)⁹; of

8 Zie verder artikel 4 Wbr. Vroeger werd ook wel gesproken van ‘onroerendezaak lichamen’ omdat artikel 4 Wbr tot 1 januari 2014 bepaalde dat de aandelen in een lichaam als onroerende zaken worden aangemerkt, indien het aandelen betrof in lichamen waarvan het kapitaal in aandelen is verdeeld. Met ingang van 1 januari 2014 bepaalt artikel 4, lid 1 Wbr dat alleen aandelen in een rechtspersoon als fictieve onroerende zaken kunnen kwalificeren. Sindsdien wordt daarom gesproken over een onroerendezaak rechtspersoon in plaats van een onroerendezaak lichaam.

9 Het verkrijgingsvereiste ten aanzien van natuurlijke personen wijkt af van dat ten aanzien van rechtspersonen maar zal in deze bijdrage niet nader worden behandeld.

- (c) bij een directe verwerving van het vastgoed een vrijstelling van toepassing zou zijn geweest ingevolge de zogenoemde ‘doorkijkarresten’¹⁰.

A. BEZITSEIS

Als een rechtspersoon vastgoed houdt, maar niet voldoet aan de bezits- of doeleis, dan kwalificeert zij niet als een OZR en is de verkrijging van haar aandelen in principe niet belast met OVB. Om vast te stellen of een rechtspersoon aan de bezitseijs voldoet moeten alle bezittingen van die rechtspersoon worden nagerekend op basis van de waarde economisch verkeer. Bij deze berekening moeten alleen activa (onroerende zaken en andere bezittingen) die waarde vertegenwoordigen worden meegeteld.¹¹ Bezittingen van deelnemingen waarin de rechtspersoon een belang van ten minste een derde houdt, worden naar rato van het door de rechtspersoon gehouden belang meegewogen. Voor deelnemingen waar de rechtspersoon een belang van minder dan een derde in houdt, tellen de bezittingen van die deelneming niet mee, maar wordt de waarde economisch verkeer van de deelneming als zodanig meegewogen. Aandelen in een niet-OZR tellen in dat geval mee als niet-onroerende zaken en aandelen in een OZR als onroerende zaken.¹²

B. DOELEIS

In de praktijk zullen vennootschappen (rechtspersonen) met eigen vastgoed op de balans vaak voldoen aan de bezitseijs, simpelweg omdat de (geconsolideerde) bezittingen overwegend bestaan uit dat vastgoed. Denk bijvoorbeeld aan een hotel waarbij zowel het pand als de hoteloperatie in dezelfde hand

¹⁰ Zie HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AU8559 en HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7580.

¹¹ De jaarrekening is dus meestal niet erg behulpzaam daar deze niet wordt opgesteld op basis van de waarde economisch verkeer.

¹² Voor een uitgebreide bespreking van de voorwaarden voor kwalificatie als een OZR, zie W.J.A. Ambergen en E.W.E.M. Cox, ‘Voor een vastgoeddeal naar de corporate notaris: daar zit een fiscalist achter!’, *VF&C* 2017, afl. 5; G.J. van der Linden, ‘Belang nog steeds niet begrensd’, *WFR* 2014/48 en G. van der Linden, ‘Het onroerendezaaklichaam in de OVB’, *V&O* 2013, afl. 1.

zijn (doorgaans in een zogeheten ‘*opco-propco*’¹³ structuur) of een advocatenkantoor of andere commerciële dienstverlener met eigen pand. Het pand zelf is verreweg de grootste actiefpost op de balans, de andere activa stellen naar verhouding weinig voor.

Desondanks zal een verkrijger van (bijvoorbeeld) het hotel vaak geen OVB verschuldigd zijn als hij in de transactie niet (alleen) het vastgoed verkrijgt maar ook of juist de bijbehorende onderneming. In een dergelijk geval wordt namelijk niet voldaan aan de doeleis (benodigd voor de heffing van OVB). Transacties kunnen alleen in de heffing worden betrokken als de onroerende bezittingen van de over te nemen vennootschap hoofdzakelijk (voor ten minste 70%) voor de handel of ter exploitatie worden aangehouden. Of die onroerende bezittingen voornamelijk ter exploitatie worden aangehouden in de zin van artikel 4 Wbr – en er dus wordt voldaan aan de doeleis – moet op grond van het datacenter-arrest¹⁴ echter per geval worden beoordeeld. Van belang is telkens welke prestatie – vanuit de uiteindelijke klant bezien – voorop staat: de passieve terbeschikkingstelling van de onroerende zaak of de overige dienstverlening.¹⁵

In het voorbeeld (de aankoop van het hotel) zou bijvoorbeeld niet worden voldaan aan de doeleis omdat het (hotel)vastgoed wordt gebruikt – en noodzakelijk is – voor de uitoefening van het bedrijf van de vennootschap (de hotelonderneming). Stel dat het hotelbedrijf zou zijn gestructureerd in een *opco-propco* structuur waarbij *propco* het hotelvastgoed houdt en dat tegen vergoeding ter beschikking stelt aan *opco*. Als de huidige eigenaar het geheel (lees: de *opco* met de onderneming en de *propco* met het vastgoed) aan een derde zou verkopen, zou geconsolideerd bezien nog steeds niet aan de doeleis worden voldaan. Koopt die derde echter alleen de *propco* met het hotelvastgoed, terwijl de *opco* (met bijbehorende onderneming) bij de eigenaar blijft,

13 Een structuur waarbij een onderneming wordt opgedeeld in twee (of meer) vennootschappen: enerzijds vennootschappen waarin het in de onderneming gebruikte vastgoed (in eigendom) wordt gehouden (de *property companies*, of *propco*'s) en anderzijds vennootschappen waarin de operaties zijn ondergebracht (de *operating companies*, of *opco*'s). Vaak houdt een *propco* naast het vastgoed ook vaak de aandelen in de bijbehorende *opco*.

14 HR 10 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:2925.

15 HR 6 mei 2014, ECLI:NL:PHR:2014:410.

dan wordt in casu wel aan de doeleis voldaan en wordt de transactie mogelijk in de OVB heffing betrokken. Immers, de koper verkrijgt een vennootschap (*propco*) met daarin enkel hotelvastgoed dat hoofdzakelijk ter exploitatie (lees de verhuur aan *opco*) wordt gehouden, zodat *propco* op zichzelf gezien kwalificeert als een OZR.

C. VERKRIJGINGSVEREISTE

Als de verkrijger van een OZR niet voldoet aan het verkrijgingsvereiste, is alsnog geen OVB verschuldigd bij de verkrijging van de aandelen. Voldoen aan het verkrijgingsvereiste kan simpelweg worden voorkomen door minder dan een derde van het ‘belang’ in de OZR te verkrijgen en/of te houden. In verband met het verkrijgingsvereiste dienen de verkregen aandelen een materieel belang te vertegenwoordigen. Daarvoor moet de waarde(ontwikkeling) van de betreffende aandelen in zeker verband staan met de waarde(ontwikkeling) van de onroerende zaken van de OZR. Door alleen rekening te houden met die ‘belangaandelen’ heeft de OZR de wetgever geprobeerd een einde te maken aan ontwijking van overdrachtsbelasting door kopers via aandelenconstructies.¹⁶

Omdat de verkrijging van een belang in een OZR van ten minste een derde in principe leidt tot heffing van OVB, structureren partijen de aankoop van vastgoedportfolio's of andere vastgoedtransacties met een hoge dealwaarde (als mogelijk) vaak zo structureren dat de (belang)aandelen in een houdster door ten minste vier onafhankelijke kopers worden gekocht en gehouden. Bij de toets of aan het verkrijgingsvereiste is voldaan, worden overigens wel de belangaandelen meegeteld die de verkrijger zelf of een zogenoemd “verbonden persoon” al in bezit heeft of zal verkrijgen ingevolge dezelfde of een samenhangende overeenkomst.¹⁷ Een verbonden persoon is een rechtspersoon: (i) waarin de verkrijger een belang heeft van ten minste een derde, (ii) die een belang heeft van een derde in de verkrijger, of (iii) waarin een andere rechtspersoon, individu of bepaalde verwant van het individu een belang heeft van

¹⁶ Zie uitgebreid hierover J.C. van Straaten, A. Rozendal & F.A.M. Schoenmakers, *Wegwijs in de overdrachtsbelasting*, Den Haag: SDU 2018, p. 202 e.v.

¹⁷ Zie artikel 4 lid 3 Wbr.

een derde en deze andere rechtspersoon, individu of bepaalde verwant ook een belang van een derde heeft. Kortgezegd, een investeerder kan dus niet OVB ontwijken door zijn investering simpelweg in vieren op te delen.

D. DOORKIJKARRESTEN

Artikel 4 Wbr heeft als doel om OVB te heffen in gevallen waarin bij een reguliere vastgoedtransactie ook OVB zou zijn verschuldigd. Dat wordt werkstelligd door de aandelen in een OZR aan te merken als ‘fictieve onroerende zaken’ in de zin van artikel 2 Wbr en de verkrijging daarvan – kort gezegd – te belasten alsof de betrokken onroerende zaken zelf zijn verkregen. Zo wordt voorkomen dat OVB achterwege blijft bij de verkrijging van vastgoed door het louter “tussenschuiven” van een vennootschap. Dat betekent echter niet dat de verkrijging van aandelen in een OZR per sé tot heffing van OVB zou moeten leiden, zeker in het geval een directe levering van het vastgoed niet zou zijn belast. In de zogeheten ‘doorkijkarresten’¹⁸ oordeelde de Hoge Raad bijvoorbeeld dat de (oude) OVB-vrijstelling voor de verkrijging van monumenten¹⁹ en de OVB samenloopvrijstelling voor de verkrijging van (onder meer) bouwterreinen²⁰ ook van toepassing is bij de verkrijging van aandelen in een vennootschap die een monument, respectievelijk bouwterrein houdt. In algemene zin kan daaruit worden gedistilleerd dat de verkrijging van aandelen in een OZR niet tot heffing van OVB leidt als de rechtstreekse verkrijging van het vastgoed zou zijn vrijgesteld van OVB, maar nu (alleen) door de aandeledeal (en de fictie van artikel 4 Wbr) alsnog in de heffing zou worden betrokken.²¹ Er zou daarom kunnen worden betoogd dat het onwaarschijnlijk is dat een belastinginspecteur toch een (naheffings-)aanslag

18 Zie HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AU8559 en HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7580. Meer specifiek oordeelde de Hoge Raad dat de (oude) OVB-vrijstelling voor de verkrijging van monumenten en de OVB-samenloopvrijstelling voor de verkrijging van (onder meer) bouwterreinen ook van toepassing is bij de verkrijging van aandelen in een vennootschap die een monument, respectievelijk bouwterrein houdt.

19 Voorheen artikel 15 lid 1 onderdeel p Wbr.

20 Artikel 15 lid 1 onderdeel a Wbr.

21 Dit lijkt ook recentelijk met zoveel woorden door de Hoge Raad te zijn bevestigd in: HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110.

overdrachtsbelasting zou opleggen als een andere OVB-vrijstelling op het indirect over te nemen vastgoed van toepassing is.²²

VENNOOTSCHAPSBELASTING

Als een vennootschap vastgoed verkoopt voor een koopprijs (waarde economisch verkeer) die hoger ligt dan de fiscale boekwaarde, is de verkoper in principe vennootschapsbelasting (Vpb) verschuldigd over de stille reserve, ofwel het verschil tussen de fiscale boekwaarde en de waarde economisch verkeer van het vastgoed. Verkopers zoeken daarom vaak naar mogelijkheden om Vpb-heffing over de transactie te voorkomen of te verminderen.

In dat kader kan een aandelentransactie onder bepaalde omstandigheden uitkomst bieden in de Vpb-sfeer. Bijvoorbeeld wanneer de verkoper bij verkoop van de houdster gebruik kan maken van de deelnemingsvrijstelling²³. In een dergelijk geval zal dan bij de verkoop geen Vpb verschuldigd zijn. Dat is een mooi voordeel voor verkoper, maar koper neemt hiermee een latente belastingverplichting op zich. Immers, als koper in de toekomst het vastgoed wil verkopen voor een verkoopprijs hoger dan de fiscale boekwaarde, zal hij alsnog Vpb verschuldigd zijn over de stille reserve. Kopers bedingen in de praktijk daarom vaak een korting om deze uitgestelde belasting (in elk geval deels) te compenseren. De hoogte van deze korting (ook wel *deferred tax claim discount*) is vaak onderwerp van onderhandeling tussen partijen. Er is geen universele leidraad voor wat een redelijke korting is, maar in de praktijk komen partijen vaak uit op een korting ter hoogte van 12,5% van de stille reserve (ofwel een 50/50 verdeling van het gangbare Vpb-tarief van 25%)²⁴. In de praktijk zien we ook wel lagere kortingen. Kortingen hoger dan 12,5% zijn ongebruikelijk.

22 Aldus de auteurs in W.J.A. Ambergen en E.W.E.M. Cox, 'Voor een vastgoeddeal naar de corporate notaris: daar zit een fiscalist achter!', *VF&C* 2017, afl. 5, p. 4.

23 Een fiscale regeling die inkomsten van een vennootschap uit hoofde van een deelneming onder bepaalde voorwaarden vrijstelt van vennootschapsbelasting, onder meer over winsten ontvangen bij verkoop van deelnemingen waarin zij een belang van meer dan 5% houdt.

24 Strikt genomen is dit niet helemaal juist. Over de eerste EUR 200.000 wordt 'slechts' 20% Vpb betaald, daarna geldt een tarief van 25%. Het kabinet is voornemens deze tarieven stapsgewijs te verlagen naar 16% respectievelijk 21% per 2021.

Er zijn allerlei argumenten om meer of minder korting te (moeten) geven. Doorgaans zal koper beargumenteren dat hij verkoper accommodeert door de Vpb-latentie over te nemen. Immers, als koper het vastgoed meteen weer door zou verkopen zal de volledige latentie verschuldigd zijn. Daar moet koper dan navenant voor worden gecompenseerd met een korting op de koopprijs. Verkoper zal pareren dat koper, zeker als die een belegger is, het vastgoed meestal niet direct zal doorverkopen en dus ook geen (volledige) korting verdient. En koper kan bovendien ook gewoon de houdster verkopen (net als verkoper heeft gedaan). Vpb over de stille reserve kan zo in theorie oneindig worden uitgesteld. Het is derhalve lastig om daar een hoge korting voor te verlangen. Daar komt nog bij dat er altijd de mogelijkheid bestaat dat nieuwe regelingen in de toekomst nieuwe wegen openen om Vpb te vermijden of te verminderen. Om gesteggel over de toekomst te voorkomen, proberen partijen daarom de latente claim vaak contant te maken en zo tot een vergelijk te komen. Wat een redelijke korting is, zal dan mede afhankelijk zijn van de door de koper gehanteerde 'WACC'²⁵ en de te verwachten opbrengsten van het object.

BTW

In principe zijn noch aandelentransacties noch de directe verkoop en levering van onroerende zaken onderworpen aan btw, maar de wet kent een paar uitzonderingen. Btw is daarom wel een aandachtspunt bij vastgoedtransacties. Zo is de directe verkoop en levering van onroerend goed van rechtswege belast met btw als (i) het de oplevering van een onroerende zaak betreft door degene die deze heeft vervaardigd (vaak een aannemer)²⁶, (ii) het de levering van een bouwterrein betreft, of (iii) de levering van nieuwe of vernieuwbouwde onroerende zaken vóór of (uiterlijk) op de tweede verjaardag van de

²⁵ De *weighted average cost of capital*, ofwel het gewogen gemiddelde van de rendementseisen op het door koper voor de transactie aangewende vreemd en eigen vermogen. Bij vreemd vermogen zal deze rendementseis vaak gelijk zijn aan de te betalen rente. De rendementseis op het eigen vermogen is ingewikkelder te berekenen en zal veelal worden ingegeven door het geschatte risico van de investering en het anderszins met het vermogen te behalen rendement.

²⁶ Zie artikel 3 lid 1c Wet OB.

eerste ingebruikname plaatsvindt.²⁷ Indien de levering niet van rechtswege is belast met btw, is een vastgoedtransactie in principe alleen aan btw heffing onderworpen als partijen vrijwillig kiezen voor een belaste levering, wat dan in de regel alleen weer mogelijk is als de koper het betreffende vastgoedobject voor ten minste 90%²⁸ gaat gebruiken voor btw-belaste handelingen.²⁹ Het is mogelijk dat de overdracht van verhuurd vastgoed kwalificeert als een overgang van een geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen.³⁰ In dat geval worden op basis van artikel 37d Wet OB geacht geen leveringen (of diensten) plaats te vinden, zodat ter zake van de overdracht geen btw verschuldigd is. De consequentie is dat de verkrijger de btw-positie van de overdrager ten aanzien van het bewuste vastgoed overneemt. Dat betekent wel dat hij daarnaast ook een (eventueel) aanwezige herzieningstermijn voor de aftrek van btw op de investering in het vastgoed overneemt.³¹ Vanwege de toepassing van artikel 37d Wet OB wordt geacht geen levering te hebben plaatsgevonden, zodat ook niet kan worden gesproken van een (van rechtswege) btw-belaste of btw-vrijgestelde levering.

Bij de verhuur van vastgoed geldt als hoofdregel dat deze activiteit is vrijgesteld van btw.³² Voor beleggers/investeerdere die vastgoed aankopen voor btw-vrijgestelde verhuur resteren dus weinig mogelijkheden voor btw-aftrek. Bij de aankoop van een (ver)nieuw(bouwd) pand dat bestemd is voor vrijgestelde verhuur kan een aandelentransactie daarom voor koper interessant zijn. Bij

-
- 27 Onder 'vernieuwbouw' wordt begrepen vastgoed dat zodanig onder handen is genomen dat na verbouwing in wezen een nieuw goed is gecreëerd. Onder 'ingebruikname' wordt begrepen de eerste ingebruikname van het vastgoed voor het doel waarvoor het is bestemd (zoals een kantoorpand dat voor het eerst als kantoor gebruikt wordt). Incidenteel of tijdelijk gebruik van de onroerende zaak voor andere doeleinden telt niet als ingebruikname. Denk bijvoorbeeld aan een nieuw kantoorpand dat eerst nog tijdelijk voor opslag wordt gebruikt.
- 28 Voor bepaalde branches en sectoren geldt – op basis van een goedkeuring – een norm van 70% in plaats van 90%. Zie hiervoor punt 4.6.2 van het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 19 september 2013, nr. BLKB2013/1686M, *Stert.* 2013, 26851.
- 29 Althans, voor activiteiten die een volledig of nagenoeg volledig recht geven op aftrek van btw.
- 30 Zie HR 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:AY8546.
- 31 Zie artikel 15 leden 4 en 6 OB en artikelen 12 en 13 Uitvoeringsbesluit OB.
- 32 Relevante uitzonderingen zijn: de verhuur van lig-, berg- of parkeerplaatsen voor voertuigen of de verhuur voor korte periode door een hotel-, pension-, kamp- en vakantiebedrijfsbedrijf. Daarnaast kunnen partijen, zoals gezegd, ook opteren voor btw belaste verhuur indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan.

een directe levering van het vastgoed is de transactie van rechtswege belast met btw als sprake is van een nieuw vervaardigde onroerende zaak³³, terwijl de koper waarschijnlijk weinig tot geen btw-aftrekmogelijkheden heeft. In een dergelijk geval kan een aandelentransactie helpen om de algemene belastingdruk over de transactie soms aanzienlijk te verlagen. Immers, er hoeft in elk geval geen btw te worden afgedragen over de aankoop van de aandelen. Dat neemt niet weg dat in het kader van de transactie waarschijnlijk nog steeds wel enige btw verschuldigd zal zijn over (bijvoorbeeld) de advieskosten voor de transactie en/of de bouw- of verbouwkosten van het pand welke niet (geheel) voor aftrek in aanmerking komt.³⁴

JURIDISCHE STRUCTURERING

Naast de fiscale structurering wordt ook de juridisch-praktische structurering steeds belangrijker bij vastgoedinvesteringen via aandelen. Partijen investeren bijvoorbeeld via aandelen omdat (i) het ondernemingsrecht partijen veel ruimte biedt om zowel de aan- en verkoop als hun onderlinge verhoudingen naar wens te structureren, (ii) investeren in een Nederlandse besloten vennootschap (BV) voor veel buitenlandse partijen reeds bekend terrein is, en (iii) het overdragen van één houdster in een aandelentransactie met name bij grotere projecten of portfolio's logistiek (en soms ook fiscaal) vaak veel makkelijker is dan het elk afzonderlijk overdragen van een groot aantal panden.

Onder meer vanwege de OVB structureren partijen vastgoedinvesteringen met een hoge (deal)waarde vaak zo dat de aandelen in een houdster door ten minste vier kopers worden gekocht en gehouden. Dan helpt het dat het binnen de (besloten) vennootschap relatief gemakkelijk is om met een aandeelhoudersovereenkomst (*SHA*) en statuten de onderlinge verhoudingen precies naar wens te structureren. Zo kunnen partijen bijvoorbeeld afspraken maken over de voorwaarden voor in- en uittreding van nieuwe deelnemers in

33 Als vanwege een verbouwing geen nieuw vervaardigde onroerende zaak ontstaat, dan is de levering in principe vrijgesteld van btw en belast met OVB. De btw op de verbouwkosten is dan niet aftrekbaar en dus een kostenpost voor verkoper.

34 Zie voor een overzicht terzake W.J.A. Ambergen en E.W.E.M. Cox, 'Voor een vastgoeddeal naar de corporate notaris: daar zit een fiscalist achter!', *VF&C* 2017, afl. 5.

de tussentijd. Deze flexibiliteit is met name prettig voor grote beleggers die regelmatig met meerdere partijen in projecten investeren. De door die beleggers gemaakte aandeelhoudersovereenkomsten en statuten wijken overigens verder niet zoveel af van wat in andere (*private equity*) investeringen gebruikelijk is. Ook daar maken beleggers afspraken omtrent de *exit*, *waterfall*, het aanbieden van aandelen (*lock-up*, *drag along*, *tag along*), beslisbevoegdheid en andere *corporate governance*. Zo lijken vastgoedbeleggingen qua structuur steeds meer op de overige 'gewone' *private equity*-investeringen die veel professionele beleggers (verzekeraars, pensioenfondsen, PE-partijen, investeringsfondsen) toch al in hun portfolio hielden. Dat heeft weer als voordeel dat vastgoedinvesteringen zo goeddeels op dezelfde wijze gemanaged kunnen worden als de andere Nederlandse deelnemingen van die partijen. Daarmee is de *corporate real estate M&A* steeds meer het terrein van *finance professionals* die vervolgens het daadwerkelijke beheer van het vastgoed uitbesteden aan gespecialiseerde vastgoedbeheerders. Een ander bijkomend voordeel is dat het zo steeds gemakkelijker wordt om vastgoedportfolio's te verhandelen. Met de verkoop en levering van een of twee houdsters kan immers (relatief gezien) eenvoudig een veelheid aan panden worden overgedragen.

Naast de praktische voordelen stellen buitenlandse (en met name Angelsaksische) beleggers ook veel prijs op de gemoedsrust die een investering in aandelen hun biedt. Zij hebben vaak al veel ervaring met het investeren in Nederlandse deelnemingen maar niet bepaald met het direct houden en/of beheer van vastgoed. Het investeren in aandelen en vervolgens uitbesteden van het beheer (met alle bijkomende verplichtingen van dien) heeft als voordeel dat meer partijen zich kunnen toeleggen op vastgoedinvesteringen waardoor de markt steeds couranter wordt. Dit couranter worden is overigens ook deels te verklaren door een toegenomen specialisatie bij beleggers. Zo zijn er bijvoorbeeld specifieke *retail*-, hotel- parkeer- of woningfondsen waarin meerdere beleggers deelnemen. Dergelijke fondsen zijn ook vaak een uitkomst voor institutionele beleggers die willen investeren in vastgoed maar geen behoefte hebben om dat vastgoed direct te houden of te beheren.

4. HET GEMEENTELIJK VOORKEURSRECHT

Bij de (directe of indirecte) verkoop van vastgoed moet tijdens het *due diligence* onderzoek altijd worden geverifieerd of er geen voorkeursrechten op de transactie van toepassing zijn. In deze paragraaf wordt nader op een van die voorkeursrechten ingegaan, namelijk het voorkeursrecht op grond van de Wet voorkeursrecht gemeenten (Wvg).

WET VOORKEURSRECHT GEMEENTEN

Gemeentelijk voorkeursrecht

Op grond van artikel 2 Wvg kunnen gemeenten³⁵ een voorkeursrecht vestigen op alle gronden waaraan in een bestemmings- of inpassingsplan³⁶ een niet-agrarische bestemming is toegekend en waarvan het bestaande gebruik afwijkt van dat plan. Vestiging van het gemeentelijk voorkeursrecht op een stuk grond leidt ertoe dat de eigenaar van die grond³⁷ pas tot verkoop daarvan kan overgaan nadat de gemeente eerst in de gelegenheid is gesteld de grond te kopen. De aanbestedingsprocedure is geregeld in artikel 10 Wvg e.v. Een eigenaar van een stuk grond waarop een gemeentelijk voorkeursrecht rust, mag – behoudens uitzonderingen³⁸ – dat stuk grond pas vervreemden nadat het eerst aan de gemeente is aangeboden. B&W hebben na aanbidding dan zes weken om te besluiten of de gemeente in beginsel bereid is de grond te verkrijgen. Zo nee, dan mag verkoper gedurende drie jaar vrijelijk vervreem-

35 Het artikel spreekt over de gemeenteraad, maar het recht komt ook de provincies en het Rijk toe (zie artikel 9a Wvg). Voor het gemak wordt in dit artikel steeds over de gemeente gesproken.

36 In een bestemmingsplan van de gemeente zijn op een plattegrond per omlind gebied aangegeven welke soort bestemming de gemeente aan dat gebied toekent. Naast het bestemmingsplan van de gemeente kan de provincie of het Rijk ook de bestemming van een bepaald gebied juridisch vastleggen via een inpassingsplan.

37 De Wvg spreekt over 'vervreemding' van gronden. Artikel 1f Wvg geeft limitatief aan welke zaken onder het bereik van het vervreemdingsbegrip vallen. In algemene zin zijn dat veelal onroerende zaken en rechten van opstal, erfpacht, beklemming of vruchtgebruik daarop.

38 Artikel 10 Wvg. Zo zijn er bijvoorbeeld (niet limitatief) uitzonderingen voor overeenkomsten tussen bloed- of aanverwanten, verdeling van een huwelijksgemeenschap of nalatenschap, executoriale verkoop, overeenkomst met een overheidsinstantie (Staat, provincie etc) of zelfrealisatie (de situatie waarbij de eigenaar van de grond zelf de nieuwe bestemming realiseert).

den aan derden. Zo ja, dan zullen verkoper en gemeente onderhandelen over de prijs en nadere voorwaarden.³⁹ Een vervreemding in strijd met artikel 10 Wvg (een directe levering van de met het voorkeursrecht belaste grond aan een derde zonder eerst aan de gemeente aan te bieden) is in de praktijk niet mogelijk vanwege het preventief toezicht door de notaris. Voor levering van de grond is immers medewerking van de notaris nodig en deze zal zijn medewerking aan het passeren en inschrijven van de leveringsakte (moeten) weigeren indien de aanbiedingsplicht van artikel 10 Wvg niet is nageleefd.⁴⁰

Artikel 10 Wvg ziet alleen op directe vervreemdingen van de grond. Er zijn echter situaties te bedenken waarbij de grond weliswaar niet wordt vervreemd aan een derde, maar wel materieel hetzelfde resultaat wordt bereikt omdat die derde de beschikkingsmacht en het economisch belang over de grond verkrijgt. Bijvoorbeeld wanneer de bewuste grond in eigendom is van een vennootschap. Als de aandeelhouder van die vennootschap vervolgens zijn aandelen verkoopt en levert aan een derde koper, is de grond feitelijk gezien weliswaar in andere handen gekomen maar is deze niet vervreemd in de zin van artikel 10 Wvg en heeft de gemeente dus geen beroep kunnen doen op haar voorkeursrecht.

De wetgever heeft daarom artikel 26 Wvg in het leven geroepen. Dit artikel bepaalt dat de gemeente de nietigheid kan inroepen van alle rechtshandelingen die zijn verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan het gemeentelijk voorkeursrecht, ofwel rechtshandelingen die weliswaar niet een vervreemding als bedoeld in artikel 10 Wvg inhouden, maar wel tot een materieel vergelijkbaar resultaat leiden. Bij de beoordeling of een rechtshandeling die kennelijke strekking heeft, hoeft volgens de wetgever slechts één vraag te worden beantwoord: leidt de rechtshandeling er toe dat gedurende het bestaan van het voorkeursrecht (i) de beschikkingsmacht over *en*⁴¹ (ii)

³⁹ Zie ter zake verder de artikelen 11-15 Wvg.

⁴⁰ Zie ook artikel 24 Wvg. Een dergelijke leveringsakte zal alleen in de openbare registers worden ingeschreven indien op de akte een zogenaamde voetverklaring is opgenomen, dat – kort gezegd – de vervreemding niet in strijd is met de Wvg.

⁴¹ Het enkel overdragen van alleen de beschikkingsmacht of alleen het economisch belang is niet voldoende voor toepassing van artikel 26 Wvg. Zie *Handelingen I* 2001/02, 25, p. 1287. Zie ook uitgebreid hierover Hof 's-Hertogenbosch 14 augustus 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB6046, r.o. 4.10 e.v.

het economische belang bij de grond *in enigerlei mate* wordt overgedragen aan een (of meer) derde(n)? Is het antwoord op die vraag bevestigend, dan valt de rechtshandeling onder het bereik van artikel 26 Wvg en komt zij voor vernietiging in aanmerking. Zo gezien is het toepassingsbereik van artikel 26 Wvg dus behoorlijk breed.⁴²

Het artikel heeft in het verleden nog wel eens tot verwarring (en rechtszaken) geleid, omdat verweerders meenden dat ook subjectieve partijbedoelingen van belang (moeten) zijn bij de beoordeling van het kennelijke strekkingsvereiste. Het argument was dat als partijen niet de intentie hadden afbreuk te doen aan het voorkeursrecht, de bestreden rechtshandeling dan ook niet die kennelijke strekking had. Daar is de wetgever echter niet in mee gegaan. Het kennelijke strekkingsvereiste is een 'objectiveerbaar criterium' en partijbedoelingen zijn (kenbaar of niet) verder volstrekt irrelevant. Als bij de rechtshandeling zowel de beschikkingsmacht als het economisch eigendom in enigerlei mate overgaat, dan kan zij vernietigd worden.⁴³

Vindt een rechtshandeling plaats die voor vernietiging op grond van 26 Wvg in aanmerking komt (zoals de eerdergenoemde aandelentransactie), dan kan de gemeente de nietigheid van die rechtshandeling inroepen. De gemeente zal dan bij de plaatselijke rechtbank een verzoek tot vernietiging op grond van artikel 26 Wvg moeten indienen binnen acht weken nadat zij een afschrift heeft ontvangen van de akte waarin de desbetreffende rechtshandeling is vervat.⁴⁴ Uiteraard kan de gemeente ook een verzoek indienen als zij nog geen akte heeft ontvangen, maar al wel van de transactie weet.⁴⁵ Dat maakt echter voor het aanvangen van de termijn niet uit, want die begint pas te lopen na

42 Dat blijkt ook uit de cijfers: in de praktijk wordt de overheid in ongeveer 85% van de door haar aangespannen procedures in het gelijk gesteld. Zie Sira Consulting en Van der Heijden Grondbeleid, *Evaluatie van de Wet voorkeursrecht gemeenten*, p. 9, bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 27581, 53. Gedurende de periode 2000-2014 werden de gemeenten zelfs in meer dan 90% (26 uit 29) van de gerapporteerde gevallen in het gelijk gesteld, zie p. 35 van het rapport.

43 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27750, 7, p. 10 en *Kamerstukken I* 2001/02, 27750, 227b, p. 4.

44 Zie artikel 26 lid 1 Wvg. Overigens zal een verzoek van de gemeente vóórdat zij een afschrift heeft ontvangen ook ontvankelijk zijn.

45 Zie HR 8 juni 2001, nr. Roo/113HR, LJN AB2022;NJ 2001/601 (*Duiven*). Uiteraard zal de gemeente niet ontvankelijk zijn indien zij eerder met de desbetreffende rechtshandeling schriftelijk heeft ingestemd.

ontvangst van de relevante akte door de gemeente. Van wie de gemeente de akte ontvangt of op welke wijze lijkt daarbij niet relevant: ook als de gemeente zelf een akte opvraagt bij het Kadaster zal zij binnen acht weken na ontvangst daarvan actie moeten ondernemen. Actief eigen onderzoek door de gemeente wordt dus niet aangemoedigd.⁴⁶

Aandelentransacties en artikel 26 Wvg

Vanwege de objectieve uitleg van het kennelijke strekkingsvereiste valt een aandelentransactie al snel onder de reikwijdte van artikel 26 Wvg. Immers, met de verkoop van aandelen in de houdster aan een derde gaat feitelijk zowel het economisch belang als de beschikkingsmacht over het door die houdster (direct of indirect) gehouden vastgoed geheel, dan wel – op zijn minst – *in enigerlei mate*, over op een derde. Dit is ook met zoveel woorden in de jurisprudentie bevestigd,⁴⁷ maar helaas is jurisprudentie in dit opzicht schaars. Er lijken niet veel uitspraken te zijn waarin specifiek een aandelentransactie wordt vernietigd met een beroep op artikel 26 Wvg.⁴⁸ Die schaarste leidt in de praktijk tot onduidelijkheid (en voorzichtigheid) bij partijen omdat zij het lastig vinden vast te stellen of ‘hun transactie’ ook onder de reikwijdte van artikel 26 Wvg valt en, zo ja, wat dan de potentiële gevolgen zouden zijn.

Het spreekt voor zich dat een aandelentransactie waarbij de facto alleen een gebouw of een lokaal vastgoedportfolio wordt geleverd onder de reikwijdte van artikel 26 Wvg dient te vallen, maar de vraag is of dat ook voor een ‘gewone’ bedrijfsovername zou moeten gelden waarbij het (met een gemeentelijk voorkeursrecht belaste) vastgoed slechts van ondergeschikt belang is. Reeds in 2007 boog het Hof ‘s-Hertogenbosch zich over deze vraag in de zaak

46 Zie verder hierover Rb. ‘s-Gravenhage 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB0739 (*Gemeente Katwijk/Wavas*) en W.J. Bosma, E.W.J. de Groot en J.J. Hoekstra, ‘Het ontduiken van de Wvg, dat valt niet (meer) meel’, *BR* 2008, afl. 4, p. 240 e.v.

47 Zie onder meer Hof ‘s-Gravenhage 11 augustus 2005, TBR 2008-14 (*Midden-Delfland*, m.nt. J.B. Mus en in dezelfde lijn Rb. ‘s-Hertogenbosch 27 juli 2009, nr. 178280 EXRK 08-119 (*Veghel*), niet gepubliceerd.

48 In die zin lijkt de wetgever in zijn opzet geslaagd: ook de dreiging van vernietiging op grond van de Wvg lijkt bij te dragen aan een effectieve werking van het voorkeursrecht. Zie ter zake deze overweging Zie ter zake deze overweging HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0608; ECLI:NL:HR:2012:BV0609 en ECLI:NL:HR:2012:BV0612.

Gemeente Venlo/Nova Vastgoedontwikkeling.⁴⁹ Grontmij en Holland Ontwikkelgroep (HOG) hadden een activa-passiva koopovereenkomst gesloten op basis waarvan een bedrijfsonderdeel van Grontmij zou worden geleverd aan HOG. Als onderdeel van de transactie zouden ook een aantal projecten mee overgaan. In de koopovereenkomst waren partijen overeengekomen dat als (volledige) juridische levering van bepaalde projecten niet mogelijk zou zijn, partijen een alternatieve constructie zouden bedenken.

Toen vervolgens de juridische levering voor een aantal projecten inderdaad niet mogelijk bleek, sloten partijen die alternatieve overeenkomst. Daarin kwamen ze onder meer overeen dat (i) vanaf de dag van de overeenkomst de economische lusten en lasten van de projecten over zouden gaan op de kopers, en (ii) verkopers ter uitvoering van die economische overdracht aan kopers de volledige zeggenschap over die projecten zouden verstrekken door middel van een notariële, onherroepelijke volmacht. Verkopers zouden zich daarnaast, behoudens uitdrukkelijke opdracht van kopers, onthouden van alle handelingen met betrekking tot de projecten.⁵⁰

De Gemeente Venlo verzocht hierop de rechtbank Roermond om de alternatieve overeenkomst en bijbehorende volmachten te vernietigen op grond van artikel 26 Wvg, hetgeen de rechtbank uiteindelijk ook deed. Grontmij en HOG gingen vervolgens in hoger beroep en betoogden in dat kader onder meer dat voor vernietiging van een transactie op grond van artikel 26 lid 1 Wvg is vereist dat *“partijen bij zodanige rechtshandeling de bewuste bedoeling moeten hebben (gehad) de voorkeurspositie van de gemeente te frustreren en willens en wetens daarop inbreuk te maken, door het bewust fabriceren van een ontduikingsconstructie”*. Daar zou in casu geen sprake van zijn geweest omdat de bestreden rechtshandelingen ertoe strekten *“het bedrijfsonderdeel van Grontmij dat zich bezig hield met vastgoedontwikkeling en -realisatie “going concern” aan Holland Ontwikkel Groep over te dragen”*.⁵¹ Met andere woorden, vernietiging op grond van artikel 26 Wvg zou volgens appellanten niet mogelijk (moeten) zijn, omdat de bestreden rechtshandelingen strekten ter

49 Hof 's-Hertogenbosch 14 augustus 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB6046.

50 Idem, r.o. 4.8.

51 Idem, r.o. 4.3.

uitvoering van een reguliere bedrijfsovername. Dat argument achtte de Gemeente Venlo echter niet relevant: slechts ter toetsing zou moeten staan of door dergelijke rechtshandelingen afbreuk wordt gedaan aan de gemeentelijke voorkeurspositie.

Het Hof volgt de gemeente in haar oordeel:

“of een dergelijke overdracht van feitelijke macht over en economisch belang bij de percelen geschiedt in het kader en ter uitvoering van een koopovereenkomst betreffende een bedrijf of onderdeel daarvan, waarbij deze registergoederen een onderdeel van een meeromvattende transactie zijn (zoals appellanten stellen en de gemeente betwist), is naar het oordeel van het hof voor de toepassing van artikel 26 Wvg niet van belang. [...] Slechts is bepalend, zoals reeds is overwogen, of de rechtshandeling neerkomt op een onderhandse vervreemding waardoor de aanbiedingsplicht van art. 10 lid 1 Wvg wordt ontgaan. Derhalve kan in het midden blijven of er sprake is van een gedeeltelijke overgang ‘going concern’ van de onderneming van Grontmij, en of de alternatieve overeenkomst en daarop voortbouwende volmachtverlening binnen zodanige ruimere context plaatsvonden”.⁵²

Ofwel, of de transactie nu plaatsvindt in het kader van een bedrijfsovername of niet, de Wvg geldt onverkort.

Wel overwoog het Hof in dezelfde rechtsoverweging nog dat niet de oorspronkelijke koopovereenkomst tussen Grontmij en HOG ter discussie stond, maar de gemeente slechts vernietiging had gezocht van de vervreemdingshandelingen zelf (de alternatieve overeenkomst en volmachtverlening). Het Hof voorkomt zo te (moeten) oordelen over de vernietiging van de oorspronkelijke koopovereenkomst (en daarmee dus de ganse bedrijfsovername) vanwege de toepasselijkheid van een gemeentelijk voorkeursrecht. Dat was uiteraard aanzienlijk contentieuzer geweest.

⁵² Idem, r.o. 4.13.

Daarnaast zou een uitgebreidere behandeling van het ‘*going concern*-argument’ ook voor de praktijk interessant zijn geweest. Stel bijvoorbeeld dat een dochtermaatschappij van een grote internationale onderneming de eigendom houdt van een met een gemeentelijk voorkeursrecht belast stuk grond. Vervolgens wordt de gehele onderneming ‘*going concern*’ overgedragen aan een derde door middel van een verkoop en levering van de aandelen in de topholding zonder dat rekening gehouden wordt met het voorkeursrecht van de gemeente. De grond is dus ook niet voor de aandelenoverdracht aan de gemeente aangeboden. Als gevolg van de transactie is echter wel de beschikkingmacht over en het economisch belang bij de grond (indirect) volledig overgegaan naar die derde. De gemeente komt hier achter en vordert vernietiging van de koopovereenkomst op grond van artikel 26 Wvg. Gezien de huidige jurisprudentie en wetsgeschiedenis van artikel 26 Wvg lijkt dat een kansrijke vordering.

Vernietiging van de koopovereenkomst zou echter behoorlijk verstrekken gevolgen kunnen hebben, in verhouding tot het te beschermen belang zelfs te verstrekkend naar mijn mening. In die zin is ook in de literatuur reeds eerder betoogd dat in een dergelijk geval best verdedigbaar is dat de aandelenoverdracht niet de strekking heeft om afbreuk te doen aan het gemeentelijk voorkeursrecht (en deze dus ook niet op die grond vernietigd zou moeten worden).⁵³ Dat argument wordt echter niet gevolgd in de huidige rechtspraak. Immers, er wordt alleen getoetst of de rechtshandeling in enigerlei mate afbreuk doet aan de voorkeurspositie van de gemeente, hetgeen hier duidelijk het geval is. Partijen zullen daarom bij aandelentransacties waarin vastgoed is betrokken serieus rekening moeten houden met de Wvg.

53 J.A.M.A. Sluysmans, ‘Transformatie van het agrarisch gebied: wie betaalt en wie verhaalt? Preadvies Vereniging voor Agrarisch Recht’, *TvAR* 2007/4, p. 144. Sluysmans betoogt in het verlengde daarvan ook dat de overdracht van een klein aandelenbelang niet geacht zou (moeten) kunnen worden de kennelijke strekking te hebben afbreuk te doen aan de gemeentelijke voorkeurspositie, ook al wordt deze wel aangetast doordat een zeer beperkt gedeelte van de beschikkingmacht over de aangewezen grond wordt overgedragen. Zie ook W.J. Bosma, E.W.J. de Groot en J.J. Hoekstra, ‘Het ontduiken van de Wvg, dat valt niet (meer) mee!’, *BR* 2008, afl. 4, p. 240 e.v.

Dat neemt overigens niet weg dat het terugdraaien van de volledige (internationale) bedrijfsovername uit het voorbeeld vanwege een lokaal voorkeursrecht niet erg proportioneel zou zijn. Voorstelbaar is dat de rechter in een dergelijk geval een tussenoplossing zou (kunnen) proberen te vinden. Zo wees de Rechtbank Overijssel recentelijk een artikel 26 Wvg-vordering van de gemeente af wegens disproportionaliteit.⁵⁴ Bij haar beslissing overwoog de rechtbank onder meer dat de verweerder reeds zeventien jaar door het voorkeursrecht werd belemmerd, het er niet naar uitzag dat de gemeente haar plannen op het bewuste stuk grond op korte termijn zou realiseren, en – relevant voor de praktijk – de aangevoerde financiële belangen van verweerder bij het uitblijven van vernietiging. Ook een beroep op partiële nietigheid op grond van artikel 3:41 BW is voorstelbaar maar kan mogelijk lastig zijn als er geen specifieke uitvoeringshandelingen in de koopovereenkomst liggen besloten ten aanzien van de bewuste gronden. Zo hadden contractspartijen in de (niet-gepubliceerde) zaak “Barneveld”⁵⁵ betoogd dat rechtshandelingen slechts partieel nietig mogen worden verklaard, mits de overgebleven gedeelten zelfstandig kunnen voortbestaan. Het Hof Arnhem zag echter *“geen grond om delen van overeenkomsten of de hypotheke van de vernietiging uit te sluiten. De koopovereenkomst en de overeenkomst ingeval van onteigening vormen naar het oordeel van het Hof een geheel van op elkaar afgestemde bepalingen die in wezen strekken tot levering op termijn van de grond”*. Ook het argument dat de gemeente geen belang heeft bij vernietiging (artikel 3:303 BW) zal niet snel slagen: het enkele feit dat de gemeente een voorkeursrecht heeft (gehad) en er is vervreemd in strijd met dat voorkeursrecht geeft haar voldoende gerechtvaardigd belang om de nietigheid op grond van artikel 26 Wvg in te roepen.⁵⁶ Voorts zouden partijen in bepaalde situaties mogelijk nog kunnen betogen dat de gemeente met het invoeren van artikel 26 Wvg misbruik maakt van haar

⁵⁴ Rechtbank Overijssel 7 februari 2018, JOM 2018/168, ECLI:NL:RBOVE:2018:524.

⁵⁵ Hof Arnhem 28 juli 2009, nr. 200.018.235 (Barneveld), niet gepubliceerd. Zie terzake J.B. Mus & P.C.E. van Wijmen, in: *Module Grondzaken*, artikel 26 WVGem, aant. 1.2, onder het kopje ‘Partiële nietigheid ingevolge artikel 3:41 van het BW?’.

⁵⁶ Hof ’s-Hertogenbosch, 14 augustus 2007 ECLI:NL:GHSHE:2007:BB6046, r.o. 4.10 en 4.15. Zie ook HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0608 (Bunnik).

bevoegdheid (artikel 3:13 BW)⁵⁷. Tot slot zou men zich nog kunnen afvragen, wat er zou gebeuren indien partijen de bestreden transactie hadden vormgegeven als een juridische fusie. Artikel 2:323 BW kent een limitatief aantal vernietigingsgronden, maar artikel 26 Wvg is daar niet een van.⁵⁸

Voorkomen is echter beter dan genezen. Wanneer bij een transactie vastgoed mee over gaat, zullen partijen moeten onderzoeken of een gemeentelijk voorkeursrecht van toepassing is. Daarvoor kunnen zij het WKPB-register en het kadaster raadplegen. Gemeenten zijn op basis van de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken (WKPB) sinds 2007 verplicht om gevestigde voorkeursrechten in te schrijven in het WKPB-register. Deze en oudere voorkeursrechten zijn ook terug te vinden in de openbare registers van het Kadaster.

Mocht uit dat onderzoek een gemeentelijk voorkeursrecht naar voren komen, dan kunnen partijen een aantal dingen doen om het risico op vernietiging op grond van artikel 26 Wvg te ondervangen. De kortste, en in de praktijk meest eenvoudige weg voorwaarts, is om de gemeente te vragen schriftelijk te bevestigen dat zij in het kader van de onderhavige transactie geen gebruik zal willen maken van haar voorkeursrecht. Bevestigt de gemeente dit, dan zal zij bij een eventueel later verzoek tot vernietiging niet ontvankelijk zijn. Daarbij moeten partijen zich overigens wel rekenschap geven van het feit dat een dergelijke bevestiging alleen geldt voor *hun* transactie. Eventuele voorgaande transacties in strijd met het voorkeursrecht kunnen immers nog steeds op verzoek van de gemeente vernietigd worden als zij ter zake die transacties niet ook afstand heeft gedaan van haar recht.⁵⁹ Dat is dan ook een aandachtspunt in het *due diligence* onderzoek: mocht het voorkeursrecht reeds bestaan voordat de huidige verkoper (de beschikkingsbevoegdheid over en het economisch belang

⁵⁷ Op grond van artikel 3:15 BW kan artikel 3:13 BW ook van toepassing zijn buiten het vermogensrecht voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Dat lijkt bij artikel 26 Wvg niet het geval.

⁵⁸ Zie ter zake G.C. van Eck, in: *Commentaar Ondernemingsrecht*, Commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 2 art. 309.

⁵⁹ Partijen zouden kunnen overwegen de gemeente middels een onherroepelijk derdenbeding om niet te laten bevestigen dat zij ook niet zal verzoeken tot vernietiging van daaraan voorafgaande transacties. In de praktijk zullen partijen omwille van de tijdsdruk echter een verzoek aan de gemeente vaak zo simpel (en acceptabel) mogelijk willen houden.

bij) het vastgoed heeft verkregen, dan zal altijd voor zover mogelijk moeten worden nagegaan of die transacties in overeenstemming met de systematiek van het voorkeursrecht hebben plaatsgevonden.

Daarnaast kan, als het geplande tijdsplan van de transactie het toelaat, ook worden overwogen het bewuste stuk grond ‘gewoon’ aan de gemeente aan te (laten) bieden. In dat kader is artikel 11 lid 4 Wvg bij een aandelentransactie mogelijk ook interessant. Dit artikel bepaalt dat de vervreemder bij zijn aanbieding kan eisen dat ook het bedrijf of de onderneming waarin de onroerende zaken als onderdeel worden geëxploiteerd in de aanbieding wordt betrokken. Bij een dergelijke opgave zal dat bedrijf dan ook in de prijsvaststellingsprocedure door de rechter moeten meegewogen.⁶⁰ Het overnemen van het bijbehorende bedrijf zal voor veel gemeenten (financieel en anderszins) immers meestal niet erg aantrekkelijk zijn.

5. AS IS, WHERE IS EN NON-CONFORMITEIT

DE AS IS, WHERE IS-CLAUSULE

Binnen de transactiepraktijk wordt titel 1 van Boek 7 BW en meer in het bijzonder de wettelijke conformiteitsregeling van artikel 7:17 regelmatig (voor zover mogelijk) contractueel uitgesloten, dan wel nader ingevuld.⁶¹ Binnen de vastgoedpraktijk betekent dit vaak dat er ‘*as is, where is*’, of kortweg ‘*as is*’, wordt verkocht en geleverd. Dat betekent dat koper het gekochte vastgoed accepteert in de staat waarin het zich op de leveringsdatum bevindt, met alle daarbij behorende bekende en onbekende gebreken.⁶² Dat betekent dat zaken als bouwkundige gebreken, asbest, bodemverontreiniging en boze huurders

60 Zie artikel 13 Wvg. Zie uitgebreid hierover J.B. Mus & P.C.E. van Wijnen, *Wet voorkeursrecht gemeenten verklaard*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2010, p. 147-148.

61 Zie hierover uitgebreid R.J. Tjittes, ‘Remedies bij inbreuken op garanties in overnamecontracten’, *Contracteren* 2015, afl. 4, p. 106-114.

62 Zie H.W. Heyman en S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties / Koop*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 317 e.v. en NVM-modelcontracten.

per *closing* allemaal voor rekening en risico van koper zijn. Immers, koper accepteert de zaak 'zoals zij is'⁶³ en moet (en kan) verder niet klagen.

Met de *as is, where is* clause wordt de koper een beroep op non-conformiteit in principe onmogelijk gemaakt. Uiteraard moeten de precieze inhoud en de reikwijdte van een dergelijk clause per geval door uitleg worden vastgesteld, maar in algemene zin geldt dat verkoper zich met succes op de *as is, where is*-clause kan beroepen tenzij dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Daarvoor is in elk geval vereist dat aan verkoper een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Bij vastgoedtransacties is dat zo als verkoper het gebrek kende, maar het desondanks niet aan de koper heeft meegedeeld. Kent verkoper het gebrek zelf niet, maar is aannemelijk dat hij het wel behoorde te kennen, dan levert niet melden op zichzelf nog geen ernstig verwijt op. Daarvoor moeten dan bijkomende omstandigheden worden aangevoerd.⁶⁴

De *as is, where is*-clause neemt overigens niet weg dat een gebrek nog steeds tot een claim kan leiden op basis van andere bepalingen in het contract. Zo bevatten veel koopcontracten garanties waarin de verkoper verklaart voor bepaalde eigenschappen van het verkochte in te staan. Denk bijvoorbeeld aan de NVM-modelovereenkomst waarin weliswaar een algemene exoneratie voor gebreken is opgenomen ten faveure van verkoper, maar verkoper tegelijkertijd aan koper de garantie geeft dat de geleverde zaak de eigenschappen zal bezitten die voor het normaal gebruik daarvan nodig zijn. De algemene exoneratie staat dan een succesvol beroep op de garantie niet in de weg. Ook kan uitleg van de overeenkomst er bijvoorbeeld toe leiden dat een impliciete garantie wordt aangenomen die derogeert aan de algemene exoneratie. Zo oordeelde de Hoge Raad in de Maassluis-arresten⁶⁵ dat de verkoop van grond door de gemeente met de verplichting om op die grond woningen te bouwen impliciet de garantie inhield dat de grond dan ook voor woningbouw geschikt was en

63 Ook wel 'voetstoots in huidige situatie'.

64 Zie H.W. Heyman en S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties / Koop*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 317 e.v. en HR 25 februari 2005, *JOR* 2005/168 (Fabels/Meenderink), m.nt. J.J. Dammingh.

65 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286-289 m.nt. C.J.H. Brunner.

dus niet – zoals het geval was – ernstig vervuild. Die impliciete garantie stond vervolgens aan een geslaagd beroep op de *as is, where is*-clausule in de weg. Om een dergelijke zeperd te voorkomen wordt in veel *as is, where is*-clausules een beroep op impliciete garanties dan ook expliciet uitgesloten.

AS IS, WHERE IS BIJ AANDELENTANSACTIES

De *as is, where is*-clausule zien we ook terug binnen de *corporate real estate M&A*. De clausule komt met name vaak voor in zogenoemde *controlled auction*⁶⁶ procedures. De *auction draft*⁶⁷ bevat dan een clausule waarin koper in algemene zin accepteert – met de aankoop van de aandelen – het vastgoed op een *as is, where is*-basis geleverd te krijgen. Daarna volgt een gedetailleerde (maar vaak niet gelimiteerde) opsomming wat dat dan heeft te betekenen. Vaak betekent dat dat koper – behoudens expliciet in de overeenkomst opgenomen uitzonderingen – erkent dat hij het vastgoed (en soms ook de bijbehorende aandelen) verkrijgt in de juridische, fiscale, technische, milieukundige, commerciële en financiële staat waarin het zich bevindt op de leveringsdatum. Koper accepteert verder dat alle zichtbare en onzichtbare gebreken en beperkingen van het pand (inclusief aanwezige asbest of vervuiling), alsmede het gebruik van het pand zoals dat is op de dag van *closing*, voor zijn rekening komen. Met deze laatste bepaling beoogt verkoper met name het risico van tussen *signing* en *closing* vertrekkende huurders expliciet bij koper neer te leggen. Tot slot wordt vaak nog expliciet opgenomen dat dwaling en Titel 1 van Boek 7 BW zijn uitgesloten en – gezien de Maassluis-zaken – dat koper geen aanspraak kan maken op enige andere dan expliciet door verkoper in het contract gegeven garanties.

Een dergelijke clausule legt op het oog vrijwel alle risico bij de koper, maar meestal wordt de soep niet zo heet gegeten als zij wordt opgediend. Immers, vaak hebben partijen reeds in de *due diligence* fase de belangrijkste

66 Een veilingprocedure waarbij de verkoper zijn onderneming of pand gelijktijdig aan zoveel mogelijk kandidaat-kopers aanbiedt in de hoop een zo hoog mogelijke opbrengst te genereren. De bedoeling van de opzet van de veilingprocedure is – naast het realiseren van de beste prijs – gedurende het proces steeds *in control* te blijven.

67 De eerste (verkopersvriendelijke) versie koopovereenkomst die aan bieders ter beschikking wordt gesteld.

non-conformiteitsissues gesignaleerd. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan gevonden asbest in het pand of een onzekere huursituatie op levering wanneer er veel tijd zit tussen *signing* en *closing*. In een dergelijk geval maken partijen vaak afspraken elders in het contract waardoor op dat specifieke punt wordt afgeweken van de algemene exoneratie. Daarnaast geldt dat de *as is, where is*-clausule vaak goeddeels ongedaan wordt gemaakt door de verderop in het contract gegeven garanties. Buitenlandse investeerders en zeker Angelsaksische partijen accepteren het vaak niet als zij geen garanties krijgen ter zake het door hen gekochte vastgoed en zullen vaak uitgebreide garantieparagrafen verlangen. Zo haalt een verkoper met de garanties soms zelfs meer aansprakelijkheid binnen dan hij alleen op grond van het conformiteitsbeginsel zou hebben gehad. Dat neemt niet weg dat de *as is, where is*-clausule ook in een dergelijke situatie wel degelijk interessant blijft voor een verkoper. Als verkoper zijn aansprakelijkheid onder de garanties goed heeft kunnen beperken (bijvoorbeeld omdat koper een zogenoemde *warranty & indemnity*-verzekering⁶⁸ heeft uitgenomen en verkoper geen aansprakelijkheid onder de garanties aanvaardt), dan kan de *as is, where is*-clausule als sluitstuk fungeren bij het opruimen van eventueel overblijvende aansprakelijkheden.

6. SLOT

In deze bijdrage zijn een aantal aandachtspunten besproken bij *corporate real estate M&A* transacties, ofwel aandelentransacties waarbij vastgoed een belangrijke of doorslaggevende rol speelt. In dat kader werden de (i) de fiscale en juridische structurering, (ii) het gemeentelijk voorkeursrecht, en (iii) het *as is, where is*-principe, vertaald naar de aandelentransactie belicht. Wat deze aandachtspunten kenmerkt, is dat zij hun oorsprong vinden in de vastgoedpraktijk, maar tegelijkertijd ook een rol spelen (of in het geval van de Wvg: zouden moeten spelen) in de ondernemingsrechtpraktijk. ■

⁶⁸ Een verzekering waarbij claims onder de garanties en (fiscale) vrijwaringen in een koopovereenkomst worden verzekerd bij een verzekeraar. Een dergelijke polis wordt meestal uitgenomen door de koper als gevolg waarvan de verkoper er als het ware tussenuit valt. Zie verder uitgebreid hierover L.P. Keijzer, 'Warranty & Indemnity verzekering, een helpende hand in M&A-transacties', *TOP* 2012/3, p. 111-118.

4

HET BEVORDEREN VAN CIRCULAIR BOUWEN. EEN ALTERNATIEF VOORSTEL*

mr. dr. P.J. van der Plank¹

1. INLEIDING

Circulair bouwen is een thema waar veel over wordt geschreven.² Zo verscheen eind vorig jaar het preadvies van de Vereniging voor Bouwrecht over

* P.J. van der Plank, 'Het bevorderen van circulair bouwen. Een alternatief voorstel', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2019/89.

- ¹ Pernille is als adviseur verbonden aan de praktijkgroep Real Estate van Houthoff. Daarnaast is zij werkzaam als universitair docent aan de Universiteit Utrecht en als onderzoeker verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL). Dit artikel is verschenen mede vanwege de Stichting Fundatie Bachiene welke stichting onder meer ten doel heeft het stimuleren van publicaties omtrent onroerende zaken en andere registergoederen.
- ² Zie onder meer: P.J. van der Plank & D. De Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen', *WPNR* 2019/7224, N.C. Streek, 'De eigendom voorbij', *Ars Aequi* 2018/612, R. Koolhoven, 'Worden 'slimme' zaken ook nagetrokken in de circulaire economie?', *WPNR* 2018/7194, M.A.B. Chao-Duivis, 'Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel I)', *TBR* 2017/154, A.M. Schmidt, 'Diensten in de circulaire economie en enkele mogelijke privaatrechtelijke belemmeringen', *Men R* 2017/120. A.J. Mes, H.D. Ploeger, B.A.M. Janssen, 'Eigendom van onroerende zaken, met name natrekking', in: *Boek 5 van de Toekomst*, KNB Preadviezen 2016, Den Haag: Sdu 2016, p. 158 en M. van der Veen, M. Hulshof, H.D. Ploeger, 'Cascokoop: wenkend perspectief binnen een circulaire economie', *WPNR* 2014/7033.

dit onderwerp³ en recent het KNB preadvies met als thema ‘Duurzaam wonen’.⁴ Veelal wordt het bevorderen van circulair bouwen gezocht in de beperking van de regels wanneer natrekking plaatsvindt. Zo ook in de zojuist genoemde preadviezen. In deze bijdrage staat de vraag centraal of het mogelijk is circulair bouwen te bevorderen, zonder het goederenrechtelijke systeem ingrijpend te wijzigen.

2. WAAROM IS CIRCULAIR BOUWEN THANS GOEDERENRECHTELIJK EEN UITDAGING?

Er zijn twee contraire rechtsverschijnselen in het Nederlandse goederenrecht die circulair bouwen bemoeilijken: enerzijds vindt natrekking snel plaats, terwijl anderzijds de mogelijkheden om natrekking te doorbreken beperkt zijn. Dit vormt een obstakel voor circulair bouwen, waarbij een leverancier eigenaar blijft van hetgeen hij levert ten behoeve van de ontwikkeling van een gebouw.

De oplossing om circulair bouwen te bevorderen wordt veelal gezocht in het beperken van de gevallen waarin natrekking plaatsvindt, óf in het verruimen van de doorbrekingsmogelijkheden, dan wel in een combinatie van beide. Zo doet Koolhoven in het Preadvies Circulair Bouwen van de Vereniging voor Bouwrecht een aantal aanbevelingen om de huidige natrekkingsregels te beperken. Onder meer door bij toepassing van art. 3:3 BW (in verband met de vraag of een gebouw of werk als onroerend is aan te merken en daardoor nagetrokken wordt door de grond op grond van art. 5:20 lid 2 sub e BW) een dubbele toets te hanteren: 1. is er sprake van een vereniging, en 2. is deze vereniging duurzaam. Van een vereniging is pas sprake, zo bepleit zij, als verwijdering tot een beschadiging van betekenis leidt. “Niet elke verbinding is een vereniging, “stelt zij.⁵ Het bestemmingscriterium dient in haar

3 Ch.W. Backes, M.N. Boeve, R. Koolhoven en D.R. Versteeg, *Circulair bouwen*, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht, Den Haag: VBR 2018.

4 L.C.A. Verstappen, F.J. Vonck, *Duurzaam Wonen*, KNB Preadviezen 2019, Den Haag: SDU 2019.

5 Ch.W. Backes, M.N. Boeve, R. Koolhoven en D.R. Versteeg, *Circulair bouwen*, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht, Den Haag: VBR 2018, p. 50.

opvatting gehanteerd te worden voor de vraag of (indien er sprake is van een vereniging) deze vereniging *duurzaam* is. Indien duidelijk is – bijvoorbeeld door gebruik van een gebouwenpaspoort of een Madaster – dat iets wat niet zonder beschadiging afgescheiden kan worden van een gebouw in eigendom toebehoort aan iemand anders, vindt in haar voorstel geen natrekking plaats, als ik het goed begrijp. Het voordeel hiervan zou zijn dat een modulaire gevel of een modulair dak niet langer nagetrokken wordt door het gebouw. Voor een koper van een gebouw betekent dit echter dat hij zal moeten kijken in een register van gehuurde zaken (zo stelt Koolhoven voor) om te kijken wat wel en wat niet valt onder de eigendom van het gebouw en welke overeenkomsten eventueel horen bij de gehuurde zaken.

Ik heb grote twijfels bij deze aanbeveling: ten eerste gaat Koolhoven er hier mijns inziens aan voorbij dat als iets zodanig verenigd is dat het niet zonder beschadiging van betekenis afgescheiden kan worden, dit reeds aan te merken is als bestanddeel in de zin van art. 3:4 lid 2 BW, zodat niet langer getoetst hoeft te worden aan 3:3 BW. Daarbij zorgt zo een systeem ervoor dat men bij de koop van een gebouw van al hetgeen af te scheiden is zonder beschadiging van betekenis dit wel of niet in de koop betrokken is of niet: deuren, lichtknopjes, tussenwanden: Het onderzoek doen hiernaar en het vervolgens in kaart brengen waar de koop wel of niet op ziet, lijkt me onder meer vanwege de arbeidsintensiviteit ervan niet alleen onpraktisch, maar ook onwenselijk. Daarbij lijkt het creëren van een register voor gehuurde zaken mij ook om een andere reden onwenselijk: als een modulaire gevel niet geregistreerd staat in dit register, is het niet zo dat alsnog natrekking plaatsvindt. De gevelleverancier is nog steeds eigenaar van de door hem geplaatste gevel en kan deze desgewenst verwijderen, c.q. revindiceren (art. 5:2 BW). Het register is immers niet bepalend voor de vraag of natrekking plaatsvindt of niet: de gevel is af te scheiden zonder beschadiging van betekenis, dus de gevelleverancier is eigenaar ervan gebleven. Dit leidt mijns inziens tot grote rechtsonzekerheid.⁶ Daarbij lijkt het mij ongewenst naast de openbare registers voor registergoederen nog andere registers in het leven te roepen, die kunnen bepalen of iets wel of niet behoort tot de eigendom van een registergoed. Het kan immers

⁶ Of zoals Koolhoven het noemt: in strijd met het vertrouwensbeginsel.

nog steeds zo zijn dat iemand op basis van een gevestigd opstalrecht eigenaar is van een ander onderdeel van het gebouw. Het raadplegen van meerdere registers lijkt omslachtig.

Belangrijker is mijns inziens nog dat de regels omtrent natrekking er niet voor niets zijn. Art. 5:3 BW bevat het eenheidsbeginsel: de regel dat de eigenaar van een zaak, ook eigenaar is van haar bestanddelen (voor zover de wet niet anders bepaalt). In mijn proefschrift⁷ besprak ik reeds de verschillende opvattingen in de literatuur omtrent de motieven achter dit eenheidsbeginsel en heb ik uiteengezet dat de belangrijkste reden voor het bestaan van het eenheidsbeginsel rechtszekerheid is. Regels omtrent natrekking zorgen ervoor dat datgene wat er fysiek uitziet als één zaak, rechtens ook als één zaak behandeld wordt. Het voorstel van Koolhoven leidt mijns inziens tot grote rechtsonzekerheid, nu het ertoe kan leiden dat iemand een huis verkrijgt en zich later iemand meldt die aantoonde eigenaar te zijn van alle tussenwanden, zonder dat de verkrijger hiervan op de hoogte was. Deze wanden worden dan immers niet nagetrokken. Ik vraag mij ten zeerste af of dit een ontwikkeling is die men voor moet staan.

3. VERRUIMING VAN DE TOEPASSING VAN HET OPSTALRECHT.

Thans is het zo dat alleen natrekking door een onroerende zaken doorbroken kan worden. Het belangrijkste middel hiertoe is door het vestigen van een opstalrecht.⁸ Doordat zo een opstalrecht ingeschreven wordt in de openbare registers, wordt rechtszekerheid gediend: iemand kan immers alleen eigenaar zijn van een onderdeel van een zaak, als dit kenbaar is uit de openbare registers. Circulair bouwen kan mijns inziens relatief eenvoudig bewerkstelligd worden, indien de toepassing van het opstalrecht verruimd wordt. Thans

7 P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen) Kluwer: Deventer 2016, p. 136, paragraaf 4.2.

8 Andere manieren waarop natrekking kan worden doorbroken zijn door de wettelijke mandeligheid (art. 5:62) en art. 5:20 lid 2 BW bevat een speciale regeling ten aanzien van kabels en leidingen, op grond waarvan deze een zelfstandige onroerende zaak kunnen vormen.

geldt dat een gebouw of werk ‘voldoende individualiseerbaar’ dient te zijn, wil men hiervoor een opstalrecht kunnen vestigen. Ik heb al eerder bepleit het criterium van voldoende individualiseerbaarheid, te verruimen in die zin dat datgene wat met voldoende bepaaldheid omschreven kan worden in de akte van vestiging van het opstalrecht, kan dienen als object dat door middel van de vestiging verzelfstandigd wordt.⁹ Het in de doctrine veelvuldig aangehaalde contra-argument dat dit zou leiden tot een te grote versnippering van het eigendomsrecht, moet mijns inziens geplaatst worden in het licht van de tijd waarin dit aangevoerd werd: in die tijd waren de openbare registers nog een fysieke kaartenbak, waarin men handmatig moest zoeken. Vandaag de dag kan men met een druk op de knop, eventueel met aangehechte 3d-tekening, inzicht krijgen in de gehele goederenrechtelijke situatie van een gebouw. Maar dit is wellicht niet de plaats om deze discussie over te doen.

Om die reden zal deze bijdrage zich richten op de volgende vraag: is het niet mogelijk circulair bouwen te bevorderen, zonder aantasting van het huidige systeem van natrekkingsregels en de mogelijkheden om opstalrechten te vestigen?

Hiervoor is het allereerst van belang in te gaan op de vraag *waarom* het eigenlijk belangrijk is om circulair te gaan bouwen.

4. WAAROM CIRCULAIR BOUWEN BEVORDEREN?

In de literatuur worden verschillende argumenten genoemd ten faveure van circulair bouwen: hergebruik van materialen leidt tot minder afval, daarbij wordt door hergebruik grondstoffenschaarste tegengegaan en circulair bouwen leidt tot zaken van een hogere kwaliteit met een langere levensduur. Kort gezegd wordt circulair bouwen veelal gelijkgesteld aan *duurzaam bouwen*.

⁹ P.J. van der Plank, ‘Is het mogelijk art. 3:4 BW bestanddelen te verzelfstandigen door middel van het vestigen van een recht van opstal?’, *WPNR* 2016/7108.

Het hergebruiken van bouwmaterialen is hetgeen circulair bouwen duurzaam maakt: het leidt tot minder afval, grondstoffen worden hergebruikt, waardoor schaarste minder snel op zal treden¹⁰ en het hergebruiken van materialen zal de producent een prikkel (kunnen) geven producten te ontwerpen die een langere levensduur hebben.

Voor dit alles is het echter niet noodzakelijk dat een leverancier eigenaar blijft van hetgeen hij heeft geleverd heeft, zo lang zijn product nog onderdeel uitmaakt van een gebouw. Het is wel begrijpelijk dat een leverancier eigenaar zou *willen* blijven van hetgeen hij geleverd heeft: het levert immers een zekere inkomstenstroom op gedurende een lange tijd en het feit dat een leverancier eigenaar zou blijven van hetgeen hij heeft geleverd, verschaft hem in belangrijke mate een machtspositie ten opzichte van de eigenaar van het gebouw (in dit scenario de casco-eigenaar). De gebruiker van het gebouw is immers afhankelijk van de leverancier om zijn onderhoudsverplichtingen na te komen en bij geschillen kan het zo zijn dat de leverancier de overeenkomst opzegt en zijn eigendom wil revindiceren. Daarbij bestaat er het risico dat de casco-eigenaar financieel in een soort wurgpositie komt te zitten (Koolhoven gebruikt hiervoor de term ‘lock-in’¹¹) door het bestaan van talrijke lease-overeenkomsten, voor zaken die onderdeel van het gebouw uitmaken. Is dit waar we naartoe willen? Is dit een reden om het goederenrecht geheel op de schop te nemen? Mijns inziens niet. Datgene wat circulair bouwen duurzaam maakt, te weten het hergebruiken van bouwmaterialen, kan ook bewerkstelligd worden zonder te tornen aan de bestaande regels omtrent natrekking.

10 Wat betreft bouwmaterialen is de vraag in hoeverre schaarste daadwerkelijk iets is wat in oenschouw genomen moet worden. Henckens deed onderzoek naar de schaarste van grondstoffen. Hij concludeert dat met name goud, zink en antimoon in de komende tientallen jaren op zullen geraken. Dit zal met name invloed hebben op bijvoorbeeld de productie van mobiele telefoons. Van koper wordt verwacht dat het in de volgende eeuw schaarser wordt en van chroom, lood, tin en zilver weer een eeuw later. IJzer wordt tegen 2400 schaars. Schaarste van grondstoffen voor bouwmaterialen is om die reden niet iets wat in de komende eeuwen zal spelen. Zie: M.L.C.M. Henckens, *Managing raw materials scarcity: safeguarding the availability of geologically scarce mineral resources for future generations*, (diss. Utrecht) 2016.

11 “Gevaarlijk is de ‘lock-in’: wegens gebrek aan concurrentie of door onevenwichtige overeenkomsten zit de consument vast aan een gehuurde gevel, terwijl de prijzen kunnen worden opgedreven in die afhankelijkheid, waarmee het besteedbaar inkomen onder druk komt te staan.”, zie Koolhoven in: Backes, Boeve, Koolhoven en Versteeg, *Circulair bouwen*, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht), Den Haag: VBR 2018, p. 53.

De oplossing ligt in het ontwikkelen van een systeem om de leverancier van een product de gelegenheid te geven bij ontmanteling van het gebouw een en ander weer af te scheiden en hiervan (weer) eigenaar te worden. Hiertoe zou gebruik gemaakt kunnen worden van een *ius tollendi*: een wegneemrecht.

5. IUS TOLLENDI

Het Burgerlijk Wetboek kent een aantal *ius tollendi*, c.q. wegneemrechten, op grond waarvan iemand de bevoegdheid heeft een zaak die door hem aangebracht is (en veelal ook nagetrokken wordt door de hoofdzaak) af te scheiden.¹² Zo een bepaling ziet men voor de erfpachter in art. 5:89 lid 3 BW die onverplicht¹³ gebouwen, werken en beplantingen heeft aangebracht; zowel tijdens de duur van de erfpacht als bij het einde ervan mag hij deze wegnemen, mits hij de zaak in oude toestand terugbrengt. Maar dit geldt ook voor een opstaller (art. 5:105 BW), een pachter (art. 7:349 BW), een hypotheekhouder (art. 3:266 BW), maar ook bijvoorbeeld voor een huurder. Art. 7:216 BW geeft een huurder het recht om door hem aangebrachte veranderingen en toevoegingen ongedaan te maken, mits het gehuurde door hem teruggebracht wordt in de oorspronkelijke toestand. Stel dat de huurder in de tuin een tuinhuisje heeft aangebracht. Aan het einde van de huurperiode heeft hij het recht het tuinhuisje uit elkaar te halen en mee te nemen. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor door hem aangebrachte zonwering, overkappingen, een kookeiland etc. Dat al deze zaken op grond van de natrekkingsregels van art 3:3 jo 5:20 lid 1 en art. 3:4 jo 5:3 BW thans nagetrokken worden door de onroerende (hoofd) zaak, staat er derhalve niet aan in de weg dat deze op grond van een *ius tollendi* afgescheiden mogen worden, en deze zaak na afscheiding als zelfstan-

12 Asser/Bartels & Van Mierlo stelt dat de gedachte die ten grondslag ligt aan het *ius tollendi* is dat ongerechtvaardigde verrijking moet worden voorkomen (of ongedaan moet worden gemaakt). Zie: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/66.

13 Hoewel de wet spreekt van 'onverplicht' aangebrachte gebouwen, blijkt uit de Parlementaire Geschiedenis dat men in de akte van vestiging ook kan bepalen dat de erfpachter verplicht aangebrachte zaken mag wegnemen bij het einde van het erfpachtrecht, zie: TM, PG Boek 5, p. 308. Ik besprak dit eerder in: P.J. van der Plank & D. De Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen', *WPNR* 2019/7224.

dige roerende zaak in eigendom toebehoort aan degene die de zaak op grond van dit wegneemrecht mocht afscheiden.

Wat nu als we in het kader van circulair bouwen een wegneemrecht in het leven roepen voor een leverancier, op grond waarvan hij bij ontmanteling het recht krijgt het door hem geleverde af te scheiden en te hergebruiken? Een vraag die in dit kader rijst is hoe men bepaalt wie welk wegneemrecht heeft. Hiertoe zie ik een rol voor het Madaster.

6. EEN ROL VOOR HET MADASTER?

Een Madaster is een materialenkadaster, waarin precies bijgehouden wordt welk onderdeel waar in een gebouw gebruikt is. Hierdoor blijven ze “ongelimitiseerd beschikbaar” zo stellen zij zelf en “krijgen materialen en identiteit, waardoor ze nooit meer in de anonimiteit als afval kunnen verdwijnen”.¹⁴ In de literatuur is aan de orde komen of zo een materialenkadaster geschikt zou zijn om natrekking te doorbreken. Dit zou op twee manieren kunnen: ofwel dat registratie in een materialenpaspoort tot gevolg heeft dat zaken niet nagetrokken worden. Registratie zou dan als in wezen dienen als een soort opstalrecht. Of dat registratie in zo een register wellicht de verkeersopvatting van art. 3:4 lid 1 BW inkleurt, zodat bestanddeelvorming wellicht minder snel plaats zou vinden.

Ik voel hier weinig voor. Ten eerste omdat veel van de zaken die naar huidige recht nagetrokken worden door een gebouw, niet nagetrokken worden op grond van art. 3:4 (jo 5:3 BW), maar op grond van art. 3:3 jo 5:20 lid 1 sub e BW: doordat zij indirect verenigd zijn met de grond en om die reden nagetrokken worden door de eigendom van de grond.¹⁵ En voorts omdat het mijns inziens zoals gezegd rechtsonzekerheid met zich brengt. Daar komt

¹⁴ Zie www.madaster.nl

¹⁵ Zie over natrekking door de grond op grond van de indirecte verneiging van art. 3:3 lid 1 BW de arresten: HR 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2478 (Portacabinarrest) en HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0813 (WKK-arrest) en hierover uitgebreid: P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen) Kluwer: Deventer 2016, p. 136, paragraaf 1.3, 1.4 en 1.5.

nog bij dat het Madaster een private organisatie is. Aan de registratie komt geen notaris te pas, waardoor men mijns inziens terughoudend moet zijn om natrekkingsregels afhankelijk te stellen van de registratie in dit register.

Zo een materialenregister zou wellicht wel een rol kunnen spelen om vast te leggen wie bij ontmanteling van het gebouw gerechtigd is tot het wegnemen van welk onderdeel en daarmee het *ius tollendi* van de leverancier vast te leggen. Op die manier wordt de belangrijkste doelstelling van circulair bouwen gehaald, te weten het hergebruiken van materialen, zonder het bestaande goederenrechtelijke systeem in belangrijke mate te wijzigen.

Maar er zijn ook andere voordelen te noemen: gebouweigendom wordt niet gereduceerd tot casco-eigendom en de gebruiker van een gebouw niet ongewild aan allerlei leaseovereenkomsten vast hoeft te komen zitten, hetgeen een zogenaamde ‘lock-in’ voorkomt. Daarbij is het voorgestelde wegneemrecht van de leverancier aan te merken als een vorderingsrecht. Het is om die reden als vermogensrecht overdraagbaar en bezwaarbaar. Indien de leverancier van een bestanddeel van het gebouw bijvoorbeeld failliet gaat, kan in zijn faillissement het wegneemrecht overgedragen worden, bijvoorbeeld door de wijziging van de registratie in het Madaster. Indien de leverancier niet langer bestaat bij ontmanteling van het gebouw, is het wegneemrecht teniet gegaan en kan de eigenaar van het gebouw bij ontmanteling de zaken die af te scheiden zijn, óf zelf afscheiden en overdragen, óf aan iemand het recht verlenen deze zaken af te scheiden en na afscheiding toe te eigenen.

7. WEGNEEMRECHT OF WEGNEEMPLICHT

Tot nu toe is gesproken van een wegneemrecht. Men kan zich echter ook de vraag stellen of dit niet een wegneemplicht zou moeten zijn. Een veel gehoord argument is immers dat circulair bouwen leidt tot zaken van hogere kwaliteit, nu de leverancier “niet meer gebaat is bij vroegtijdige productveroudering.”¹⁶ Wanneer de leverancier een *wegneemplicht* heeft, is te verwachten dat dit een

¹⁶ Koolhoven in: Backes, Boeve, Koolhoven en Versteeg, *Circulair bouwen*, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht), Den Haag: VBR 2018, p. 6.

stimulans is voor een producent een product te ontwikkelen dat van hoge(re) kwaliteit is, omdat het lang genoeg mee dient te gaan om aan het einde van de levensduur van een gebouw nog waarde te vertegenwoordigen.

8. CONCLUSIE

Tot nu toe wordt in de literatuur het bevorderen van circulair bouwen veelal gezocht in het beperken van de regels omtrent natrekking, verruiming van het opstalrecht of in een combinatie van beide. In deze bijdrage is bepleit dat regels omtrent natrekking niet voor niets een belangrijk onderdeel uitmaken van het goederenrecht en is opgeroepen terughoudend te zijn de huidige natrekkingsregels geheel op de schop te nemen teneinde circulair bouwen te bevorderen. Met name omdat datgene wat circulair bouwen duurzaam maakt, te weten het hergebruiken van bouwmaterialen aan het einde van de levensduur van een gebouw, niet noodzakelijkerwijs betekent dat een leverancier eigenaar blijft van hetgeen geleverd is bij de ontwikkeling van een gebouw gedurende de levensduur van het gebouw. Voldoende is een leverancier het recht te geven, hetgeen hij geleverd heeft bij ontmanteling van het gebouw terug te nemen en te hergebruiken. Dit kan gerealiseerd worden door een *ius tollendi*, c.q. een wegneemrecht in het leven te roepen voor leveranciers van bouwmaterialen. Hiervoor is uiteraard van belang een gedegen registratie bij te houden, wie welk onderdeel geleverd heeft. Hiertoe is mogelijk een rol weggelegd voor het Madaster.

De belangrijkste voordelen hiervan zijn dat gebouweigendom niet langer gedegradeerd wordt tot casco-eigendom, de casco-eigenaar niet ongewild vastzit aan allerlei leaseovereenkomsten ten aanzien van onderdelen van het gebouw, waardoor een 'lock-in' voorkomen wordt, het wegneemrecht een overdraagbaar en bezwaarbaar vorderingsrecht kan zijn en het bestaande goederenrecht geen ingrijpende wijzigingen hoeft te ondergaan. Het introduceren van zo een wegneemrecht kan om die reden relatief snel geschieden. ■

5



ZONNEPANELEN OP (BEDRIJFS-)DAK VAN EEN ANDER: NIEUWE MODELAKTES^{1*}

mr. dr. D.W. Aertsen** en mr. B.J. van de Bunt MRE***

Exploitanten van zonnepanelen plaatsen zonnepanelen op daken van bedrijfsgebouwen waarvan zij niet de eigenaar zijn. Doorgaans wil de exploitant dan zekerstellen dat hij gerechtigd blijft tot de zonnepanelen op het dak. Ook wil hij ten behoeve van financiering een geschikt zekerheidsrecht kunnen vestigen. Welke civiel-juridische regelingen moeten hiervoor worden getroffen? Bijzondere aandacht verdient de situatie dat het gebouw op erfpachtgrond is gerealiseerd.

* D.W. Aertsen en B.J. van de Bunt, 'Zonnepanelen op (bedrijfs-)dak van een ander: nieuwe modelaktes', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2019/40.

** Bedrijfsjurist bij ING Bank NV en fellow bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

*** Senior-kandidaat notaris bij Loyens & Loeff NV.

¹ Voor de goede orde wordt opgemerkt dat beide auteurs van dit artikel bij het opstellen van de genoemde modelaktes betrokken waren. Dit artikel is echter op persoonlijke titel geschreven. Het artikel is verschenen mede vanwege Stichting Fundatie Bachiene, welke stichting onder meer ten doel heeft het stimuleren van publicaties omtrent onroerende zaken en andere registergoederen.

1. INLEIDING

Om de financierbaarheid van zonnepanelenprojecten op (bedrijfs-)daken te bevorderen heeft de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) in 2018 de ‘Modelakte Opstalrecht Zonnestroomsysteem (dakproject)’² (hierna: ‘Modelakte Opstalrecht’) gepubliceerd.³ In aanvulling hierop werkt de NVB momenteel aan twee nieuwe modelaktes. Deze zijn bestemd om gebruikt te worden bij plaatsing van zonnepanelen op gebouwen die op erfpachtgrond staan en bij operational lease van zonnepanelen op daken. De aktes worden binnen afzienbare tijd op de website van de NVB gepubliceerd. In dit artikel gaan wij in op de eerste situatie, namelijk (dak-)projecten met betrekking tot gebouwen op erfpachtgrond. Achtereenvolgens bespreken wij (kort) de Modelakte Opstalrecht, de noodzaak om voor erfpacht een nieuwe modelakte te maken (hierna: ‘Modelakte Ondererfpacht’) en enkele specifieke aandachtspunten bij erfpacht.

2. MODELAKTE OPSTALRECHT

Met de Modelakte Opstalrecht kan een exploitant van zonnepanelen, die op een bedrijfsgebouw van een ander zonnepanelen wil exploiteren, het opstalrecht laten vestigen dat in dergelijke gevallen doorgaans nodig is. De exploitant zal in de regel willen zorgen dat hij gerechtigd blijft tot de zonnepanelen als deze eenmaal op het dak zijn gemonteerd. Er bestaat onzekerheid omtrent de vraag of door natrekking zonnepanelen die duurzaam op een gebouw worden gemonteerd, in eigendom overgaan op de eigenaar van de grond en

2 De modelakte en een toelichting daarop zijn te vinden op de website van de NVB: <https://www.nvb.nl/publicaties/protocollen-regelingen-richtlijnen/model-opstalrecht-zonnestroomsysteem/>.

3 Zie voor diverse recente besprekingen van de modelakte: A.H.G. Wilod Versprille, M. Wever, ‘Verduurzaming in de notariële praktijk: het standaardmodel opstalakte zonnepaneleninstallatie’, in: L.C.A. Verstappen en F.J. Vonck (red.), *Duurzaam wonen, KNB Preadviezen 2019*, Den Haag 2019, p. 141 e.v.; D.W. Aertsen, ‘De Modelakte Opstalrecht Zonnestroomsysteem (dakproject)’, *WPNR* 2019, afl. 7222, p. 24 e.v.; J.W.A. Biemans, ‘Modelakte Opstalrecht Zonnestroom (dakproject)’, *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk (FIP)* 2019, nr. 5., p. 38-40 en T.M. Berkhout, ‘Zonnepanelen op bedrijfsmatige gebouwen: bepaald geen koud kunstje’, *NTFR* 2019/1119.

het gebouw.⁴ Deze onzekerheid wordt weggenomen door het vestigen van het opstalrecht. Met het opstalrecht worden de eigendom van de grond en het gebouw enerzijds en de eigendom van de zonnepanelen anderzijds met zekerheid gescheiden gehouden. Het opstalrecht voorkomt dat de eigendom van de zonnepanelen door natrekking op de gebouweigenaar overgaat. Het opstalrecht is een zakelijk recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen (art. 5:101 BW).

Er kunnen meerdere redenen zijn waarom de exploitant de gerechtigdheid tot de zonnepanelen wenst te behouden. Het kan zijn dat hij zijn positie wil versterken bij een eventueel faillissement van de gebouweigenaar. Het opstalrecht is ook tegenover de curator van de gebouweigenaar in te roepen. Als de exploitant met vreemd vermogen is gefinancierd, dan moet de exploitant de betreffende financier veelal een zekerheidsrecht (hypotheek) op de zonnepanelen kunnen verschaffen. Ook dat is mogelijk als de exploitant een opstalrecht met betrekking tot de zonnepanelen heeft gekregen.

3. WAAROM EEN NIEUWE MODELAKTE VOOR GEBOUWEN OP ERFPACHTGROND?

De Modelakte Opstalrecht gaat er vanuit dat de eigenaar van het gebouw de partij is die het dak ter beschikking stelt aan de exploitant, al dan niet tegen betaling. Het komt echter ook voor dat het betreffende gebouw op erfpachtgrond staat en dat niet de eigenaar van de grond (en het gebouw) het initiatief neemt voor de plaatsing van de zonnepanelen, maar de erfpachter. De Modelakte Opstalrecht is dan niet één op één te gebruiken. De wet faciliteert namelijk niet het vestigen van een opstalrecht door een erfpachter. Een opstalrecht kan alleen worden gevestigd op de (eigendom van de) onroerende

⁴ Zie Rb. Noord-Holland 20 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11385, voor recente rechtspraak over deze natrekkingsproblematiek. Zie hierover in de literatuur bijvoorbeeld: S.I. van Dijk-Elsinga en J.M. van Noort, 'Zonnepanelen: roerend of onroerend? En heeft de (onder)huurder een wegbreekrecht?', *Bb* 2018/44, p. 164-166.

zaak en niet op zakelijke rechten zoals het erfpachtrecht.⁵ In de literatuur is er overigens wel voor gepleit om hier flexibeler mee om te gaan. Waarom zou het recht om opstallen zakenrechtelijk te verzelfstandigen door het terzijde stellen van de natrekkingsregels alleen kunnen of mogen worden toegekend aan de eigenaar en niet aan beperkt gerechtigden? Heyman meent dat er (ook) vanuit het oogpunt van wetssystematiek eigenlijk geen goede redenen zijn om dat niet toe te staan.⁶ Uiteraard zal bij een dergelijke stapeling van beperkte rechten nog wel gelden dat de beperkt gerechtigde niet meer rechten kan overdragen of bezwaren dan hij zelf heeft. Vooralsnog moet echter worden aangenomen dat de vestiging van een opstalrecht geen optie is voor de erfpachter.

De erfpachter kan de zaak, waarop het erfpachtrecht rust, wel in ondererfpacht uitgeven. Dit volgt uit art. 5:93 lid 1 BW. Erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken (art. 5:85 lid 1 BW). Middels een uitgifte in ondererfpacht kan de exploitant dus een zakelijk recht krijgen op grond waarvan hij het dak van een ander (exclusief) mag gebruiken om daar zonnepanelen te plaatsen en te exploiteren. Dit zakelijke recht kan bezwaard worden met hypotheek. De exploitant kan dan dus een hypotheekrecht op de zonnepanelen (of beter gezegd: op het ondererfpachtrecht) vestigen ten gunste van zijn financier.

Vanwege de wettelijke onmogelijkheid voor de erfpachter om zelf een opstalrecht te vestigen, komt het in praktijk overigens wel voor dat de erfpachter de grondeigenaar verzoekt om dit te doen ten behoeve van de exploitant. Het opstalrecht wordt dan naast het erfpachtrecht gevestigd op dezelfde onroerende zaak. Op zichzelf is dat mogelijk als ervoor wordt gezorgd dat het opstalrecht en het erfpachtrecht niet conflicterend aan elkaar zijn. Dat kan worden bewerkstelligd door de erfpacht tijdelijk te wijzigen, zodanig dat het gebruik zich niet (meer) uitstrekt over het gebruik dat aan de gerechtigde tot

⁵ Vgl. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/248b.

⁶ Zie bijvoorbeeld H.W. Heyman, 'Kan een opstalrecht worden gevestigd door een erfpachter of een appartementseigenaar?', *WPNR* 1999, afl. 6342, p. 52 e.v.

het opstalrecht wordt verleend.⁷ Hiermee kan worden voorkomen dat de zonnepanelen door de eigendom van de grond en het gebouw worden nagetrokken. Echter voor de meeste andere afspraken die de Modelakte Opstalrecht bevat, is deze structuur niet geschikt. Zo zijn er onder meer afspraken over het gebruik van het dak (en het gebouw), vergoedingen, verzekeringen, onderhoud en overname bij einde opstalrecht, die niet tussen de grondeigenaar en de exploitant dienen te gelden, maar tussen de erfpachter en de exploitant. En ook die afspraken dienen bij voorkeur (zoveel mogelijk) goederen- en zakenrechtelijk te worden vastgelegd. Eventueel kan er dan aan worden gedacht om naast het opstalrecht ook een erfdienstbaarheid of een huurovereenkomst te gebruiken. Maar dat voldoet niet aan de doelstelling van vereenvoudiging die mede ten grondslag ligt aan de bevordering van de financierbaarheid. Daarnaast biedt de figuur van ondererfpacht nu juist voor deze situatie een goede uitkomst. Vandaar dat de variant van de Modelakte Opstalrecht voor het gebruik bij erfpacht een ondererfpacht is geworden.

4. SPECIFIEKE AANDACHTSPUNTEN BIJ MODELAKTE ONDERERFPACHT

Hierna bespreken we een aantal juridische punten die aandacht vragen bij de Modelakte Ondererfpacht en die niet (of niet op dezelfde wijze) spelen bij de Modelakte Opstalrecht.

VERHOUDING MET GRONDEIGENAAR

Bij ondererfpacht komen (ten minste) drie partijen in goederenrechtelijke relatie tot de onroerende zaak te staan. Te weten: de grondeigenaar, de erfpachter en de ondererfpachter. In de erfpachtvoorwaarden kan de bevoegdheid van de erfpachter tot het vestigen van ondererfpacht worden beperkt of uitgesloten (art. 5:93 lid 1 BW). In veel gebruikte erfpachtvoorwaarden, zoals die van grote gemeenten en havenbedrijven, is bepaald dat uitgifte in ondererfpacht mogelijk is, maar dat daarvoor wel de voorafgaande toestem-

⁷ S.E. Bartels e.a., 'Erfpacht en opstal (titels 7 en 8)', in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst: Over vernieuwingen in het zakenrecht*, KNB Preadvies 2016, Den Haag 2016, p. 329.

ming van de grondeigenaar vereist is. Deze *toestemming* op grond van de erfpachtvoorwaarden dient te worden onderscheiden van de *instemming* als bedoeld in art. 5:93 lid 2 BW. Daar gaan we in de volgende paragraaf (einde erfpacht en instemming grondeigenaar) nog nader op in.

De ondererfpacht wordt gevestigd uit hoofde van erfpacht waardoor de ondererfpachtvoorwaarden niet ruimer kunnen zijn dan de erfpachtvoorwaarden. Bevoegdheden die de grondeigenaar heeft onder de erfpachtvoorwaarden kunnen ook tegenover de ondererfpachter worden uitgeoefend. Indien de erfpachter bepaalde toestemmingen nodig heeft ten aanzien van bepaalde (rechts-)handelingen met betrekking tot de onroerende zaak, dan heeft de ondererfpachter voor die handelingen ook dezelfde toestemming nodig. Door het vestigen van de ondererfpacht ontstaat dus naast een verhouding tussen de erfpachter en de ondererfpachter ook een verhouding tussen de grondeigenaar en de ondererfpachter.

In praktijk zal een belangrijke rol voor de instrumenterende notaris zijn weggelegd om te controleren of de Modelakte Ondererfpacht past binnen de betreffende erfpachtvoorwaarden. Als dat niet het geval is dan zullen partijen de erfpachtvoorwaarden kunnen wijzigen, met medewerking van de eventuele andere beperkt gerechtigden.

EINDE ERFPACHT EN INSTEMMING GRONDEIGENAAR

Vanwege het afgeleide karakter ervan gaat de ondererfpacht bij het einde van de erfpacht van rechtswege teniet, tenzij de grondeigenaar met de ondererfpacht heeft ingestemd bij een notariële akte die is ingeschreven in de openbare registers (art. 5:93 lid 2 BW). De Modelakte Ondererfpacht voorziet erin dat de grondeigenaar partij wordt bij de akte en deze instemming verleent. Als gevolg van deze instemming zal de grondeigenaar bij het eindigen van de erfpacht de ondererfpacht voor de resterende duur gestand moeten doen, in een rechtstreekse verhouding tot de ondererfpachter. In feite is de ondererfpacht alsdan gepromoveerd tot een gewone erfpacht en komt de eventuele canon ook aan de grondeigenaar toe.

Er is op dit moment niet voorzien in een Modelakte Ondererfpacht waarin de genoemde instemming niet wordt verleend. Daarmee wordt overigens geenszins geïmpliceerd dat het instemmen van de grondeigenaar in praktijk de standaardsituatie is. Het is bekend dat sommige erfpacht uitgevende instanties, zoals gemeenten en havenbedrijven, niet wensen in te stemmen met de ondererfpacht in de hiervoor bedoelde zin, of daaraan nadere voorwaarden wensen te verbinden. De overwegingen hieromtrent zijn sterk afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval. Soms willen zij de mogelijkheid voorbehouden om de ondererfpacht wel gelijktijdig met de erfpacht te kunnen beëindigen, bijvoorbeeld om in de toekomst een haventerrein of een stadswijk op effectieve wijze te kunnen herontwikkelen. Mogelijk geeft de grondeigenaar in dat geval wel toestemming de zaak in ondererfpacht te geven, maar gaat deze niet akkoord met het voortduren van de ondererfpacht bij het tenietgaan van de erfpacht.

Overigens voorziet de Modelakte Ondererfpacht wel in een verplichting voor de ondererfpachter om mee te werken aan het opnieuw vestigen (door de grondeigenaar) van een erfpachtrecht op de grond (en het gebouw) onder dezelfde bepalingen en bedingen als de oorspronkelijke erfpacht. Zolang de ondererfpacht door de nieuwe erfpachter maar gestand wordt gedaan, is het dus mogelijk dat de grondeigenaar voor de grond en het gebouw een nieuwe erfpachter zoekt.

Het ontbreken van instemming van de grondeigenaar in de zin van art. 5:93 lid 2 BW kan de financierbaarheid van een dakproject met zonnepanelen sterk bemoeilijken, misschien zelf geheel onmogelijk of in elk geval een stuk duurder maken. De (financier van de) exploitant zal immers geen invloed hebben op de erfpachtrelatie tussen grondeigenaar en erfpachter, terwijl het voortduren van de ondererfpacht (en daarmee van het hypotheekrecht op de ondererfpacht) daar dan wel afhankelijk van is gemaakt.

De grondeigenaar zal een eigen afweging maken of hij al dan niet wenst in te stemmen in de zin van art. 5:93 lid 2 BW. Hij is daar in beginsel vrij in, hoewel een niet onderbouwde “nee” in het licht van de duurzaamheidsopgave

niet langer houdbaar lijkt.⁸ De grotere uitgevende instanties doen er goed aan een beleid op te stellen om een consistente lijn richting erfpachters te kunnen voeren. In alle gevallen dient naar onze mening in de afweging in elk geval betrokken te worden dat de verduurzaming van de gebouwde omgeving, gelet ook op alle klimaatdoelstellingen, een dringende maatschappelijke noodzaak is.

EXPLOITANT IS BIJ ONDERERFPACHT TECHNISCH GEZIEN NIET DE EIGENAAR VAN ZONNEPANELEN

Hiervoor is aangegeven dat de vestiging van een opstalrecht conform de Modelakte Opstalrecht tot gevolg heeft dat de exploitant eigenaar van de zonnepanelen blijft. De verticale natrekking van art. 5:20 lid 1 sub e BW wordt door het opstalrecht doorbroken. Dit is bij gebruik van de Modelakte Ondererfpacht juridisch-technisch gezien niet het geval.⁹ De exploitant krijgt als ondererfpachter een goederenrechtelijk recht om het dak van het gebouw te gebruiken en daarop de zonnepanelen te houden en te gebruiken. Er is geen sprake van doorbreking van de natrekkingsregels, maar de aanspraken op grond van de ondererfpacht zijn wel even sterk als die onder een opstalrecht. Meer praktisch gezien zijn er ook nauwelijks verschillen tussen opstalrecht en (onder-)erfpacht. Dat komt doordat er voor beide rechten een verregaande mogelijkheid bestaat deze nader in te kleden. De ondererfpacht door deze in te perken, en het opstalrecht door deze uit te breiden. Daardoor kan met beide rechten een vergelijkbaar resultaat worden bereikt: beide rechten bieden absolute, faillissementsbestendige en door partijen vorm te geven gebruiks- en genotsrechten ten aanzien van de zonnepanelen.¹⁰

8 Vgl. S.E. Bartels, 'Preadviezen KNB 2019; Duurzaam wonen, Juridische drempels op de weg naar duurzamer wonen', WPNR 2019, afl. 7241, p. 435.

9 De wet bepaalt uitdrukkelijk dat het ondererfpacht niet op het erfpachtrecht wordt gevestigd, maar op de zaak zelf (de eigendom van de grond). Art. 5:93 lid 3 BW bepaalt vervolgens dat de erfpachter in zijn verhouding tot de ondererfpachter voor de toepassing van de overige artikelen van Boek 5 Titel 7 BW als eigenaar wordt aangemerkt.

10 Vgl. S.E. e.a., 'Erfpacht en opstal (titels 7 en 8)', in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst: Over vernieuwingen in het zakenrecht, KNB Preadvis 2016*, Den Haag 2016, p. 302.

RANGWISSELING

De Modelakte Ondererfpacht gaat er vanuit dat de erfpacht is (voor)belast met een hypotheek ten gunste van de financier van de erfpachter. Dit betekent dat niet alleen de grondeigenaar, maar ook de betreffende hypotheekhouder toestemming zal moeten geven voor de vestiging van de ondererfpacht. De hypotheekhouder zal verder akkoord moeten gaan met een rangwisseling als bedoeld in art. 3:262 lid 2 BW. Zonder een dergelijke rangwisseling zou de hypotheekhouder in geval van uitwinning het (later dan zijn hypotheekrecht gevestigde) ondererfpachtrecht kunnen negeren.

5. TOT SLOT

Op het moment van afronding van dit artikel¹¹ waren de Modelakte Ondererfpacht en de modelakte voor operationele lease (helaas) nog niet formeel afgerond en vastgesteld. De modelakten zouden dus nog wijzigingen kunnen ondergaan. Zodra vaststelling en publicatie van de modelakten een feit is, zullen wij daarvan in dit tijdschrift dan ook melding maken en eventuele aanpassingen benoemen. ■

¹¹ Het artikel is afgerond op 25 oktober 2019.

6



WET OP HET OVERLEG HUURDERS VERHUURDER BIJ VERVREEMDING WOONGELEGENHEDEN*

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

De Wet op het overleg huurders verhuurder (WOHV) verplicht grotere verhuurders om voorafgaand aan de vervreemding van (een gedeelte van) een woningportefeuille in overleg te treden met hun huurders. In deze bijdrage worden deze verplichting en de daarbij behorende aandachtspunten behandeld.

1. VERHUURDER, HUURDERSORGANISATIE EN BEWONERSCOMMISSIE

Niet elke vervreemding van verhuurde woongelegenheden valt onder de werking van de WOHV. Ten eerste gelden alleen woningcorporaties en (gevolmachtigden van) eigenaren van ten minste vijftieng voor verhuur bestemde woongelegenheden als ‘verhuurder’ in de zin van de WOHV (art. 1 lid 1 sub d WOHV). Daarnaast moet er een huurdersorganisatie en/of

* M.E.A. van Loenhoud, ‘Wet op het overleg huurders verhuurder bij vervreemding woongelegenheden’, *WPNR* 2020/7270.

** Maïta van Loenhoud is kandidaat-notaris bij Loyens & Loeff N.V. te Amsterdam (maita.van.loenhoud@loyensloeff.com) en onderzoeker/gastmedewerker aan de Universiteit Leiden. Met dank aan prof. mr. F.J. Vonck voor zijn opmerkingen op het concept van deze bijdrage. Dit artikel is verschenen vanwege Stichting Fundatie Bachiene, welke stichting onder meer ten doel heeft het bevorderen van voor de praktisch relevant wetenschappelijk onderzoek op het gebied van het vastgoedrecht.

bewonerscommissie (art. 1 lid 1 sub f en g WOHV) bestaan en moet de vervreemding plaatsvinden in het kader van een wijziging in het gevoerde beleid of beheer van de verhuurder (art. 4 lid 1 jo. art. 3 lid 2 WOHV). Zijn er meerdere huurdersorganisaties of bewonerscommissies, dan is er een bepaalde rolverdeling. Een bewonerscommissie richt zich uitsluitend op de belangenbehartiging op complexniveau, een huurdersorganisatie niet.¹ Over beleids- onderwerpen die rechtstreeks de belangen of directe levenssfeer van huurders van bepaalde woongelegenheden of wooncomplexen raken – waarbij in de parlementaire geschiedenis vervreemding als voorbeeld wordt genoemd – moet overleg worden gepleegd met de huurdersorganisatie en/of bewonerscommissie op complexniveau.² Indien de vervreemding tevens een onderwerp van algemeen beleid betreft dat betrekking heeft op alle woongelegenheden of huurders, moet ook overleg worden gepleegd met de huurdersorganisatie op instellingsniveau. De gedachte achter dit verplichte overleg is dat huurders – hoewel zij door de werking van art. 7:226 BW (koop breekt geen huur) na de vervreemding onder dezelfde voorwaarden kunnen blijven huren – wel worden geconfronteerd met een nieuwe wederpartij.

- 1 *Kamerstukken II 2006/07*, 30 856, nr. 3, p. 10 (MvT), *Kamerstukken II 2006/07*, 30 856, nr. 6, p. 11 (NV II), J.J.P.M. van Reisen, 'Medezeggenschap voor woonruimtehuurders: de Overlegwet', *Huurrecht* 2015, 3, J.M.G.A. Sengers, *Sdu Commentaar Huurrecht*, Commentaar op Wet op het overleg huurders verhuurder art. 1 en J.M.G.A. Sengers, *GS Huurrecht*, art. 1 WOHV, aant. 9.
- 2 J. Sengers, 'Collectief Huurrecht', in J. Sengers en P. van der Sanden (red.), *Huurrecht woonruimte*, Den Haag: Sdu 2018, p. 461 en p. 465, *Kamerstukken I 2007/08*, 30 856, C, p. 10 (MvA I), *Kamerstukken II 2006/07*, 30 856, nr. 6, p. 12 en p. 14 (NV II), Hof Amsterdam 14 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX4220 (*Bewonerscommissie Wittenburg/Woningstichting Eigen Haard*), J.M.G.A. Sengers, *Sdu Commentaar Huurrecht*, Commentaar op Wet op het overleg huurders verhuurder art. 5, J.M.G.A. Sengers, 'De nieuwe Wet op het overleg huurders verhuurder', *WR* 2009, 1, J.M.G.A. Sengers, *GS Huurrecht*, art. 2 WOHV, aant. 5 en art. 2a WOHV, aant. 4 en A.M. Kloosterman e.a., *Hoofddijnen in het huurrecht*, Deventer: Kluwer 2017, 1.5.4.

2. INFORMATIE, OVERLEG EN ADVIES

2.1 INFORMATIEPLICHT VERHUURDER

De verhuurder informeert de huurder, de betrokken bewonerscommissie en huurdersorganisatie *op verzoek* schriftelijk over zijn beleid en beheer, dat rechtstreeks te maken heeft met de betrokken woongelegenheden of wooncomplexen en de woonomgeving daarvan, dat rechtstreeks van invloed is op de woon- en leefsituatie van de betrokken huurders en dat voor hen van wezenlijk belang kan zijn (art. 3 lid 1 WOHV).

Daarnaast is de verhuurder verplicht de betrokken huurdersorganisatie en/of bewonerscommissie *uit eigener beweging* schriftelijk te informeren over zijn voornemen tot *wijziging* in het door hem gevoerde beleid of beheer met betrekking tot de in art. 3 lid 2 WOHV genoemde onderwerpen, waarin onder meer de vervreemding van woongelegenheden wordt genoemd (art. 4 lid 1 WOHV).³ Een dergelijke voorgenomen vervreemding valt dus alleen onder de informatieplicht als bedoeld in art. 4 lid 1 WOHV indien deze gepaard gaat met een wijziging in het door de verhuurder gevoerde beleid of beheer. Dat zal mijns inziens in de regel het geval zijn bij de vervreemding van (een gedeelte van) een woningportefeuille, maar ligt niet zonder meer voor de hand bij de incidentele vervreemding van een enkele woning.

De praktijk worstelt geregeld met de vraag op welk moment aan deze informatieverplichting moet worden voldaan. Aan het begin van een verkooptraject is het immers vaak nog niet duidelijk welke partij de woongelegenheden zal gaan kopen. Dat neemt naar mijn mening niet weg dat de informatieverstrekking aan het begin van het verkooptraject moet plaatsvinden. Op dat moment is er immers sprake van een *voorgenomen wijziging* in het door de verhuurder gevoerde *beleid*. Uitstel kan worden gerechtvaardigd door het bedrijfsbelang van de verhuurder, dat zich tegen informatieverstrekking kan verzetten (art. 4 lid 1 jo. art. 3 lid 3 WOHV). Zodra het bedrijfsbelang zich echter niet meer tegen de informatieverstrekking verzet, moeten de huurdersorganisatie en/

³ A.M. Kloosterman e.a., *Hoofdlijnen in het huurrecht*, Deventer: Kluwer 2017, 1.5.4. en *Kamerstukken II 2006/07*, 30 856, nr. 3, p. 12 (MvT).

of bewonerscommissie alsnog worden geïnformeerd.⁴ Nadat een daadwerkelijke koper bekend is en de koopovereenkomst zal worden ondertekend, is naar mijn mening geen sprake van een *nieuwe* wijziging in het beleid van de verhuurder en hoeven de huurdersorganisatie en/of bewonerscommissie dus niet opnieuw te worden geïnformeerd.

Het in de beginfase informeren heeft voordelen voor zowel de huurders als de verhuurder. Voor de huurders geldt dat zij op dat moment meer inspraak kunnen hebben dan op het moment dat de onderhandelingen met de koper al bijna zijn afgerond. Zij kunnen bijvoorbeeld opmerkingen maken over de aard van de gewenste koper of aangeven dat zij het belangrijk vinden om voor of na de overdracht met de koper een gesprek aan te gaan. De verhuurder kan hierop reageren en in het beginstadium van het verkoopproces nog zijn voordeel doen met opmerkingen of wensen van de huurdersorganisatie en/of bewonerscommissie. Voor hem geldt bovendien dat vroegtijdige informatieverstrekking voorkomt dat zijn verplichtingen op grond van de WOHV uiteindelijk vertragend werken bij afronding van de transactie.

2.2 OVERLEG- EN ADVIESRECHT HUURDERSORGANISATIE EN BEWONERSCOMMISSIE

Nadat de verhuurder de betrokken huurdersorganisatie en/of bewonerscommissie heeft geïnformeerd, dient hij een periode van ten minste zes weken te laten verstrijken waarin de huurdersorganisatie en/of bewonerscommissie in staat wordt gesteld om overleg met hem te voeren en schriftelijk advies uit te brengen. De exacte termijn dient de verhuurder bij de informatieverstrekking aan te geven (art. 5 lid 1 WOHV). Indien de verhuurder een schriftelijk advies heeft ontvangen, kan hij beoordelen in hoeverre hij dit advies wil opvolgen.⁵ Een (gedeeltelijke) terzijdelegging van het advies moet hij binnen veertien dagen na ontvangst van het advies aan de huurdersorganisatie en/of de bewonerscommissie toelichten (art. 5 lid 2 WOHV). De verhuurder hoeft niet aan te tonen dat zijn beleidskeuze de enige juiste en mogelijke is. Overschrijding van de termijn van veertien dagen heeft ook niet tot gevolg dat de

4 Analogie: *Kamerstukken I 2007/08*, 30 856, C, p. 8 (MvA I), “Als het bedrijfsbelang zich echter niet (meer) verzet tegen informatieverstrekking over een voorgenomen fusie, dan is het gerechtvaardigd dat de huurdersorganisaties over de fusievoornemens geïnformeerd worden.”

5 J.M.G.A. Sengers, *GS Huurrecht*, art. 5 WOHV, aant. 3.

verhuurder wordt geacht het advies te hebben opgevolgd.⁶ Drie dagen nadat de huurdersorganisatie en/of bewonerscommissie de schriftelijke toelichting (alsnog) hebben ontvangen, kan de verhuurder zijn voornemen tot vervreemding uitvoeren (art. 5 lid 3 WOHV).⁷ Deze wachttijd geeft de huurders de mogelijkheid om een poging te doen om de voorgenomen vervreemding te blokkeren, bijvoorbeeld door middel van het zenden van een verzoekschrift aan de kantonrechter met als mogelijke uitkomst dat een door de verhuurder genomen besluit tot wijziging van zijn beleid niet mag worden uitgevoerd (art. 8 lid 3 WOHV).⁸

De verhuurder kan daarnaast zijn voornemen tot vervreemding ook uitvoeren indien (i) de huurdersorganisatie en bewonerscommissie schriftelijk aan hem hebben medegedeeld dat zij geen bezwaar hebben tegen de vervreemding; of (ii) nadat de door de verhuurder gestelde termijn van ten minste zes weken is verstreken en de huurdersorganisatie en/of bewonerscommissie geen schriftelijk advies hebben uitgebracht (art. 5 lid 3 WOHV).

Voor de praktijk is dus van belang dat adviseurs, advocaten en notarissen goed opletten of er in een betreffende situatie sprake is van een huurdersorganisatie en/of een bewonerscommissie waarbij art. 5 WOHV speelt. Dit moeten zij bij de verkoper navragen en indien dit het geval is moeten zij zich ervan vergewissen dat de termijnen als bedoeld in art. 5 WOHV in acht zijn genomen of dat de huurdersorganisatie en bewonerscommissie schriftelijk hebben medegedeeld dat zij geen bezwaar hebben tegen het voornemen tot vervreemding.

6 J. Sengers, 'Collectief Huurrecht', in J. Sengers en P. van der Sanden (red.), *Huurrecht woonruimte*, Den Haag: Sdu 2018, p. 467 en J.M.G.A. Sengers, *GS Huurrecht*, art. 5 WOHV, aant. 5.

7 Indien de verhuurder een woningcorporatie betreft genieten huurders in veel gevallen ook de bescherming van art. 27 lid 1 aanhef en onderdeel a Woningwet jo. art. 25 lid 3 onderdeel a Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015. Die regeling onderwerpt de overdracht van de aldaar genoemde woongelegenheden aan de goedkeuring van de Minister voor Wonen en Rijksdienst; het verzoek tot het verlenen van deze goedkeuring dient onder meer vergezeld te gaan van de zienswijze van de betrokken huurdersorganisatie en/of bewonerscommissie in de zin van de WOHV.

8 J. Sengers, 'Collectief Huurrecht', in J. Sengers en P. van der Sanden (red.), *Huurrecht woonruimte*, Den Haag: Sdu 2018, p. 467 en J.M.G.A. Sengers, *GS Huurrecht*, art. 5 WOHV, aant. 6 en art. 8 WOHV, aant. 5.

De procedure van art. 5 WOHV moet mijns inziens zijn doorlopen op het moment van ondertekening van de koopovereenkomst. De verkoper (die kwalificeert als verhuurder) moet zich immers houden aan de regels van de WOHV. Indien de verkoper de koopovereenkomst toch wil ondertekenen voordat de termijnen zijn verstreken of voordat vorenbedoelde schriftelijke mededeling is ontvangen, kan hij in de koopovereenkomst een ontbindende voorwaarde opnemen. Deze ontbindende voorwaarde kan inhouden dat indien op een bepaalde datum voor de levering niet is voldaan aan de vereisten van art. 5 WOHV én een van beide partijen schriftelijk een verzoek tot ontbinding van de andere partij heeft ontvangen, de koopovereenkomst zal zijn ontbonden.

De verantwoordelijkheid van de notaris komt pas aan bod bij het passeren van de akte van levering. Voor hem is het van belang dat in ieder geval op dat moment de procedure van art. 5 WOHV is doorlopen. Indien dit het geval is, kan de notaris de akte van levering mijns inziens zonder problemen passeren. Er zijn ten tijde van het passeren van de akte immers geen derden wier belangen worden geschaad. Indien dit niet het geval is, moet de notaris een afweging maken of hij de betreffende akte wil passeren, waarbij de notaris de uitgangspunten uit het arrest HR 3 april 2015, *NJ* 2015, 479 (*Novitaris*) in acht moet nemen. Daarbij is van belang dat art. 8 lid 3 WOHV bepaalt dat een procedure bij de kantonrechter kan (gaan) lopen met als mogelijke uitkomst dat het door de verhuurder genomen besluit tot wijziging van zijn beleid niet mag worden uitgevoerd.⁹

3. VERWERVING EN BEZWARING VAN WOONGELEGENHEDEN

Naast vervreemden, spreekt art. 4 lid 1 jo. art. 3 lid 2 sub b WOHV ook over het *verwerven* en *bezwaren* van woongelegenheden. Dit roept de vraag op of

9 J. Sengers, 'Collectief Huurrecht', in J. Sengers en P. van der Sanden (red.), *Huurrecht woonruimte*, Den Haag: Sdu 2018, p. 470, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 856, nr. 3, p. 13 (MvT), J.M.G.A. Sengers, *GS Huurrecht*, art. 8 WOHV, aant. 5 en J.M.G.A. Sengers, *Sdu Commentaar Huurrecht*, Commentaar op Wet op het overleg huurders verhuurder art. 8.

een koper van de woongelegenheden ook aan de verplichtingen op grond van de WOHV moet voldoen in verband met de verwerving en de hypotheek die wordt gevestigd om de koopprijs te kunnen betalen.

Indien de koper reeds verhuurder is in de zin van de WOHV en de voorgenomen verwerving en/of bezwaring kan worden aangemerkt als een voornemen tot wijziging in het door hem gevoerde algemene beleid, is dit het geval. De koper moet de huurdersorganisatie op instellingsniveau informeren. De betreffende huurdersorganisatie en/of bewonerscommissie op complexniveau hoeft hij mijns inziens niet te informeren omdat hij ten tijde van de wijziging van zijn beleid (voorafgaand aan de verwerving) nog geen eigenaar is van de daarbij behorende woongelegenheden.

Indien de koper ten tijde van de verwerving en/of bezwaring van de woongelegenheden nog geen verhuurder is in de zin van de WOHV, hoeft hij niet te voldoen aan de verplichtingen op grond van de WOHV.

4. CONCLUSIE

In deze bijdrage zijn de aandachtspunten behandeld die voor een verhuurder in de zin van de WOHV van belang zijn bij een voorgenomen vervreemding van een (gedeelte van een) woningportefeuille en waarbij sprake is van een wijziging in het door de verhuurder gevoerde beleid of beheer. In dat geval is de verhuurder verplicht om de betrokken huurdersorganisatie en/of bewonerscommissie uit eigener beweging schriftelijk te informeren en om de procedure zoals beschreven in art. 5 WOHV te volgen. Informatieverstrekking moet naar mijn mening plaatsvinden aan het begin van een verkooptraject, aangezien er op dat moment sprake is van een voornemen tot wijziging in het door de verhuurder gevoerde beleid. De procedure als bedoeld in art. 5 WOHV moet mijns inziens zijn doorlopen op het moment van ondertekening van de koopovereenkomst. Voor de notaris is het van belang dat deze procedure in ieder geval is afgerond op het moment waarop de akte van levering wordt gepasseerd. ■

7

WETSVOORSTEL DRIJVENDE OPSTALLEN: EEN JURIDISCH FUNDAMENT VOOR BOUWEN OP WATER

DEEL I: ONROERENDE DRIJVENDE OPSTALLEN*

mr. dr. P.J. van der Plank** en mr. dr. H.D. Ploeger***

INLEIDING

Water wordt steeds vaker betrokken in de ruimtelijke ontwikkeling, bijvoorbeeld voor woningbouwlocaties. Zo werden in het voorjaar van 2020 de eerste (van achttien) drijvende woningen te water gelaten in de Rotterdamse Nassauhaven. Het project dient als voorbeeldfunctie; om te illustreren hoe water ook een woonfunctie kan hebben. Wonen op water is natuurlijk niet nieuw.

* P.J. van der Plank en H.D. Ploeger, 'Wetsvoorstel drijvende opstallen' een juridisch fundament voor bouwen op water. Deel I: Onroerende Drijvende opstallen', *WPNR* 2021/7319.

** Als adviseur Real Estate werkzaam bij Houthoff (p.van.der.plank@houthoff.com) en als onderzoeker verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UC-WOSL), Universiteit Utrecht. (p.van.der.plank@houthoff.com)

*** Universitair hoofddocent, afdeling Urbanism, Faculteit Bouwkunde, TU Delft. (h.d.ploeger@tudelft.nl)

Het onderzoek waarop dit artikel is gebaseerd, is mede mogelijk gemaakt door Stichting Fundatie Bachiene, welke stichting onder meer ten doel heeft het stimuleren van onderzoek en andere werkzaamheden van wetenschappelijke en praktijkgerichte aard op het gebied van het vastgoedrecht.

Naast de circa 10.000 woonboten met een legale ligplaats in Nederland, wordt steeds vaker gebruik gemaakt van drijvende woningen.¹ De mogelijkheid om drijvend te bouwen is niet beperkt tot woningen. Ook kan gedacht worden aan drijvende bedrijfsruimten, kassen of windturbines. Meer dan eens is de mogelijkheid voor een drijvend Schiphol geopperd. Omdat drijvend bouwen niet beperkt is tot woningen, is in deze bijdrage gekozen voor de term ‘drijvende opstallen’; drijvende gebouwen en andere bouwwerken.²

Wij voorzien dat in Nederland in de nabije toekomst bouwen op het water en drijvend wonen geen luxe meer is, maar bittere noodzaak. Het vooruitzicht van klimaatveranderingen met meer regen binnen een kortere tijd, stijging van de zeespiegel, in combinatie met bodemdaling in het westen, is tamelijk dreigend. Los daarvan is reeds nu in bepaalde delen van ons land de bodem zo drassig dat kostbare maatregelen nodig zijn om bouwen mogelijk te maken. Drijvende woningen en/of bedrijfsgebouwen kunnen aan de oplossing van deze problematiek bijdragen.³ Dit hoeft niet te betekenen dat die gebouwen permanent drijven: men kan ook denken aan zogenaamde ‘amfibische woningen’; woningen in gebieden die in natte perioden onderlopen en die bij het stijgen van het waterpeil tijdelijk gaan drijven.⁴

Van een ander schaalniveau dan drijvende villa’s of drijvende kassen zijn ontwerpen voor drijvende eilanden in Nederlandse binnenwateren, zoals het IJsselmeer, of zelfs voor de kust. Zo werd al ruim tien jaar geleden aan de TU Delft een ontwerp voor een zogenaamde ‘Floating City’ gepresenteerd: een drijvend platform, van beton en piepschuim, met daarop een bol, waaronder zich diverse woningen bevinden. Dergelijke platforms kunnen vervolgens via drijvende wegen weer met elkaar, en met het vaste land, verbonden worden. Daarbij geldt het bouwen op water als een soort blank canvas: door

1 De drijvende woonwijk SchoonSchip, de drijvende villa’s in de wijk IJburg (beide in Amsterdam), de Warande in Lelystad en het drijvend paviljoen in Rotterdam zijn slechts voorbeelden.

2 Vgl. art.6:174 lid 4 BW.

3 Het Rapport Deltacommissie 2008, Samen werken met water, p. 52 en 69 noemt drijvende woningen, of woningen op palen in de buitendijkse gebieden.

4 Zulke woningen vindt men thans in Maasbommel, in het recreatiegebied De Gouden Ham, een buitendijks gebied van de Maas: <https://www.factorarchitecten.nl/project/drijvende-woningen-maasbommel/>.

het ontbreken van bestaande infrastructuur, kan men gebruik maken van velerlei duurzaamheidstoepassingen, zoals het opvangen van regenwater om toiletten mee door te spoelen of het scheiden van waterstromen in grijs water (uit bijvoorbeeld vaatwasser en wasmachine) en zwart water (uit het toilet). Toepassingen die in de bestaande gebouwde omgeving veelal lastig(er) zijn te realiseren.

Er zijn derhalve zeer uiteenlopende redenen die pleiten voor de toepassing van drijvend bouwen op grotere schaal. Drijvend bouwen wordt tot op heden echter beperkt door een gebrek aan een passend juridisch kader. De belangrijkste oorzaak hiervoor is gelegen in het feit dat drijvende objecten naar huidig recht juridisch als schip aangemerkt worden en daarmee een roerende zaak zijn. Dit lijkt op het eerste gezicht een logische consequentie te zijn, passend in het bestaande systeem rond scheepvaart, maar het staat daarmee juist haaks op het huidige systeem, dat grond als uitgangspunt neemt bij vastgoed. Denk maar aan de zekerheidsrechten bij financiering en het juridisch instrumentarium van (zakelijke) gebruiksrechten. “Drijvend vastgoed” creëert derhalve een spanning. Een spanning waarvoor tot op heden geen echt duurzame juridisch oplossing bestaat, met als gevolg stagnatie in de ontwikkeling ervan.

In onze bijdrage aan de discussie hierover, zullen wij in twee delen twee mogelijke oplossingen uiteenzetten om drijvend bouwen op grotere schaal te bevorderen. In deel 1 wordt de mogelijkheid besproken om drijvende opstallen (onder voorwaarden) als onroerende zaak aan te merken. Deel 2 van onze bijdrage zal de mogelijkheid bespreken om een drijvende opstal, als registergoed, te kunnen bezwaren met de zakelijke rechten genoemd in Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek. Het doel? Een passend juridisch fundament voor bouwen op water.

1. PROBLEMSCHETS: GEBREK AAN PASSEND JURIDISCH KADER

Drijvend wonen bestaat al decennialang in de vorm van woonboten en woonarken, maar kwam in een nieuwe dimensie door de ontwikkeling van (dure)

watervilla's. Tot op heden gaat het bij vrijwel alle vormen van drijvend bouwen om dezelfde situatie: een enkele drijvende woning, veelal (in ieder geval in geval van woonarken of drijvende villa's) bestaande uit een betonnen bak met daarop één woning. Lange tijd bestond onduidelijkheid over de juridische kwalificatie van drijvende woningen: zijn deze bijvoorbeeld aan te merken als roerende of als onroerende zaken?⁵

In 2010 maakte de Hoge Raad een einde aan deze onduidelijkheid en oordeelde dat al hetgeen valt onder de definitie van een schip (art. 8:1 BW) in het algemeen roerend is. Een schip wordt in het Burgerlijk Wetboek gedefinieerd als: 'zaken, geen luchtvaartuig zijnde, die blijkens hun constructie bestemd zijn om te drijven en drijven of hebben gedreven.' Het feit dat deze definitie zeer ruim is, heeft tot gevolg dat in beginsel iedere drijvende constructie naar Nederlands recht als schip en derhalve als roerende zaak wordt aangemerkt.⁶

Voor de civielrechtelijke praktijk heeft dit echter een aantal belangrijke consequenties. Zo is het niet mogelijk om de eigendom van een roerende zaak juridisch te splitsen zonder de zaak fysiek op te delen. Het is dus onmogelijk een drijvende twee-onder-een-kap juridisch zo vorm te geven dat de twee huizen aan verschillende eigenaars toebehoren. Ook kan geen gebruik worden gemaakt van wat wij in dit artikel het "Boek 5 instrumentarium" zullen noemen: de zakelijke rechten die in Boek 5 BW zijn geregeld (erfpacht, opstal, erfdiensbaarheid, mandeligheid, appartementsrechten), en de basis vormen van de 'juritectuur', de juridische architectuur van de gebouwde omgeving.⁷ Aldus is het niet mogelijk om een drijvend complex in appartementsrechten te

5 Zie bijv. J.J.A. de Groot, WPNR 6517 (2003), p. 83-86 die concludeert dat de watervilla, in tegenstelling tot de woonboot, een onroerende zaak is die geheel gelijkgesteld kan worden aan een huis op de vaste wal.

6 Zo oordeelde de Hoge Raad dat ook een waterwoning aangemerkt dient te worden als roerende zaak omdat het valt onder de definitie van art. 8:1 BW, zie HR 9 maart 2012, ECLI: NL:HR:2012:BV8198 (Marina-arrest).

7 Zie o.m. H.D. Ploeger, 'De onroerende woonboot', JBN 2010/5, P.J. van der Plank, 'Is een woonark onroerend?' NTBR 2010/18, 'De introductie van drijvende percelen', WPNR 2015/7071, 'Een drijvende onroerende zaak?' WPNR 2016/7126 en 'Een eerste stap naar drijvend wonen op grotere schaal', Maandblad voor Vermogensrecht, 2016, nummer 0708, A.H.H. Wouters, 'De toekomst van drijvend wonen: hoe te voorkomen dat de al het schip keert', WPNR 2017/7170.

splitsen.⁸ Het feit dat drijvende woningen juridisch niet gelijkgesteld zijn aan woningen op land, leidt ertoe dat drijvende woningen lastig(er) te financieren zijn en slechts bepaalde banken bereid zijn leningen te verstrekken op basis van hypothecaire zekerheid⁹ met een drijvende woning als onderpand. En als een dergelijke lening al verstrekt wordt gelden hierbij andere hypotheekvoorwaarden dan voor een woning op de vaste wal.¹⁰

Het is veelal lastig uit te leggen dat een drijvende villa, die wat betreft comfort, grootte en prijs vergelijkbaar is met een woning op de vaste wal, juridisch geheel anders behandeld wordt; naast moeilijker te financieren, geniet de huurder van een drijvende woning geen huurbescherming, geldt bij de koop van een drijvende woning geen schriftelijkheidsvereiste en geen wettelijke bedenktijd in de zin van art. 7:2 BW en is het niet mogelijk een drijvende woning te bezwaren met een zakelijk recht zoals een recht van erfpacht, erfdiensbaarheid of recht van opstal.^{11 12}

Dit alles is het gevolg van het feit dat ieder drijvend gebouw of bouwwerk naar huidig recht als roerende zaak aangemerkt wordt. Een en ander heeft tevens tot gevolg dat ten aanzien van drijvend bouwen eigenlijk geen schaalvergroting plaatsvindt. Een drijvend appartementencomplex? Lastig: het is een grote roerende zaak en het is niet mogelijk dit te splitsen in appartementsrechten.

-
- 8 Hoewel betoogd kan worden dat een woonark wel als roerende zaak ('toebehoren') betrokken kan worden in een appartementensplitsing, indien een waterperceel of een daarop gevestigd erfpachtrecht of opstalrecht in appartementsrechten wordt gesplitst, zie: P.J. van der Plank, 'Rechtsvragenrubriek: Kan een drijvende woning in appartementen worden gesplitst?', en het antwoord van L.C.A. Verstappen, WPNR, 2017/7150. Men zie overigens Arubaanse BW dat in art. 5:106 lid 4 BWA deze mogelijkheid expliciet noemt met primair doel time-share eigendom van cruiseschepen te faciliteren.
- 9 Hiervoor geldt dat de drijvende woning als schip teboekgesteld dient te zijn in de openbare registers, zodat het als registergoed bezwaard kan worden met een hypotheekrecht.
- 10 Zo stopte de ING Bank op 1 oktober 2016 met het verstrekken van leningen op basis van hypothecaire zekerheid t.b.v. woonarken, waardoor de Rabobank de enige bank is die woonarken financiert op basis van een hypotheekrecht op het geregistreerde schip. De Triodos Bank financiert wel op projectbasis.
- 11 Schepen kunnen wel bezwaard worden met een hypotheekrecht, door een schip teboek te stellen in het scheepsregister, waardoor het een registergoed wordt (art. 3:10 BW).
- 12 Daarbij is het bijna niet uit te leggen dat een grote drijvende villa roerend is, terwijl bijvoorbeeld een stacaravan op een vakantiepark veelal onroerend is. Zie onder meer: HR 24 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AQ7093.

Een viertal drijvende rijtjeshuizen op één drijflichaam? Dit is naar huidig recht juridisch één groot roerend schip en de eigendom van de verschillende woningen kan niet gesplitst worden.

Het recht staat dus in belangrijke mate in de weg aan het gebruik van water als reëel alternatief voor bouwgrond. Het is derhalve tijd voor een andere koers. En nu de hoop vervlogen lijkt dat de Hoge Raad drijvende bouwwerken toch als onroerende zaken aan gaat merken,¹³ is het tijd om voor drijvende opstallen een afzonderlijk juridisch kader te creëren.

2. HET PROCES TOT NU TOE

Al langer is nagedacht over een passend(er) juridisch kader voor drijvende opstallen. Zo werd in 2008 door Ploeger in zijn oratie, voortbouwend op eerdere gedachten gedeeld in kleine kring, voorgesteld om voor drijvende opstallen een afzonderlijke categorie registergoederen te creëren in het Burgerlijk Wetboek. Dit zou de basis kunnen bieden voor een eigen regeling losgemaakt van de regeling omtrent schepen in Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek, die immers is toegesneden op bedrijfsmatig geëxploiteerde schepen. Door een eigen categorie registergoederen voor drijvende opstallen te creëren, kan aansluiting worden gezocht bij gebouwen op de vaste wal.

In het preadvies van de KNB (2016)¹⁴ presenteerden Mes en Ploeger een eerste voorstel van wet (hierna: het voorstel Mes/Ploeger) om de status van drijvende bouwwerken die een vaste ligplaats hebben nader te regelen in een nieuwe titel II in te voeren in Boek 5. Dit voorstel ging uit van de mogelijkheid een drijvend bouwwerk door middel van een in de openbare registers ingeschreven notariële akte tot drijvend registergoed te bestemmen. Het eerste lid van het voorgestelde art. 5:153 BW luidde: ‘De eigenaar van een constructie van

¹³ HR 9 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8198, BNB 2012/155 (Marina arrest).

¹⁴ A.J. Mes, H.D. Ploeger en B.A.M. Janssen Eigendom van onroerende zaken, met name natrekking: Flexibele eigendomsverhoudingen in het vastgoedrecht. In L.C.A. Verstappen (editor), Boek 5 BW van de toekomst: Over vernieuwingen in het zakenrecht. Den Haag: SDU. 2016. p. 145-217. (KNB Preadviezen).

enige omvang van hout, steen, metaal of ander materiaal, die naar zijn aard bestemd is om al dan niet permanent te drijven en bedoeld is om ter plaatse te functioneren, kan deze bestemmen tot drijvende opstal bij notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers.¹⁵ Met een drijvend registergoed werd, blijkens het voorgestelde art. 5:149 BW bedoeld: 'een ligplaats en de zich binnen die ruimte bevindende drijvende opstal.' Voor deze drijvende registergoederen zouden, aldus het voorstel, in beginsel de regels voor onroerende zaken gelden.

Het voorstel Mes/Ploeger is – samen met een aantal andere geselecteerde voorstellen uit het KNB preadvies – ter consultatie gezonden aan diverse maatschappelijke organisaties en praktici. Uit deze consultatieronde kwam een aantal (onzes inziens terecht) bezwaren tegen dit voorstel naar voren. Een belangrijk argument tegen het gepresenteerde voorstel was het feit dat de juridische status van een drijvend object afhankelijk was van de wil van de gerechtigde: indien hij de ligplaats en drijvende constructie door middel van een notariële akte bestemde tot drijvend registergoed werd het een onroerende zaak, maar liet hij dit achterwege, zou dit als 'schip' een roerende zaak blijven. Dit leidt tot een zekere willekeur. Wanneer men in een kanaal een aantal woonarken ziet liggen, kan het zijn dat de ene woonark onroerend is, terwijl een andere woonark (wellicht in grote mate lijkend op de ene woonark) niet bestemd is tot drijvend registergoed, en derhalve op grond van het Woonarkarrest als roerende zaak aangemerkt wordt. Dit laatste zou zelfs gelden al zou de woonark eveneens ingeschreven zijn in de openbare registers, maar dan als teboekgesteld schip in het scheepsregister.

Daarbij ging het aanvankelijke voorstel uit van een vorm van 3D-eigendom: niet alleen de drijvende opstal zou als onroerend worden aangemerkt, maar ook de ligplaats, hetwelk gedefinieerd was als 'de ruimte boven het water dat zich boven de grond bevindt en in een open gemeenschap staat met het water op eens anders erf, binnen welke ruimte de eigenaar van de ligplaats vrij is om met uitsluiting van een ieder een drijvende opstal te houden en te

¹⁵ Het tweede lid van dit artikel bepaalde in aanvulling hierop: 'Het voorgaande lid is niet van toepassing op een schip dat wordt gebruikt voor verblijf en dat is bestemd en wordt gebruikt voor de vaart.'

gebruiken.¹⁶ Mede gelet op de ontvangen reacties op dit eerdere concept van wet menen wij nu dat het invoeren van 3D-eigendom ten behoeve van de drijvende opstallen, althans voor nu, te ambitieus is en het te ver strekt om dit concept in het Nederlandse goederenrecht te introduceren.

Op basis van de op- en aanmerkingen die uit de consultatieronde naar voren zijn gekomen, zijn wij tot de conclusie gekomen dat een aangepast voorstel voor een juridisch kader met betrekking tot drijvende opstallen noodzakelijk is. Hierbij is het uitgangspunt een zo eenvoudig mogelijke regeling, die aansluit op het bestaande vermogensrechtelijke stelsel.

3. TWEE OPTIES

Zoals gezegd vallen woonarken momenteel juridisch tussen wal en schip: hoewel ze grote overeenkomsten vertonen met woningen op het land, worden ze juridisch gelijkgesteld aan schepen. Vanwege de kwalificatie als roerende zaak staat het Boek 5 instrumentarium niet ter beschikking bij de juridische vormgeving van drijvende projecten. Om bouwen op water op grotere schaal te faciliteren is het noodzakelijk dat hier verandering in komt. Er zijn twee opties: óf drijvende opstallen worden (onder voorwaarde) gelijk gesteld aan onroerende zaken, óf het goederenrechtelijk systeem wordt aangepast in die zin dat bij drijvende opstallen hoewel zij roerend zijn het Boek 5 instrumentarium wel toegepast kan worden. Wij zijn ons ervan bewust dat deze tweede optie vereist dat bestaande goederenrechtelijke kaders worden losgelaten, en aldus een ingrijpendere wetswijziging vereist. Echter dit zou naar onze mening daadwerkelijk kunnen leiden tot het 'Boek 5 BW van de Toekomst'.

Maar laten we aanvangen met optie 1: het gelijkstellen (onder voorwaarde) van drijvende opstallen aan onroerende zaken.

16 Zie ontwerpartikel 5:150.

4. DE UITGANGSPUNTEN VOOR INPASSING VAN DRIJVENDE OPSTALLEN BINNEN HET HUIDIGE GOEDERENRECHTELIJKE SYSTEEM

Zoals hierboven is beschreven, heeft de Hoge Raad in het Woonarkarrest voor de vraag of een woonark roerend of onroerend is, aansluiting gezocht bij de schepen in de zin van Boek 8 BW. Boek 8 is getiteld ‘verkeersmiddelen en vervoer’. De regels die daarin neergelegd zijn, zijn dan ook primair geschreven voor beroepsmatig geëxploiteerde schepen: binnenschepen, zeeschepen, zeiljachten enzovoort. De regels zien derhalve op schepen met een *vervoersfunctie*. Bij deze functie sluit de kwalificatie als roerende zaak naadloos aan. Dit ligt anders voor drijvende opstallen. Zij hebben geen vervoersfunctie, maar worden juist gekenmerkt door het gegeven dat zij bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven,¹⁷ namelijk drijvend boven een bepaald waterperceel. Hoewel het mogelijk is om bijvoorbeeld een woonark op een zeker moment te verplaatsen naar een andere ligplaats, zal het na verplaatsing wederom de bedoeling zijn de woonark op de nieuwe plek weer duurzaam ter plaatse te laten blijven. Deze drijvende opstallen vertonen in hun functie derhalve meer overeenkomsten met gebouwen op het vaste land waarop Boek 5 BW ziet, dan met de schepen waarop Boek 8 BW ziet. De vergelijking met een caravan ligt hier voor de hand: de caravan waarmee men in de zomer voor enkele weken op een camping recreëert is roerend, terwijl een stacaravan die een jaarplek op diezelfde camping heeft onroerend is.¹⁸ Dit alles pleit om onderscheid te maken tussen schepen met een vervoersfunctie en drijvende gebouwen en bouwwerken (volgens Boek 8 óók schepen) die bestemd zijn ergens duurzaam te liggen. Schepen met een vervoersfunctie blijven roerend, terwijl drijvende opstallen als onroerend moeten worden aangemerkt.

Ook voor huidige woonarkbewoners betekent dit dat de juridische status van hun woonark, vergelijkbaar zal zijn met een woonhuis op land. In de

¹⁷ Met deze woorden wordt het bestemmingscriterium ingevuld. Het criterium dat gebruikt wordt voor de vraag of een gebouw of werk duurzaam verenigd is met de grond in de zin van art. 3:3 lid 1 BW. Uit het Woonarkarrest blijkt dat de Hoge Raad van mening was dat men indien een zaak een schip is in de zin van art. 8:1 BW niet meer toekomt aan art. 3:3 lid 1 BW en het daarbij behorende bestemmingscriterium.

¹⁸ Hoge Raad 24 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AQ7093 Hof ‘s-Hertogenbosch 27 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI4813.

praktijk zal dit echter niet heel veel veranderen, behalve dat de financiering ervan wellicht eenvoudiger wordt als de juridische status van woonarken een duidelijke inbedding krijgt in het Burgerlijk Wetboek.

Voor nieuw te realiseren projecten heeft de voorgestelde wetwijziging echter wel zeer belangrijke consequenties: hierdoor kan immers gebruik worden gemaakt van hetzelfde goederenrechtelijke instrumentarium als voor opstallen op land: zo kan een drijvend gebouw in appartementsrechten worden gesplitst en indien meerdere woningen op een drijvend platform worden gebouwd, kunnen zij door verticale splitsing juridisch van elkaar worden gescheiden en door middel van het vestigen van opstalrechten ook horizontaal van elkaar worden gesplitst. Hiermee wordt de deur geopend naar drijvende ontwikkelingen op grote(re) schaal.

5. DE TOEVOEGING VAN DRIJVENDE OPSTALLEN AAN ART. 3:3 LID 1 BW

Om drijvende opstallen als onroerend aan te merken is een wetwijziging noodzakelijk. Art. 3:3 BW geeft de definitie van een onroerende zaak en bepaalt:

‘Onroerend zijn de grond, de nog niet gewonnen delfstoffen, de met de grond verenigde beplantingen, alsmede de gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken.’

Uit het Portacabinarrest¹⁹ volgt dat indien een gebouw of werk geen fundering heeft, maar los geplaatst is op de grond, dit gebouw of werk onroerend kan zijn, indien het naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven. Een vergelijkbare maatstaf kan gehanteerd worden ten aanzien van drijvende opstallen: drijvende opstallen zijn onroerend, indien zij naar aard en

¹⁹ HR 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2478, NJ 1998, 97 (Portacabinarrest).

inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven. Een mogelijkheid kan daarom zijn om aan art. 3:3 lid 1 BW toe te voegen

‘alsmede drijvende opstallen, zijnde teboekgestelde schepen die naar aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven’.

Bij toevoeging van deze zinsnede rijst (in ieder geval) een drietal vragen: 1) wanneer is een drijvende opstal naar aard en inrichting bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven, 2) wat betekent dit voor de verticale natrekkingsregel en 3) waarom het vereiste van inschrijving in de openbare registers (teboekstelling)? Deze vragen worden in het navolgende besproken worden.

6. WANNEER IS EEN DRIJVENDE OPSTAL NAAR AARD EN INRICHTING BESTEMD OM DUURZAAM TER PLAATSE TE BLIJVEN?

In het Portacabinarrest formuleerde de Hoge Raad – voor constructies op het land – twee aanwijzingen om te bepalen of voldaan wordt aan het bestemmingscriterium: zowel de bedoeling van de bouwer, als de bestemming om duurzaam ter plaatse te blijven dienen naar buiten kenbaar te zijn.²⁰ Praktische betekent dit dat aan de hand van de uiterlijke kenmerken van het gebouw of werk afgeleid moet worden of het een duurzame bestemming ter plaatse heeft of niet.²¹ Toepassing van het bestemmingscriterium leidt ertoe dat datgene wat eruitziet alsof het lange tijd ter plaatse zal blijven als onroerend aangemerkt wordt. Zo is een pipowagen die op een bouwplaats als schafkroon wordt gebruikt roerend, terwijl eenzelfde pipowagen die duurzaam op een kampeerplaats staat als onroerende zaak kan worden aangemerkt.²²

²⁰ Zie r.o. 3.3.

²¹ P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken*, (diss. Nijmegen) Deventer: Kluwer 2016, p. 26 en 27.

²² Vgl. over straatverharding: H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 1997, nr. 71.

Na de voorgestelde aanvulling van art. 3:3 lid 1 BW kunnen de portacabin criteria op eenzelfde wijze toegepast worden op drijvende opstallen: een binnenvaartschip dat in IJmuiden gelost wordt is een roerende zaak, terwijl eenzelfde binnenvaartschip dat omgebouwd is als woonhuis en een ligplaats heeft aan de Borneokade in Amsterdam een onroerende zaak is. De duurzame bestemming bij drijvende opstallen wordt derhalve in eerste instantie afgeleid uit de uiterlijke kenmerken. Bij twijfel zal naar verkeersopvatting beoordeeld moeten worden of een drijvende opstal is bestemd ergens duurzaam ter plaatse te blijven. Voor het gros van de drijvende woningen zal dit een goed bruikbare maatstaf zijn: wie langs de drijvende villa's in de wijk SchoonSchip (Amsterdam), IJburg (Amsterdam) of Nassauhaven (Rotterdam) fietst, zal geen twijfel hebben dat deze woningen bestemd zijn duurzaam ter plaatse te blijven. Hetzelfde geldt voor de overgrote meerderheid van de in Nederland gelegen woonschepen en woonarken. Er zullen ongetwijfeld randgevallen bestaan, maar dit is voor opstallen op land niet anders.

Door toevoeging van drijvende opstallen aan de definitie van een onroerende zaak in art. 3:3 lid 1 BW wordt een onderscheid gecreëerd tussen schepen met een vervoersfunctie en drijvende opstallen die juist bestemd zijn ergens duurzaam ter plaatse te blijven. Er is echter wel een belangrijk verschil: een opstal op het land wordt verticaal nagetrokken door de grond.

7. NATREKKING DOOR DE GROND

7.1 ARGUMENTEN TEGEN NATREKKING VAN DRIJVENDE OPSTALLEN DOOR DE GROND

Onroerende zaken worden gekenmerkt door hun connectie met de grond. Art. 3:3 lid 1 BW, waarin de definitie opgenomen staat van een onroerende zaak, noemt de grond als eerste. De (duurzame) verbinding die een zaak (gebouw, werk, beplanting) heeft met de grond waarop of waarin deze zich bevindt, maakt een zaak onroerend.²³ De vaststelling dat een zaak onroerend

²³ Voor de volledigheid merken we nog op dat in lid 1 de delfstoffen afzonderlijk noemt. Zij maken echter geologisch deel uit van de grond zelf. Zie Ploeger 1997, nr. 50. Gelet op het econo-

is, leidt ertoe dat het (in beginsel) behoort tot de eigendom van de grond op grond van art. 5:20 lid 1 BW. Anders gezegd: een onroerende zaak wordt – wettelijke uitzonderingen daargelaten – nagetrokken door de grond. Deze regel dient primair de rechtszekerheid,²⁴ waarbij aangesloten wordt bij de omstandigheid dat in de regel de grondeigenaar zelf met eigen middelen op zijn grond heeft gebouwd.²⁵

Is er voor de verticale natrekkingsregel bij opstallen op het vaste land een duidelijke ratio, deze ontbreekt bij drijvende opstallen. Daar zal in de regel juist de bezitter van de drijvende opstal, geen eigenaar zijn van het ondergelegen waterperceel, maar op andere wijze bevoegd zijn de drijvende opstal op die plek te hebben. Deze bevoegdheid vloeit veelal voort uit het hebben van een publiekrechtelijke ligplaatsvergunning, of een zakelijk recht, zoals een erfpachtrecht op het waterperceel.²⁶

Bij drijvende gebouwen is natrekking door de grond ook lang niet altijd wenselijk. Laten wij als voorbeeld een gemeente noemen. Zij zal niet staan te springen als alle woonarken in de grachten na de voorgestelde wetswijziging nagetrokken worden door de grond. De bodem van de gracht is immers gemeentegrond. Deze natrekking kan vanzelfsprekend doorbroken worden door het vestigen van een opstalrecht op het waterperceel ten behoeve van iedere woonark, maar onze inschatting is dat dit voor de gemeente geen wenselijke situatie is: daar waar de eigenaars van woonarken thans gerechtigd zijn tot hun ligging op basis van een ligplaatsvergunning, verkrijgen zij in deze situatie een goederenrechtelijk recht op het onderliggende waterperceel, met de sterke positie die daarbij hoort. Daarmee zou de gemeente in één keer een belangrijk deel van haar goederenrechtelijke gerechtigdheid tot de grachten

misch belang en het belang van overheidsregulering om winning van delfstoffen te stimuleren en te ordenen zijn zij traditioneel voorwerp van een functioneel rechtsgebied, het mijnrecht, waarin mijnbouwpolitiek leidend is en privaatrechtelijke beginselen een minder prominente rol spelen.

24 Zie voor een uitgebreide bespreking hiervan: P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken*, (diss. Nijmegen) Deventer: Kluwer 2016, p. 136-140.

25 Ploeger 1997, nr. 116.

26 Dit is een veelgebruikte constructie voor de drijvende woningen in IJburg Amsterdam, maar bijvoorbeeld ook voor de drijvende woonwijk SchoonSchip in Amsterdam.

verliezen. Aan de andere kant zullen de eigenaars van woonboten en woon-arken de transactiekosten voor de verkrijging van een opstalrecht moeten dragen: kosten voor de benodigde notariële akte en inschrijving daarvan in de openbare registers, en de verschuldigde overdrachtsbelasting.

Maar als doorslaggevend argument tegen natrekking van drijvende opstallen door de grond (in casu het waterperceel) geldt onzes inziens het essentiële verschil tussen een drijvend bouwwerk en een bouwwerk op land. Voor een drijvende opstal is het fundament niet de grond, maar het water boven de grond. Daar waar bij grond het wettelijk uitgangspunt dat de eigenaar van de grond ook eigenaar is van de daarmee verenigde onroerende gebouwen en bouwwerken aansluit bij de maatschappelijke verwachtingen, zal men er bij een drijvende woning over het algemeen niet van uitgaan dat de eigenaar van de grond in de regel ook eigenaar van de drijvende opstal is.

Alles in overweging nemende verdient het de voorkeur dat de kwalificatie van een drijvende opstal als onroerende zaak niet per definitie ook natrekking door het onderliggende waterperceel tot gevolg heeft. Hiermee onderscheidt een drijvende opstal zich in belangrijke mate van opstallen die zich op land bevinden, waar immers de Romeinsrechtelijke regel ‘superficies solo cedit’ geldt, vrij vertaald als ‘de opstal volgt de grond’ (art. 5:20 BW). Het fenomeen dat een onroerende zaak niet nagetrokken wordt door de eigendom van de grond, is ons zakenrecht echter niet vreemd.

7.2 EIGENDOM VAN DRIJVENDE OPSTALLEN

Reeds art. 5:20 zelf kent een uitzondering op de regel dat een onroerende zaak (in beginsel) nagetrokken wordt door de eigendom van de grond. Het tweede lid bepaalt dat kabel- en leidingnetwerken in, op of boven de grond van een ander, die door een bevoegd aanlegger zijn aangelegd, in eigendom toekomen aan de bevoegd aanlegger ervan.

Art. 5:20 lid 1 sub e BW bepaalt voorts meer in zijn algemeenheid dat de eigendom van de grond omvat ‘voorzover de wet niet anders bepaalt’. Dit betekent dat alleen bij wettelijke regeling afgeweken kan worden van de regel dat een

onroerende zaak nagetrokken wordt door de eigendom van de grond. Onze aanbeveling luidt om aan art. 5:20 BW een derde lid toe te voegen waarin wordt bepaald dat de drijvende opstal niet wordt nagetrokken door de eigendom van de grond, maar toebehoort aan degene die in het scheepsregister als zodanig geregistreerd staat:

‘In afwijking van lid 1 behoort een drijvende opstal in eigendom toe aan degene(n) die als zodanig geregistreerd staat in de openbare registers.’

De voorgestelde toevoeging van een derde lid aan art. 5:20 BW leidt ertoe dat er geen sprake is van eigendomsverlies indien een schip onroerend wordt.

8. DRIJVENDE OPSTALLEN IN DE OPENBARE REGISTERS

In de door ons voorgestelde aanvulling van art. 3:3 BW wordt voor toepasselijkheid van de nieuwe regeling tevens vereist dat er sprake moet zijn van een *teboekgesteld* schip. De inschrijving is een noodzakelijke voorwaarde om de drijvende opstal tot onroerende zaak te kunnen bestempelen. Dat brengt ons op de rol van de inschrijving in de openbare registers bij drijvende opstallen.

Onroerende zaken zijn registergoederen: inschrijving in de openbare registers is nodig voor overdracht en bezwaring van de zaak, en daartoe is kadastrale identificatie noodzakelijk.²⁷ Aldus rijst de vraag hoe de drijvende opstallen in het bestaande stelsel van openbare registers en Basisregistratie kadaster kunnen worden ingepast. Hiertoe hebben wij verschillende opties onderzocht:

1. De drijvende opstal wordt ingeschreven in de openbare registers voor onroerende zaken en wordt kadastraal ‘gekoppeld’ aan het waterperceel waarboven het drijft.
2. Voor drijvende opstallen wordt een afzonderlijk openbaar register gecreëerd; een ‘drijvende opstal register’. Inschrijving in dit register zou dan

²⁷ H.D. Ploeger in: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/480.

als gevolg hebben dat de drijvende opstal als onroerende zaak gekwalificeerd wordt.²⁸

3. De drijvende opstallen blijven schepen en worden in het scheepsregister teboekgesteld.

Als nadeel van de eerste optie geldt dat zojuist uiteengezet is dat drijvende opstallen nu juist niet nagetrokken worden door de grond waarboven zij drijven. Deze koppeling met het ondergelegen waterperceel ligt om deze reden onzes inziens niet voor de hand.

Ook de tweede optie kent naar onze mening nadelen. Allereerst is het zo, dat veel van de bestaande woonarken en watervilla's reeds in het scheepsregister ingeschreven zijn. Door een nieuw register te creëren, ontstaat de situatie dat de ene drijvende woning in het nieuwe register geregistreerd staat als drijvende opstal, terwijl een andere (wellicht identieke) drijvende woning in het scheepsregister geregistreerd staat. Dat leidt tot een zekere mate van willekeur in de kwalificatie van drijvende bouwwerken als onroerende zaak. Is de drijvende opstal geregistreerd in het drijvende opstal register is het een onroerende zaak. Is het (enkel) geregistreerd in het scheepsregister is het een roerende zaak. Tenzij de mogelijkheid voor registratie in het scheepsregister niet langer openstaat voor drijvende opstallen, maar wat doe je dan met als die drijvende woningen die reeds in het scheepsregister staan? Wellicht maakt een afzonderlijk register voor drijvende opstallen een en ander alleen maar nodeloos gecompliceerd.

Het vasthouden aan de registratie in het scheepsregister, ook voor drijvende opstallen, is onzes inziens op dit moment de optie die het beste aansluit bij de huidige systematiek van goederenrecht enerzijds en openbare registers anderzijds. Derhalve: (geregistreerde) schepen die naar aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven zijn onroerende zaken. Er wijzigt door deze kwalificatie niets in de eigendomssituatie: diegene die als eigenaar in het scheepsregister staat, is (en blijft) eigenaar, indien de kwalificatie als roerende zaak verandert in die als onroerende zaak. Op het teboekgestelde

²⁸ Dit is min of meer de weg die in het voorstel Mes/Ploeger werd gevolgd.

schip gevestigde hypotheekrechten blijven in stand, ook al wordt het schip door de wetwijziging een onroerende zaak.

9. OVERIGE VRAGEN

Het gewenste resultaat van de wetwijziging is het verkleinen van het onderscheid tussen gebouwen en werken die drijven enerzijds en gebouwen en werken op de wal anderzijds, teneinde de juridische vormgeving van drijvende bouwwerken mogelijk te maken en drijvend bouwen op grote(re) schaal te bevorderen. Wij realiseren ons dat het kunstgrepen vergt om het gewenste resultaat te bereiken. De in deze bijdrage uiteenzette kunstgrepen bestaan eruit dat bepaalde schepen, te weten drijvende opstallen, als onroerende zaken, c.q. onroerende schepen aan te merken. Dit roept echter nieuwe vragen op. Een aantal van deze vragen kwam reeds naar voren in de consultatieronde die plaats heeft gevonden ten aanzien van het voorstel Mes/Ploeger. In hoeverre is voor de vraag of een drijvend gebouw of werk onroerend is van belang of er een publiekrechtelijke, dan wel zakenrechtelijke bevoegdheid is om ergens duurzaam ter plaatse te liggen? Is dit een *conditio sine qua non*? Is in het Scheepsregister zichtbaar of een schip roerend of onroerend is? Aan welke vereiste dient te worden voldaan indien een drijvende opstal wordt bezwaard met een zakelijk recht? Dient uit de openbare registers voor registergoederen te blijken dat zich boven een bepaald waterperceel een drijvende opstal bevindt? Dit is slechts een kleine selectie van de vragen die rijzen indien drijvende opstallen als onroerend worden aangemerkt.

Alvorens nader in te gaan op deze vragen, zal in deel 2 van deze bijdrage een andere optie voor een passend juridisch kader voor drijvende opstallen onderzocht worden, te weten de optie dat al hetgeen drijft roerend blijft, maar dat de mogelijkheid gecreëerd wordt ook op roerende registergoederen het Boek 5 instrumentarium toegepast kan worden.

CONCLUSIE

Drijvende opstallen zijn in hun maatschappelijk functioneren gelijk te stellen aan gebouwen en werken op de wal. Naar huidig recht is echter iedere drijvende constructie een roerende zaak. De goederenrechtelijke instrumenten die ons Burgerlijk Wetboek biedt om vastgoedprojecten vorm te geven, vereisen echter zonder uitzondering dat sprake is van een onroerende zaak. Dit leidt ertoe dat drijvend bouwen in Nederland eigenlijk niet verder komt dan één zelfstandige drijvende eenheid, waardoor (tot op heden) drijvende rijtjeshuizen, drijvende appartementencomplexen, of andere grotere drijvende objecten niet ontwikkeld (kunnen) worden.

Binnen het bestaande systeem van het vermogensrecht kan deze problematiek op twee manieren opgelost worden: door drijvende opstallen als onroerende zaken aan te merken, of door het mogelijk te maken ook de Boek 5 rechten ook op andere registergoederen dan onroerende zaken toe te passen.

Zoals hiervoor is opgemerkt worden onroerende zaken gekenmerkt door hun verbinding met de grond. Drijvende opstallen vallen in deze systematiek buiten de boot. Het is bij drijvende opstallen nu juist het (veelal) ontbreken van een vereniging met de grond, dat ertoe heeft geleid dat ze tot nu toe als roerende zaken aangemerkt worden. Dat betekent dat er enkele kunstgrepen nodig zijn om drijvende opstallen juridisch anders te gaan behandelen dan andere schepen en deze als onroerende zaken aan te merken.

Wij hebben hier de mogelijkheid uitgewerkt om drijvende opstallen toe te voegen aan de definitie van een onroerende zaak in art. 3:3 lid 1 BW: een drijvende opstal is onroerend indien deze teboekgesteld is als schip en naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven. De teboekstelling is noodzakelijk omdat hiermee de eigendom van de drijvende opstal wordt vastgelegd. Opstallen op land worden in beginsel nagetrokken door de eigendom van de grond. Voor drijvende opstallen is dit echter geen gewenste consequentie. Om deze reden zullen de openbare registers leidend zijn (en blijven) voor de vraag wie eigenaar is van de drijvende opstal.

Men kan vraagtekens plaatsen bij de toch wat gekunstelde manier om drijvende opstallen binnen de bestaande kaders van het goederenrecht te plaatsen en ze als onroerende zaken aan te merken.

De vraag is daarmee of het of de voorkeur heeft drijvende opstallen niet binnen de bestaande kaders proberen te passen, maar juist die bestaande kaders aan te passen. Dit zal in het tweede deel van dit tweeluik worden behandeld. ■

WIJZIGING VAN HET BURGERLIJK WETBOEK TER INVOERING VAN EEN REGELING VOOR DRIJVENDE OPSTALLEN

ONTWERP VOORSTEL VAN WET

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is een regeling voor drijvende opstallen in het Burgerlijk Wetboek op te nemen.

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:

A

Aan artikel 3 lid 1 Boek 3 Burgerlijk Wetboek wordt toegevoegd:

“alsmede drijvende opstallen, zijnde teboekgestelde schepen die naar aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven.”

ARTIKEL II

Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:

A

Aan artikel 20 Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek wordt een derde lid toegevoegd luidende:

“3. In afwijking van lid 1 behoort een drijvende opstal in eigendom toe aan degene(n) die als zodanig geregistreerd staat in de openbare registers.”

ARTIKEL III

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.

ARTIKEL IV

Deze wet wordt aangehaald als: Wet regeling drijvende opstallen.

8



WETSVOORSTEL DRIJVENDE OPSTALLEN: EEN JURIDISCH FUNDAMENT VOOR BOUWEN OP WATER*

DEEL II: BOEK 5 VOOR 'REGISTERGOEDEREN'

mr. dr. P.J. van der Plank** en mr. dr. H.D. Ploeger***

INLEIDING

In de afgelopen jaren is veel onderzoek verricht naar de mogelijkheid van het realiseren van drijvende platformen waarop meerdere gebouwen (zelfs hoogbouw) gerealiseerd kunnen worden. Toch komen deze projecten in ons land niet verder dan de tekentafel. Het succes van een bouwproject hangt niet alleen af van de bouwkundige kwaliteit; de bouwkundige aspecten en

* P.J. van der Plank en H.D. Ploeger, 'Wetsvoorstel drijvende opstallen' een juridisch fundament voor bouwen op water. Deel II: Boek 5 voor 'Registergoederen', *WPNR* 2022/7356.

** Als adviseur Real Estate werkzaam bij Houthoff (p.van.der.plank@houthoff.com) en als onderzoeker verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UC-WOSL), Universiteit Utrecht. (p.van.der.plank@houthoff.com)

*** Universitair hoofddocent, afdeling Urbanism, Faculteit Bouwkunde, TU Delft. (h.d.ploeger@tudelft.nl)

Het onderzoek waarop dit artikel is gebaseerd, is mede mogelijk gemaakt door Stichting Fundatie Bachiene, welke stichting onder meer ten doel heeft het stimuleren van onderzoek en andere werkzaamheden van wetenschappelijke en praktijkgerichte aard op het gebied van het vastgoedrecht.

de juridische aspecten gaan hand in hand. Een van de uitdagingen van een vastgoedjurist is het in een juridisch jasje gieten van projecten waarbij nieuwe bouwtechnieken worden gebruikt. Waar technisch vrijwel alle kennis en kunde voor handen is om op grotere schaal drijvend te bouwen,¹ zijn de mogelijkheden voor een passende juridische vormgeving, de ‘juritectuur’, beperkt.

In deel I van deze bijdrage² is dit reeds uiteengezet. Kort samengevat: als gevolg van de ruime definitie van een ‘schip’ in art. 8:1 BW, en de toepassing daarvan in het Woonarkarrest³, is een drijvend bouwwerk in de regel een roerende zaak. Dat geldt dus niet alleen voor een binnenvaartschip of de klassieke woonboot, maar ook voor een drijvende villa of bijvoorbeeld een drijvend platform met daarop vier rijtjeshuizen. Hoewel al deze schepen door teboekstelling registegoederen worden, kunnen zij als roerende zaken niet gesplitst worden in appartementsrechten en niet bezwaard worden met de in Boek 5 genoemde beperkte zakelijke genotsrechten. Concreet: één drijvend platform met daarop één huis is goederenrechtelijk geen probleem, maar wanneer meerdere gebouwen zijn gepland op één platform, is de eigendom hiervan niet te splitsen. Dit staat in belangrijke mate in de weg aan schaalvergroting bij bouwen op water.

1. NOODZAAK VAN WETGEVING

Om drijvende ontwikkeling op grote(re) schaal mogelijk te maken is het wenselijk dat de goederenrechtelijke instrumenten die ten dienste staan bij de vormgeving van een vastgoedproject op land ook toegepast kunnen worden bij de vormgeving van drijvende platformen. Dit kan op twee manieren

-
- 1 Zo werd in 2020 het project Space@Sea afgerond. Een project gefinancierd onder het Horizon 2020 programma van de EU, waarbij door een consortium van 17 Europese partners onderzoek is gedaan naar de ontwikkeling van een gestandaardiseerd en kostenefficiënt modulair eiland om duurzame en betaalbare werkruimte op zee te creëren. Zie <https://spaceatsea-project.eu>.
 - 2 H.D. Ploeger en P.J. van der Plank, ‘Wetsvoorstel Drijvende opstallen: een juridisch fundament voor bouwen op water Deel I: Onroerende Drijvende opstallen’, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, 2021/7319.
 - 3 HR 15 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9136 (Woonarkarrest).

bereikt worden. De eerste manier is om drijvende gebouwen en bouwwerken (onder voorwaarde) als onroerende zaken te kwalificeren. In deel I van onze bijdrage is uiteengezet dat hiertoe een wetswijziging noodzakelijk is. Wij werkten een voorstel uit waarbij de categorie ‘drijvende opstallen’ wordt gecreëerd, zijnde teboekgestelde schepen die naar hun aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven. Door deze drijvende opstallen toe te voegen aan de definitie van onroerende zaken, zoals neergelegd in art. 3:3 lid 1 BW, ontstaat een goederenrechtelijk onderscheid tussen roerende schepen, zijnde (veelal) schepen met een vervoersfunctie, en drijvende gebouwen en bouwwerken die juist bestemd zijn duurzaam ter plaatse te blijven op hun ligplaats en om die reden onroerend zijn.

In deel II van deze bijdrage bespreken wij een andere optie. Uitgangspunt is het feit dat drijvende objecten door teboekstelling in de openbare registers een (roerend) registergoed worden. In plaats van de drijvende opstallen zelf een bijzondere status te geven, wordt de oplossing gezocht het bestaande instrumentarium van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek niet langer te beperken tot onroerende zaken, maar van toepassing te verklaren op alle registergoederen. Ons voorstel heeft daarbij dus verdere implicaties dan alleen het bieden van een goederenrechtelijk raamwerk voor drijvend bouwen.

Aangevangen wordt met een bespreking van het onderscheid registergoed en niet-registergoed en de introductie hiervan in het BW. Vervolgens zal uiteengezet worden dat het niet systematisch doorvoeren van dit dogmatisch onderscheid al vaker tot praktische beperkingen heeft geleid. Hierin zien wij dan ook een belangrijk argument de reikwijdte van Boek 5 uit te breiden naar alle registergoederen. Tot slot zal ingegaan worden op de vraag op welke wijze zulks bewerkstelligd kan worden. Afgesloten wordt met een conclusie.

2. HET ONDERSCHIED REGISTERGOEDEREN EN NIET-REGISTERGOEDEREN

Pas in 1992, met het huidige Burgerlijk Wetboek, is het onderscheid tussen registergoederen en niet-registergoederen geïntroduceerd in het vermogens-

recht. Reden voor invoering van dit onderscheid, naast de klassieke opdeling roerend of onroerend, was volgens de Toelichting Meijers dat bepaalde voorschriften die onder het tot 1 januari 1992 geldend BW (“Oud BW”) golden voor onroerende zaken, in het nieuwe BW voor een ruimere groep van goederen dienen te gelden,⁴ namelijk ook voor teboekgestelde schepen en beperkte rechten op een registergoed (ook zijnde een registergoed).⁵ Het wordt in de Memorie van Antwoord dan ook omschreven als een “gelukkige vondst van de ontwerper”.⁶

Hierbij speelde dat onder het BW 1838 de termen ‘goederen’ en ‘zaken’ niet op een zeer consequente wijze werden gehanteerd. Of zoals de parlementaire geschiedenis van het BW 1992 het verwoordt: ten aanzien van de term zaken “lijdt het bestaande BW aan een ontbreken van elk systeem”.⁷ De invoering van de dichotomie registergoed versus niet-registergoed creëerde een nieuwe onderscheiding van goederen, naast het bestaande onderscheid roerend/onroerend. Dat laatste is immers in het nieuwe vermogensrecht systematisch voorbehouden aan zaken, d.w.z. stoffelijke voorwerpen. Onder Oud BW konden ook rechten onroerend zijn. Zo waren het recht van vruchtgebruik en gebruik van onroerende zaken, de erfdienstbaarheden, het recht van opstal, het erfpachtrecht en grondrenten (hetzij in geld of in natura verschuldigd) onroerende rechten.^{8 9}

4 Zie TM, *Parl. Gesch. BW Boek 3 1981*, p. 66.

5 Meijers somt in de Toelichting bij artikel 3.1.1.10 (het huidige art. 3:10 BW) registergoederen op als: “onroerende zaken en beperkte rechten op onroerende zaken, zijn ook schepen en octrooien en rechten op modellen, alsmede daarop te vestigen beperkte rechten, registergoederen.” Zie TM, *Parl. Gesch. BW Boek 3 1981*, p. 96.

6 Zie M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 5 1981*, p. 97.

7 Zie M.v.A. II, *Parl. Gesch. BW Boek 5 1981*, p. 54.

8 Zie art. 564 Oud BW.

9 De thans in het spraakgebruik nog veelvuldig gebezigde term ‘onroerend goed’, dateert derhalve nog van het Oud BW. Heyman & Bartels stellen dat ook de term vastgoed steeds vaker gebruikt wordt naast de term ‘onroerend goed’. En dat hoewel gewoonlijk geleerd wordt dat juridisch zuiver taalgebruik meebrengt dat het adjectief ‘onroerend’ alleen gebruikt mag worden in combinatie met het woord ‘zaak’, is volgens hen de term onroerend goed niet onjuist. Een zaak is immers ook een goed. Daarmee is de term niet onjuist, maar wel minder exact dan onroerende zaak. Zie: H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties. Koop*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 17.

Hoewel de dichotomie registergoed/niet-registergoed in plaats van ‘de primitieve onderscheiding roerend – onroerend’¹⁰ een fundamentele modernisering van de dogmatiek achter het vermogensrecht betekent, blijkt de praktische uitwerking minder consequent en meer aan de traditie vast te houden. De systematiek van het huidige BW is immers niet gebaseerd op het onderscheid registergoed/niet-registergoed, maar op het onderscheid goederen en zaken: in Boek 3 vindt men de goederenrechtelijke rechten (pandrecht, hypotheekrecht en vruchtgebruik) die zowel op een zaak als op een vermogensrecht¹¹ kunnen rusten, en Boek 5 regelt de zakelijke rechten. Dat betekent dat de daarin genoemde rechten alleen kunnen rusten op een (onroerende) zaak. Hoewel dat beperkingen met zich brengt voor wat betreft de toepassing van het Boek 5-instrumentarium, lag volgens de ontwerpers deze keuze voor de hand. Zo was volgens de Toelichting Meijers er “nooit behoefte gebleken aan erfacht op rechten”, zodat het recht van erfacht beperkt werd tot zaken.¹²

De keuze voor deze systematiek leidde evenwel tot het uitgangspunt dat de Boek 5 rechten in beginsel niet ‘gestapeld’, c.q. op elkaar gevestigd kunnen worden.¹³ Bijvoorbeeld ondererfpacht zou onmogelijk zijn. In het navolgende zullen wij, mede aan de hand van praktische voorbeelden, betogen dat de beperking van Boek 5 tot zaken niet past bij de huidige tijd van complexe vastgoedprojecten, waarbij meervoudig ruimtegebruik centraal staat. Wij pleiten aldus – met een knipoog naar het KNB-preadvies van 2016¹⁴ – voor een echt ‘Boek 5 van de Toekomst’, te weten een Boek 5 dat toepassing vindt op alle registergoederen. Een belangrijke consequentie hiervan is dat ten aanzien van drijvende opstallen geen specifieke, en daarmee complexe, bepalingen nodig

10 Vgl. Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem*, 11^e druk 1995, p. 99 waar wordt gesproken over ‘de belangrijke onderscheiding: registergoederen - niet registergoederen’ naast ‘de primitieve onderscheiding roerend – onroerend’.

11 Denk aan een pandrecht op een vordering,

12 Zie TM, *Parl. Gesch. BW Boek 5 1981*, p. 300.

13 Zie over deze ‘stapelingsproblematiek’, onder meer: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, (diss.) Deventer: Kluwer 2007, p. 367 tot 381, A. Slaski, ‘Stapelning van beperkte rechten op onroerende zaken’, WPNR 2009/6789, en W.G. Huijgen, ‘Het verbod van stapeling van zakelijke rechten revisited’, WPNR 2021/7324.

14 L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht (KNB preadviezen)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016.

zijn. Immers, indien het goederenrechtelijke instrumentarium van Boek 5 gebruikt kan worden om drijvende platformen (zijnde registergoederen) juridisch vorm te geven, is niet langer sprake van het in de inleiding geschetste uitgangspunt die de juritectuur van (complexen met) drijvende bouwwerken beperkingen oplegt. Tevens zou de door ons voorgestelde wijziging van Boek 5 niet alleen de problematiek omtrent drijvende opstallen oplossen, maar ook het zakenrecht bevrijden van meerdere gewrongen constructies.

3. DE FICTIES VAN BOEK 5

De wetssystematische beperking dat Boek 5 rechten enkel gevestigd kunnen worden op zaken, riep bij het ontwerp van het nieuwe vermogensrecht reeds praktische bezwaren op. Zo moest een erfpachter wel een erfdienstbaarheid kunnen vestigen, een in appartementsrechten gesplitst eigendoms- of erfpachtrecht wel bezwaard kunnen worden met een Boek 5 recht en moest ook het vestigen van een ondererfpacht- en/of onderopstalrecht mogelijk zijn. Om de systematiek van het BW in stand te laten, moest in al deze gevallen de fictie gecreëerd worden dat het desbetreffende beperkte recht rust op een onroerende zaak.

ART. 5:84 BW

In het ontwerp Meijers werd reeds bepaald dat ook een beperkt gerechtigde een erfdienstbaarheid kan vestigen:

“Hij die een recht van erfpacht of van vruchtgebruik op een onroerende zaak heeft, kan op deze zaak een erfdienstbaarheid vestigen.”¹⁵

¹⁵ Zie *Parl. Gesch. BW Boek 5 1981*, p. 293.

Deze tekst werd uiteindelijk gewijzigd, in die zoals het huidige art. 5:84 BW luidt

“hij die een recht van erfpacht, opstal of vruchtgebruik heeft op een onroerende zaak, deze kan belasten met een erfdiensbaerheid.”

Het woord ‘deze’ slaat terug op ‘onroerende zaak’, en niet op het recht van erfpacht, opstal of vruchtgebruik dat bezwaard wordt.¹⁶

Het feit dat de onderliggende onroerende zaak zelf bezwaard wordt door de beperkt gerechtigde is dogmatisch op zijn minst opmerkelijk: de erfpachter is immers niet beschikkingsbevoegd ten aanzien van de onderliggende onroerende zaak, maar enkel tot het recht waartoe hij gerechtigd is. Strikt genomen zou het voor hem enkel mogelijk moeten zijn *dit recht* met een erfdiensbaerheid te bezwaren. Binnen de systematiek van het nieuw BW waar de erfdiensbaerheid alleen kan rusten op de onroerende zaak, was het daarom nodig de fictie te introduceren dat de onderliggende onroerende zaak wordt bezwaard, en daarmee voor de bepaling dat erfdiensbaerheden gevestigd door een beperkt gerechtigde ten laste van de zaak (in beginsel) tenietgaan bij het einde van het beperkte recht, zie lid 3 van art. 5:84 BW.

De hier gecreëerde fictie, dat een beperkt gerechtigde niet zijn beperkte recht, maar de onderliggende onroerende zaak bezwaard, komt in het op meer plekken terug.

¹⁶ Dat de gewijzigde formulering van de tekst van art. 5:84 BW geen inhoudelijke wijziging behelst blijkt (onder meer) uit de Memorie van Antwoord, zie *Zie Parl. Gesch. BW Boek 5 1981*, p. 294 BW: “In de nieuwe redactie heeft de bevoegdheid van de opstaller tot het vestigen van erfdiensbaerheden nóg een uitbreiding ondergaan. Niet alleen kan hij thans de zaak waarop zijn recht rust belasten met een erfdiensbaerheid die verplicht tot een niet doen, maar ook kan hij dat met een erfdiensbaerheid die verplicht tot een dulden of tot een binnen de grenzen van artikel 5.6.2 gelegen doen.”

ART. 5:93 BW: ONDERERFPACHT EN ONDEROPSTAL

Zoals gezegd was Meijers van mening dat de praktijk geen behoefte had aan erfpacht op rechten. Plantenga¹⁷ concludeerde dat nu een recht van erfpacht dient te rusten op een zaak, ondererfpacht uitgesloten was. Ondererfpacht werd echter wel mogelijk geacht indien ‘men dit recht zo construeert, dat het door de erfpachter op (een deel van) de onroerende zaak wordt gevestigd’. En om die reden bepaalt art. 5:93 BW:

“De erfpachter is bevoegd de zaak waarop het recht van erfpacht rust, geheel of ten dele in ondererfpacht te geven, voor zover in de akte van vestiging niet anders is bepaald.”

In lid 2 van art. 5:93 BW is vervolgens de bepaling opgenomen dat bij het einde van de erfpacht, in beginsel ook de ondererfpacht tenietgaat. Deze constructie is bekend als ‘de constructie Beekhuis’, naar J.H. Beekhuis die van 1964 tot 1972 als regeringscommissaris Boek 5 nieuw BW was en de regeling van art. 5:93 BW nader uitwerkte.^{18 19}

Door de schakelbepaling art. 5:104 lid 2 BW is art. 5:93 BW van overeenkomstige toepassing op een zelfstandig opstalrecht.

ART. 5:118A BW

Ook bij Titel 9, omtrent de appartementensplitsing, leidde de beperking van Boek 5 tot zaken tot dogmatische uitdagingen. Een appartementsrecht is een

17 W.B. Plantenga en W.C. Treurniet, erfpacht en erfpachtsvoorwaarden, Preadviezen ter behandeling in de algemene vergadering van de Broederschap der Candidaat-Notarissen 1957, BCN, Arnhem 1957.

18 Zie voor de opvatting van Beekhuis: Asser/Beekhuis, Zakenrecht – Bijzonder deel 1963, p. 263.

19 Bartels, Sagaert, Tweehuysen en Vonck wijzen erop dat het niet geheel zuiver is om deze systematiek van het bezwaren van de onderliggende onroerende zaak door de beperkt gerechtigde geheel aan Beekhuis toe te wijzen. Zie: S.E. Bartels, V. Sagaert, V. Tweehuysen & F.J. Vonck, “VI Erfpacht en opstal (titels 7 en 8). If it ain’t broke, don’t fix it”, in: L.C.A. Verstappen (red.), Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht (KNB preadviezen), Den Haag: Sdu Uitgevers 2016, p. 314 en 315.

zelfstandig registergoed (zie art. 5:117 lid 1 BW), maar geen onroerende zaak.²⁰ Art. 5:118a BW bepaalt derhalve: “Een appartementseigenaar kan, voor zover in de akte van splitsing niet anders is bepaald, zonder medewerking van de overige appartementseigenaars en beperkt gerechtigden op het gedeelte van de onroerende zaken dat bestemd is om als afzonderlijk geheel door hem te worden gebruikt, een recht van erfpacht en, behoudens voor zover het betreft in de splitsing betrokken gebouwen, werken en beplantingen, een recht van opstal vestigen.”

Ook dit is opmerkelijk, nu een appartementseigenaar ten aanzien van het gedeelte waartoe hij een exclusief gebruiksrecht heeft (het fysieke appartement) slechts mede-eigenaar is, en niet beschikkingsbevoegd is ten aanzien van een gedeelte van de gesplitste zaak.²¹ Waartoe hij gerechtigd is, is zijn appartementsrecht, hetgeen hij bijvoorbeeld kan bezwaren met een hypotheekrecht. Een hypotheekrecht kan immers wel rusten op dit zelfstandige registergoed, maar de Boek 5 rechten niet.

4. VAN FICTIE NAAR NON-FICTIE

Uit het bovenstaande blijkt dat de systematiek van het BW, hierin bestaande dat de Boek 3 rechten op zowel zaken als vermogensrechten kunnen rusten, en de Boek 5 rechten enkel op (onroerende) zaken, bijzondere ficties heeft opgeleverd. Maar waarom is dat nodig? Wat zou er veranderen als het mogelijk wordt om de Boek 5 rechten niet alleen op zaken, maar ook op andere registergoederen te laten rusten?

²⁰ Een appartementsrecht bestaat uit een medegerechtigdheid tot het gesplitste goed (eigendom, erfpacht, opstalrecht of een ander appartementsrecht) dat betrekken heeft op grond, eventueel met gebouw, een exclusief gebruiksrecht van een gedeelte van het gesplitste en een (verplicht) lidmaatschap in de VvE.

²¹ Daarbij rust een beperkt recht in beginsel altijd op het gehele recht, en niet slechts op een gedeelte ervan.

Onroerende zaken zijn registergoederen; goederen voor welke overdracht of vestiging inschrijving in de openbare registers nodig is (art. 3:11 BW). Naast de onroerende zaken kennen we nog een beperkt aantal andere registergoederen: appartementsrechten, teboekgestelde schepen en teboekgestelde luchtvaartuigen en alle beperkte rechten die rusten op een registergoed.

Waarom zouden niet alle registergoederen bezwaard kunnen worden met de Boek 5 rechten? Aanpassingen van Boek 5 in die zin dat alle registergoederen object kunnen zijn van de daarin genoemde beperkte rechten betekent onzes inziens geen grote dogmatische wijziging. De in Boek 3 genoemde rechten van vruchtgebruik en pandrecht blijven geregeld in Boek 3; zij kunnen immers ook gevestigd worden op roerende zaken. Wat betreft het hypotheekrecht kan men betogen dat deze wetssystematisch beter in Boek 5 op zijn plaats zou zijn, echter is er ook veel voor te zeggen de zekerheidsrechten bij elkaar te laten in Boek 3. Dat betekent dat er qua plaatsing in de wet weinig tot niets hoeft te veranderen.

De belangrijkste wijziging die plaats dient te vinden om alle registergoederen als object te laten dienen voor de Boek 5 rechten, zijn de definities van de verschillende Boek 5 rechten en de appartementensplitsing.²²

Ten aanzien van de erfdiensbaarheden zou een gewijzigd art. 5:70 BW kunnen luiden:

Een erfdiensbaarheid is een last, waarmede een registergoed – het dienende erf – ten behoeve van een ander registergoed – het heersende erf – is bezwaard.

Wat betreft het recht van erfpacht en het opstalrecht biedt dit de mogelijkheid zogenaamde ‘kruisstapeling’ mogelijk te maken. Naar huidig recht is het

22 Overigens is goed voorstelbaar dat ook de titel van de mandeligheid (niet zijnde een beperkt recht, maar een vorm van mede-eigendom) tekstueel gewijzigd wordt in die zin dat uit de definitie ervan blijkt dat alle registergoederen tot gemeenschappelijk nut bestemd kunnen worden. Dit betreft geen inhoudelijke wijziging nu reeds aangenomen wordt dat hoewel art. 5:60 BW spreekt van een ‘onroerende zaak’ ook een appartementsrecht, erfpachtrecht of opstalrecht mandelig gemaakt kan worden. Zie ook: Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/158a.

niet mogelijk een recht van erfpacht op een opstalrecht of een opstalrecht op een erfpachtrecht te vestigen: het zogenoemde verbod op kruisstapeling. Althans niet zonder eerst een van de rechten te splitsen in appartementsrechten. Hier is al veelvuldig over geschreven.²³ Dit is niet de plek om deze discussie uitvoerig uiteen te zetten. Feit is dat de onmogelijkheid om een erfpachtrecht en opstalrecht op elkaar te vestigen in belangrijke mate voortkomt uit de beperking van Boek 5 dat het object een onroerende zaak moet zijn en niet op een ander registergoed gevestigd kan worden. De door ons in deze bijdrage voorgestelde wijziging van Boek 5 naar alle registergoederen geeft de mogelijkheid een streep te zetten door het verbod op kruisstapelen. De definities van het recht van erfpacht (art. 5:85 BW) en het opstalrecht (art. 5:101 BW) worden dan als volgt gewijzigd:

*Erfpacht is een beperkt recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders registergoed te houden en te gebruiken.*²⁴

*Het recht van opstal is een beperkt recht om in, op of boven een registergoed van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen.*²⁵

Wat betreft het opstalrecht kan men aanvoeren dat het op grond van het nemo-plus beginsel bijvoorbeeld voor een erfpachter niet mogelijk is een opstaller de eigendom van en gebouw, werk of beplanting te verschaffen. De erfpachter heeft immers zelf geen eigendomsrecht. Dit is dogmatisch juist. Naar huidig recht kan echter een appartementsgerechtigde ook reeds een

²³ Zie onder meer Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/9, A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Kluwer, Deventer 2015, par. 2.3.2 en 12.11, Th.F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht* (diss. Groningen), Kluwer, Deventer 2006, p. 67 e.v., T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Kluwer, Deventer 2007, p. 367-382, A. Slaski, 'Stapeling van beperkte rechten op onroerende zaken', WPNR 2009/6789, A.F. Mollema, *Het beperkte recht. Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud* (diss. Leiden), Kluwer, Deventer 2013, p. 172 e.v., M.M.G.B. van Drunen, 'Stapelen van beperkte rechten: een praktijkgerichte en notariële benadering', VGFC, 2016/50, W.G. Huijgen, 'Het verbod van stapeling van zakelijke rechten revisited', WPNR 2021/7324.

²⁴ Art. 5:85 BW.

²⁵ Art. 5:101 BW.

opstalrecht vestigen, terwijl ook hij geen (zelfstandig) eigendomsrecht heeft. Dit geldt ook indien de ‘appartementseigenaar’ gerechtigd is tot een erfpacht-recht dat gesplitst is in appartementsrechten. Dit is dan ook de reden waarom wel gediscussieerd wordt in hoeverre een opstaller eenzelfde eigendomsrecht verkrijgt als een ‘echte’ (art. 5:1 BW) eigenaar.²⁶ Om die reden zou het wellicht fraaier zijn ten aanzien van het opstalrecht de definitie te wijzigen in:

Het recht van opstal is een beperkt recht om in, op of boven een registergoed van een ander gerechtigd te zijn of worden tot gebouwen, werken of beplantingen, en daarvan binnen de grenzen van hetgeen in de akte van vestiging bepaald is, hetzelfde genot als een eigenaar te hebben.

Aan de regeling omtrent de appartementensplitsing dienen de drijvende opstallen toegevoegd te worden. Art. 5:106 BW zal dan luiden:

1. Een eigenaar, erfpachter of opstaller is bevoegd zijn recht op een teboekgesteld schip, of op een gebouw met toebehoren en op de daarbij behorende grond met toebehoren te splitsen in appartementsrechten.

Met het bovenstaande hebben wij willen laten zien dat een wijziging van Boek 5 van zakelijke rechten naar ‘registergoederenrechtelijke rechten’ dogmatisch gezien goed past in het huidige goederenrecht en in de systematiek van de wet. Hieraan kan nog een laatste argument toegevoegd worden. Hoewel Boek 5 spreekt van zakelijke rechten, waarmee bedoeld wordt dat deze rechten enkel op “zaken gevestigd kunnen worden en derhalve niet op vermogensrechten”, zit in deze formulering een inconsistentie. Onder huidig BW worden goederen onderscheiden in zaken en vermogensrechten. Zoals Meijers zelf zei, zijn dit “ongelijkwaardige grootheden”.

²⁶ H.W. Heyman, ‘Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller’, in: W.G. Huijgen e.a., 2000 jaar eigendom en beperkte rechten (Pleysier-bundel), Deventer: Kluwer 2005; A. Slaski, ‘Stapelning van beperkte rechten’, WPNR 2009/6789.

“Zaken zijn het voorwerp van vermogensrechten; met een vorderingsrecht, een auteursrecht staat niet een zaak, maar de eigendom van een zaak op één lijn.”²⁷

Anders gezegd: daar waar men spreekt van de overdracht van een zaak, wordt in wezen bedoeld overdracht van het eigendomsrecht op die zaak. Meijers was echter van mening dat het iets gewrongens zou geven aan de rechtstaal om te moeten spreken van ‘het bezwaren van het eigendomsrecht op een zaak’ dat gekozen is voor vereenzelviging van de begrippen ‘zaak’ en ‘eigendom’. De zakelijke rechten rusten derhalve reeds op een vermogensrecht: op het eigendomsrecht van de zaak. Waarom zouden we dit niet uitbreiden naar andere (registergoederenrechtelijke) vermogensrechten?

Dat er onzes inziens geen zwaarwegende dogmatische argumenten zijn tegen de voorgestelde wijziging is niet de enige reden om over te gaan tot wijziging van Boek 5. Belangrijker is het argument dat het recht niet in de weg hoort te staan aan belangrijke innovaties.

5. HET RECHT: NIET STATISCH, MAAR DYNAMISCH

Het recht loopt in zekere zin altijd achter maatschappelijke ontwikkelingen aan. Het is zeker geen uitzondering dat innovaties moeilijk in te passen zijn in de bestaande rechtsregels. Indien de innovaties algemeen van belang worden geacht, zal het recht volgen. Dat is ook precies hoe het recht dient te zijn: niet statisch, maar dynamisch. De systematiek van ons wetboek, door Meijers aangebracht, is niet te overschatten. Het is echter wel van belang het te plaatsen in de tijd waarin het ontwikkeld is. Een tijd waarin men niet kon bevroeden hoe nieuwe gedachten over ruimtegebruik, multifunctioneel grondgebruik bijvoorbeeld door op het water te bouwen, de bouwpraktijk zouden beïnvloeden. Het kan niet waar zijn dat deze ontwikkelingen stagneren op een rechtssysteem dat hierop niet ingericht is, zonder te zoeken naar

²⁷ Zie *Parl. Gesch. BW Boek 3 1981*, p. 63.

mogelijkheden tot wijziging ervan. De noodzaak van het creëren van een passen juridisch kader voor drijvend bouwen op grote schaal illustreert dit.

Om die reden hebben wij in deze bijdragen uiteengezet, op welke manieren de juridische vormgeving van drijvende opstallen mogelijk gemaakt kan worden.

6. NOG ÉÉN BELETSEL: ART. 8:788 BW

In het bovenstaande is betoogd dat een fundamentele verbreding van de toepasselijkheid van Boek 5 niet alleen leidt tot een dogmatisch zuiverder systeem van goederenrechtelijke rechten, maar ook het nodige instrumentarium aanreikt voor de juridische vormgeving van het drijvend bouwen, met name om grootschalige projecten te faciliteren. Desondanks blijft één beletsel bestaan dat verband houdt met het feit dat de bestaande regelgeving is geschreven vanuit het perspectief van schepen met een commercieel doel. Art. 8:788 BW beperkt immers de zakelijke rechten die op een teboekgesteld schip kunnen rusten tot eigendom, vruchtgebruik en hypotheek. Hierbij is er voor aanpassing van de wetgeving een complicatie. Art. 8:788 BW berust namelijk op een verdrag, meer bepaald art. 3 van het Eerste protocol bij de Overeenkomst inzake de inschrijving van binnenschepen.²⁸ Dit verdrag regelt het houden van scheepsregisters door de verdragsstaten en de inschrijving van binnenvaartschepen daarin. De omschrijving van ‘schip’ in art. 1 van de Overeenkomst²⁹ is zo ruim dat ook de drijvende opstallen er onder vallen. De huidige verdragstekst biedt in art. 21 wel mogelijkheden om de toepasselijkheid van het verdrag uit te sluiten op specifiek genoemde soorten schepen, in het bijzonder schepen die gebruikt worden door de overheid en niet voor commerciële exploitatie zijn bestemd. Echter, de mogelijkheid van

28 Convention relative à l'immatriculation des bateaux de navigation intérieure, Trb 1966, nr. 228.

29 In vertaling luidt art. 1 lid 1 sub b: ‘worden onder schepen mede verstaan glijboten, veerponten, baggermolens, kranen, elevators, alsmede alle andere soorten van schepen of drijvend materiaal van vergelijkbare aard’.

een uitzondering voor niet-commerciële schepen in het algemeen, laat staan drijvende opstallen, is niet voorzien. Dit noopt strikt genomen tot aanpassing van het genoemd verdrag.

7. WELK VORSTEL VERDIENT DE VORKEUR?

Het gebrek aan een passend juridisch kader belemmert de realisatie van grootschalige drijvende toepassingen. Naar huidig recht worden drijvende constructies aangemerkt als schip en schepen zijn in het algemeen roerende zaken. Het gevolg is dat het instrumentarium dat een vastgoedjurist ten dienste staat bij de ontwikkeling van een vastgoedproject onbruikbaar is zodra de bouwwerken drijven.

In twee delen hebben wij twee verschillende mogelijkheden uitgewerkt. Het doel was drijvende gebouwen en bouwwerken (kortweg ‘drijvende opstallen’), niet langer juridisch gelijk te stellen aan schepen, maar een eigen goederenrechtelijke identiteit te geven.

De voornaamste reden dat grootschalige drijvende constructies naar huidig recht juridisch (vrijwel) niet vorm te geven zijn, is omdat het vastgoedrechtelijke instrumentarium dat staat in Boek 5 (erfpacht, opstalrecht, erfdienstbaarheden en de appartementensplitsing) vereist dat sprake is van een onroerende zaak. Voor de drijvende opstallen betekent dit dat hiervoor ófwel een wetswijziging nodig is, die ertoe leidt dat drijvende opstallen, anders dan schepen met een vervoersfunctie, als onroerende zaken aangemerkt worden (besproken in Deel I van deze bijdrage), ofwel dat het zakenrechtelijke instrumentarium van Boek 5 aangepast wordt, dat het ook van toepassing kan zijn op roerende zaken, wel registergoederen zijnde. Laatstgenoemde optie is uitgewerkt in deel II van deze bijdrage.

Welke optie verdient onzes inziens de voorkeur? Dit is een lastige vraag. Beide opties kennen voor- en nadelen. In de eerste optie, wordt juridisch een onderscheid aangebracht tussen schepen, die met name een vervoersfunctie

hebben en drijvende gebouwen en bouwwerken, die naar aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven. Hierbij wordt aansluiting gezocht bij de bestaande aanwijzingen voor de kwalificatie als onroerende zaak, zoals de Hoge Raad heeft neergelegd in het Portacabinarrest, kort gezegd de bestemming (naar aard en inrichting) om duurzaam ter plaatse te blijven. In ons eerste voorstel hebben wij bepleit dit criterium ook te gebruiken om een onderscheid te maken tussen schepen (zijnde roerende zaken) en drijvende opstallen. Die schepen die naar aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven, zijn onroerend. Op zich past dit voorstel onzes inziens dogmatisch mooi in het bestaande systeem. Caravans zijn bijvoorbeeld in beginsel ook roerende zaken, tenzij deze naar aard en inrichting bestemd zijn om ergens duurzaam ter plaatse te blijven, zoals bepaalde stacaravans, dan kunnen deze toch als het ware ‘van kleur verschieten’ en onroerend worden. Een vergelijkbaar systeem ligt bij drijvende opstallen voor de hand.

Er is echter een belangrijk verschil tussen de stacaravans en de drijvende opstallen. Indien een gebouw of werk onroerend is, wordt deze in beginsel nagetrokken door de eigendom van de grond (art. 5:20 lid 1, aanhef en sub e, BW). Een belangrijke reden daarvoor is bescherming van de rechtszekerheid: wanneer iemand een stuk grond koopt, mag men ervan uitgaan dat alle daarmee duurzaam verenigde gebouwen en werken behoren tot de eigendom van die grond, tenzij uit de openbare registers anders blijkt.

Voor drijvende opstallen ligt dit echter anders. Bij woonarken zal men in het algemeen ervan uitgaan dat de eigenaar van de ark, geen eigenaar is van het onderliggende water en waterperceel. Het gevolg van natrekking door de grond is om die reden juist niet een logisch gevolg van de kwalificatie van een drijvende opstal als onroerende zaak. Een drijvende opstal vormt daarmee een bijzondere categorie onroerende zaak: een *zelfstandige* onroerende zaak (vergelijkbaar met de kabelnetwerken): wel onroerend, niet nagetrokken door de eigendom van de grond.

Vereist is echter wel dat de eigendom uit een daartoe bestemd openbaar register blijkt. Om die reden is voorgesteld als vereiste voor de kwalificatie als

onroerende zaak op te nemen dat het moet gaan om een teboekgesteld schip. Dat heeft tot gevolg dat je verschillende soorten schepen krijgt:

- Niet teboekgestelde schepen, niet naar aard en inrichting bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven (roerende zaken, niet-registergoederen);
- Teboekgestelde schepen, niet naar aard en inrichting bestemd om ergens duurzaam ter plaatse te blijven (roerende zaken, wel registergoederen);
- Niet teboekgestelde schepen, wel naar aard en inrichting bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven (roerende zaken, niet-registergoederen);
- Teboekgestelde schepen, wel naar aard en inrichting bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven (onroerende zaken, registergoederen).

Wat betreft de eigendomstoewijzing verandert de kwalificatie als onroerende zaak derhalve niet; diegene die in het scheepsregister als eigenaar geregistreerd staat, is – uiteraard behoudens omissies in de registratie – eigenaar van het teboekgestelde schip.

Wat heeft de kwalificatie als onroerende zaak voor een drijvende opstal tot gevolg? Het doel van dit wetsvoorstel is om schaalvergroting van drijvende bouwwerken mogelijk te maken, bijvoorbeeld meerdere gebouwen op een drijvend platform. Door de drijvende opstal als onroerende zaak aan te merken, behoeft het Burgerlijk Wetboek niet gewijzigd te worden wat betreft de mogelijkheden om beperkte rechten te vestigen. De Boek 5 rechten worden immers op een onroerende zaak gevestigd, waardoor de onroerende drijvende opstal bijvoorbeeld bezwaard kan worden met een recht van erfpacht of een opstalrecht. Dit leidt tot de situatie dat er een eigenaar is van het platform, bijvoorbeeld een gemeente of investeerder, die vervolgens zakelijke rechten – van erfpacht op opstal bijvoorbeeld – uitgeeft ten behoeve van de gebouwen en bouwwerken op het platform.

‘Verkaveling’ van een groot drijvend platform kan geschieden door gebruik te maken van een appartementensplitsing. Hiertoe dient aan art. 5:106 lid BW toegevoegd te worden dat niet alleen het recht op een gebouw (met bijbehorende grond) of een stuk grond (lid 2), maar ook de drijvende opstal gesplitst kan worden in appartementsrechten. Op deze wijze kan de eigendom

gesplitst worden, indien zich bijvoorbeeld meerdere woningen of gebouwen bevinden op een groot drijvend platform, eventueel gecombineerd met verdere ondersplitsingen.

Bij het uitwerken van het eerste deel van deze bijdrage rees echter de vraag in hoeverre het noodzakelijk is om de drijvende opstal als onroerende zaak aan te merken, enkel om gebruik van het goederenrechtelijke instrumentarium mogelijk te maken. Een andere optie is immers om niet de drijvende opstal als onroerend aan te merken, maar het instrumentarium aan te passen om deze niet alleen voor onroerende zaken, maar ook voor andere registergoederen mogelijk te maken.

In het tweede deel van deze bijdrage hebben wij uiteengezet dat een wijziging van Boek 5 van zakelijke rechten naar registergoederenrechtelijke rechten vanuit dogmatisch oogpunt onzes inziens weinig bezwaren oplevert. Men zou zelfs kunnen stellen dat een dergelijke wijziging de systematiek zou verfraaien, omdat de beperking van de Boek 5 rechten juist reeds meerdere gewrongen constructies opgeleverd heeft. En dat het wellicht ook tijd is om te kijken in hoeverre de huidige systematiek van de Boek 5 rechten toekomstbestendig zijn.

Implementatie van *beide* voorstellen, is echter ook een mogelijkheid. Maakt het toevoegen van een nieuwe categorie onroerende zaken aan art. 3:3 lid 1 BW, te weten de drijvende opstal, zijnde teboekgestelde schepen, die naar aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven, en tevens het vergroten van het object van de Boek 5 rechten van onroerende zaken naar alle registergoederen, het Nederlandse registergoederenrecht niet het meest in overeenstemming met de eisen van de tijd?

Het is wellicht niet aan ons, als auteurs, te bepalen wat de beste oplossing is en leggen om die reden hierbij graag deze vraag aan u voor ter discussie. ■

9

INDIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES; WEL OF NIET KADASTRAAL RECHERCHEREN?*

mr. R.R. van der Kooi**

1 INLEIDING

In dit artikel staat de vraag centraal of de notaris – op vergelijkbare wijze als bij directe vastgoedtransacties – ook bij een indirecte vastgoedtransactie kadastrale recherches zou moeten verrichten. Onder een directe vastgoedtransactie versta ik de ‘reguliere’ vastgoedtransactie waarbij door een verkoper vastgoed wordt verkocht en geleverd aan een koper. Onder een indirecte vastgoedtransactie versta ik de transactie waarbij het (aandelen)belang in een rechtspersoon door een verkoper aan een koper wordt overgedragen met als leidend motief het verkrijgen van het economisch belang bij het vastgoed dat wordt gehouden door deze rechtspersoon.¹

* R.R. van der Kooi, ‘Indirecte vastgoedtransacties; wel of niet kadastraal rechercheren’, *WPNR* 2021/7346.

** Ralph van der Kooi is kandidaat-notaris bij Loyens & Loeff N.V. te Amsterdam (ralph.van.der.kooi@loyensloeff.com). Met dank aan prof. mr. F.J. Vonck voor zijn opmerkingen op het concept van dit artikel. Dit artikel is verschenen vanwege Stichting Bachiene Instituut voor Vastgoedrecht, welke stichting onder meer ten doel heeft het bevorderen van voor de praktijk relevant wetenschappelijk onderzoek op het gebied van het vastgoedrecht.

¹ Aan deze twee transactiestructuren wordt in Nederland ook geregeld gerefereerd met de Engelse aanduidingen: ‘share deal’ respectievelijk ‘asset deal’. In dit artikel worden de gangbare Nederlandse begrippen ‘indirecte vastgoedtransactie’ en ‘directe vastgoedtransactie’ gehanteerd.

Een duidelijke trend die de afgelopen jaren zichtbaar is geworden in de commerciële vastgoedmarkt is het groeiend aantal indirecte vastgoedtransacties ten opzichte van het aantal directe vastgoedtransacties. De indirecte vastgoedtransactie is op zich geen nieuw fenomeen. Toch is het belang van deze transactiestructuur de laatste jaren aanzienlijk gestegen onder invloed van de Angelsaksische (M&A) rechtspraktijk die de (grote) transacties in Nederland steeds meer beïnvloedt. Deze trend lijkt te worden versneld door de sterke waardeinstijging van vastgoed over de afgelopen jaren en het gegeven dat juist in een dergelijke opgaande markt de indirecte vastgoedtransactie (als alternatief voor de directe vastgoedtransactie) vanuit fiscaal optiek aantrekkelijk is.²

2. PROBLEEMSTELLING

Voor de juridische effectuering van zowel de directe vastgoedtransactie als ook de indirecte vastgoedtransactie is in beginsel de tussenkomst van een notaris vereist. De levering van aandelen in een (niet-beursgenoteerde) Nederlandse kapitaalvennootschap vereist immers een notariële akte, hetgeen ook geldt voor de levering van registergoederen. De betrokkenheid van de notaris bij zowel directe vastgoedtransacties als indirecte vastgoedtransacties is daarmee een gegeven.

Bij beide type transacties zal in veel gevallen de koopsom (voor de aandelen respectievelijk het vastgoed) door de koper worden voldaan via de kwaliteitsrekening van de notaris. Bij directe vastgoedtransacties volgt deze praktijk uit artikel 7:26 lid 3 Burgerlijk Wetboek, waarin wordt bepaald dat de koopsom ten tijde van ondertekening van de akte tenminste uit de macht van koper moet zijn gebracht.³ De kwaliteitsrekening van de notaris wordt in dat artikel niet met zoveel woorden genoemd, maar blijkt in de praktijk het geëigende

² Zie voor een verdere uiteenzetting van de (fiscale) motivering voor de structureren van een vastgoedtransactie als een indirecte transactie: W.B. Meijer, 'Corporate Real Estate M&A: enkele aandachtspunten bij (vastgoed) M&A-transacties', *WPNR* 2019/7225, p. 84 – 95.

³ Daarbij zij aangetekend dat deze bepaling niet van dwingend recht is.

instrument om invulling te geven aan deze regel.⁴ Voor aandelentransacties bestaat een vergelijkbare rechtsregel weliswaar niet, maar voorziet het gebruik van de kwaliteitsrekening van de notaris desalniettemin in een grote behoefte van de praktijk. Het vertrouwen in het notariaat en de wettelijke bescherming van de notariële kwaliteitsrekening dragen op een belangrijke wijze bij aan de wens tot ‘veilig en gelijk over te steken’.⁵

Nadat in 1981 met het Baarns beslag arrest⁶ abrupt een einde werd gemaakt aan een goed notarieel praktijkgebruik waarin (bij een directe vastgoedtransactie) de koopsom zonder het verrichten van kadastrale (na)recherches aan de verkoper werd betaald, zijn duidelijke beroepsregels uitgevaardigd ten aanzien van het verrichten van kadastrale recherches door de notaris.

Uit artikel 11 van de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 volgt dat bij de levering van registergoederen de notaris een zodanig onderzoek dient in te stellen dat over de rechtstoestand van het registergoed zo min mogelijk onzekerheid bestaat. De notaris dient er daarbij op toe te zien dat de koper het verkochte verkrijgt overeenkomstig de gemaakte afspraken, derhalve (doorgaans) vrij van hypotheek en beslagen. Dit artikel verplicht de notaris tot het doen van kadastrale (her)recherches kort voordat de leveringsakte wordt gepasseerd.

Uit de Beleidsregel tijdstip uitbetaling van gelden volgt dat de notaris verplicht is om bij vastgoedtransacties ook een narecherche te verrichten. Onderdeel van deze narecherche is de raadpleging van de openbare registers na afronding van de transactie met het oogmerk om te onderzoeken of er geen eerder ingeschreven hypotheek, beslagen en leveringen aan de transactie in de weg hebben gestaan. Deze werkwijze van de notaris is inmiddels goed ingeburgerd en wordt in de praktijk breed geaccepteerd.

4 HR 16 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:588, NJB 2021/1326 (*Centavos*), r.o.3.1.3.

5 Zie uitgebreid hierover: T.J. Bos, ‘Gelijk oversteken in het Notariaat’, in: F.W.J.M. Schols en B.C.M. Waaijer (red.), *KNB Preadviezen 2018*, Den Haag: SDU 2018 en L.C.A. Verstappen, ‘Centavos zaak’, *WPNR* 2021/7330.

6 HR 30 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4140, *NJ* 1982/56, m.nt. W.M. Klein (*Baarns beslag, Notaris X/Tan*).

De vraag die nu rijst is of ook bij indirecte vastgoedtransacties kadastrale re-
cherches⁷ dienen te worden verricht. Immers, met een economische bril bezien
zullen de betrokken partijen het notarieel transport (doorgaans) ervaren als
een overdracht van het vastgoed, terwijl aan de andere kant – en bezien met
puur een juridische bril – het onderwerp van de leveringsakte is beperkt tot
de aandelen in de (vastgoed)vennootschap.

Deze vraag kan zowel worden bekeken vanuit de rol – en meer in het bijzon-
der de zorgplicht – van de notaris, als vanuit de (rechts)positie van de koper.
Ten aanzien van het eerste gezichtspunt zal ik in paragraaf 4 betogen dat er
weliswaar verschillende aanwijzingen bestaan dat de notaris in beginsel wél
is gehouden om kadastrale reches te verrichten, maar dat daarvoor een
harde rechtsregel lijkt te ontbreken. Vervolgens zal ik in paragraaf 5 betogen
dat de koper – met artikelen 6:52 BW en 6:55 BW in de hand – in veel gevallen
uiteindelijk de sleutel in handen heeft om af te dwingen dat de verkoper er
genoegen mee neemt dat hij pas betaald krijgt nadat kadastrale narecherches
met een bevredigend resultaat zijn verricht. Voordat ik overga tot de inhou-
delijke behandeling van de vraag zal ik in paragraaf 3 ten behoeve van een
scherpe vraagstelling de problematiek nader afbakenen. In paragraaf 6 zal ik
besluiten met een conclusie.

3. AFBAKENING

In dit artikel worden de volgende uitgangspunten gehanteerd:

- (a) de indirecte vastgoedtransactie betreft de transactie waarbij alle aan-
delen worden overgedragen in een Nederlandse (niet-beursgenoteerde)

7 Met kadastrale reches doel ik in dit artikel op de combinatie van herrecherches (vlak voor
het passeren van de akte) en narecherches (logischerwijs de dag na passeren van de akte). Het
(logische) moment voor het verrichten van narecherches bij een indirecte vastgoedtransactie
verschilt met die van het moment waarop bij directe vastgoedtransactie de narecherches eerst
kunnen worden verricht, omdat in het laatste geval aansluiting moet worden gezocht bij het
moment van inschrijving van de leveringsakte (en niet het moment van passeren).

kapitaalvennootschap (een B.V. of een N.V.), welke vennootschap in Nederland gelegen vastgoed houdt;

- (b) het (indirecte gehouden) vastgoed is voor de betrokken partijen steeds het leidende motief voor het aangaan van de transactie en is mitsdien niet van ondergeschikte aard in het grotere geheel van de transactie;⁸
- (c) in het kader van de transactie vinden verder geen directe rechtshandelingen ten aanzien van het vastgoed plaats (zoals de vestiging van een hypotheekrecht ten behoeve van de verstrekker van externe financiering voor betaling van de koopsom voor de aandelen).

In dit artikel worden verder de (vereisten tot het verrichten van) recherches in het Centraal Insolventieregister, het Curateleregister en het Handelsregister buiten beschouwing gelaten.

4. ROL VAN DE NOTARIS

De notaris voert blijkens het bepaalde in artikel 16 Wna zijn werkzaamheden uit op grond van een overeenkomst tussen hem en zijn cliënt. Dit zal doorgaans een overeenkomst van opdracht zijn in de zin van artikel 7:400 BW, hetgeen de notaris verplicht om bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen.⁹ Voor notarissen wordt deze norm door de Hoge Raad zo uitgelegd dat hij de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot kan worden

8 In bepaalde gevallen zal duidelijk zijn dat het vastgoed het leidende motief is voor de aankoop van de aandelen; daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het geval dat het vastgoed in eerste instantie zelf te koop werd aangeboden en partijen later besluiten de transactie vorm te geven als een indirecte vastgoedtransactie. In andere gevallen zal het evident zijn dat het vastgoed juist van ondergeschikte aard is; bijvoorbeeld in het geval de aandelen in een vennootschap worden verkocht waarin een energiemaatschappij wordt gedreven en welke vennootschap gerechtigd is tot een beperkt aantal opstalrechten voor nutsvoorzieningen. Een scherpe afbakening van dit criterium dat in alle situaties kan worden toegepast is echter niet te geven.

9 Artikel 7:401 BW.

verwacht.¹⁰ Voor de invulling van dit laatste criterium spelen de relevante beroeps- en gedragsregels op hun beurt een belangrijke rol.¹¹

De wijze waarop de notaris conform de toepasselijke beroeps- en gedragsregels dient te handelen vindt zijn basis in artikel 17 lid 1 Wna:

“De notaris oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid.”¹²

Artikel 17 lid 1 Wna kan worden gezien als een kapstokbepaling die op verschillende plaatsen in lagere regelgeving een nadere uitwerking heeft gekregen. Uit de ruime en open formulering van de norm van artikel 17 lid 1 Wna (“de grootst mogelijke zorgvuldigheid”) volgt echter dat deze norm tevens betrekking kan hebben op gevallen die niet een expliciete nadere uitwerking kennen in andere regelgeving. Treffend is in dit kader de annotatie van Luijten bij het arrest van de Hoge Raad van 28 september 1990.¹³ Dit arrest had betrekking op de verplichting die op een notaris rust om de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een vertegenwoordiger van een van de betrokken partijen te controleren. Deze verplichting bleek niet met zoveel woorden uit de tekst van de wet. Ten aanzien van de notariële zorgplicht concludeerde Luijten in dat verband dat “onze tijd een andere dan een louter legistische uitleg kent”.¹⁴

¹⁰ HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1976, *NJ* 1996/607, m.nt. W.M. Kleijn (*Dicky Trading II*) en HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3762, *NJ* 2008/8, r.o. 3.6.2 (*Bospercelen*).

¹¹ J.C.H. Melis / B.C.M. Waaijer, *De Notariswet (druk 9)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/28.2.1. en A.L. van Emden & M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid (Recht en Praktijk nr. CA11)*, 2014/3.1.

¹² Ten aanzien van het handelen van de notaris beschouwt Hoekstra deze regel zelfs als een *lex specialis* van artikel 7:401 BW: T.P. Hoekstra, De opdrachtgever, de notaris en belangen van derden, *Tijdschrift overeenkomst in de rechtspraak* 2018/06, p. 18.

¹³ Dit arrest is overigens nog gewezen onder de oude Wna, waarin in artikel 50c een – naar de letter – minder verstrekkende notariële zorgplicht was opgenomen. Anders dan onder de huidige wettekst, werden in de destijds geldende wettekst de adjectieven ‘grootst mogelijke’ niet gebezigd in relatie tot de zorgplicht van de notaris. Er is derhalve eerder sprake van een uitbreiding dan van een beperking van de notariële zorgplicht sinds dit arrest uit 1990.

¹⁴ HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0095, *NJ* 1991/473, m.nt. E.A.A. Luijten (*Credit Lyonnais Bank / notaris*).

Voor de toepassing van de notariële zorgplicht zal derhalve ook naar andere bronnen dan de geschreven wet- en regelgeving moeten worden gekeken.

Hierna bespreek ik de vraag of een notaris bij een indirecte vastgoedtransactie kadastrale recherches zou moeten verrichten eerst aan de hand van de (geschreven) beroeps- en gedragsregels (paragraaf 4.1). Vervolgens bespreek ik het vraagstuk ook vanuit andere invalshoeken: de notariële praktijk (paragraaf 4.2), de parlementaire geschiedenis van artikelen 2:86 en 2:196 BW (paragraaf 4.3), rechtspraak ten aanzien van de rechercheplicht (paragraaf 4.4) en ten slotte de zorgplicht ten aanzien van de aan de notaris toevertrouwde gelden (paragraaf 4.5). Deze paragraaf sluit ik af met een tussenconclusie (paragraaf 4.6).

4.1 BEROEPS- EN GEDRAGSREGELS

De voor de centrale vraag in dit artikel meest relevante uitwerking van de norm van artikel 17 lid 1 Wna wordt gevonden in artikel 11 lid 1 van de Verordening beroeps- en gedragsregels.¹⁵ Dit artikellid luidt als volgt:

“Bij de levering van registergoederen [...] stelt de notaris een zodanig onderzoek in dat over de rechtstoestand van het registergoed zo min mogelijk onzekerheid bestaat. Eenzelfde verplichting rust op de notaris bij de levering van aandelen op naam [...].”

De rechercheplicht volgt uit de eerste zin van deze bepaling en heeft naar de letter betrekking op de directe vastgoedtransactie. Dat wordt ook bevestigd in de toelichting bij deze bepaling waarin met zoveel woorden is opgenomen dat het onderzoek naar de rechtstoestand van registergoederen in verband met de overdracht een van de kerntaken van het notariaat is en dat de notaris bij overdracht van registergoederen de openbare registers op zodanige wijze en tijdstippen moet raadplegen dat de koper verkrijgt waarop hij recht heeft. A

¹⁵ Dit artikel heeft overigens primair betrekking op kadastrale herrecherches. De vraag naar de verplichting tot het verrichten van kadastrale herrecherches kan natuurlijk wel van belang zijn voor de vraag of eventueel kadastrale narecherches dienen te worden verricht.

contrario zou kunnen worden geconcludeerd dat de rechercheplicht van de notaris geen betrekking heeft op de indirecte vastgoedtransactie.

Ook het doel van de bepaling wijst in de richting dat deze primair voor de directe vastgoedtransactie is geschreven. De bepaling beoogt de rechtszekerheid in brede zin te dienen door te waarborgen dat de openbare registers zo veel mogelijk met correcte en volledige informatie worden gevuld. De notaris vervult ook hier in zekere zin de rol van poortwachter en de bepaling heeft dan ook een dwingendrechtelijk karakter. Dat wil zeggen dat partijen bij een transactie de notaris niet uit zijn rechercheplicht kunnen ontslaan.¹⁶ Bij een indirecte vastgoedtransactie vervult de notaris een dergelijke poortwachtersrol echter niet. Er vindt in het kader van de indirecte vastgoedtransactie immers geen inschrijving plaats van een rechtsfeit in de openbare registers en van een eventuele vervuiling van de openbare registers door de inschrijving van een onjuiste of onvolledige akte kan dan ook geen sprake zijn.

De tweede zin van deze bepaling biedt mogelijk echter wel enig houvast voor het standpunt dat ook bij de indirecte vastgoedtransacties kadastrale recherches zouden moeten plaatsvinden. Deze tweede zin heeft immers betrekking op de levering van aandelen in een kapitaalvennootschap en derhalve ook op de indirecte vastgoedtransactie. Een puur grammaticale lezing van de woorden *‘Eenzelfde verplichting’* zou tot de conclusie leiden dat deze terugverwijzen naar het instellen van *‘een zodanig onderzoek dat over de rechtstoestand van het registergoed zo min mogelijk onzekerheid bestaat’*. Bij een dergelijke lezing zou de notaris gehouden zijn om de rechtstoestand van de registergoederen te onderzoeken die tot het vermogen van de vennootschap behoren waarin aandelen worden overgedragen. Dat zou dan betekenen dat de notaris bij iedere aandelenoverdracht – door onderzoek in de openbare registers – dient na te gaan of er door de vennootschap registergoederen worden gehouden. Indien dit een juiste lezing van deze bepaling is, dan zou dat tot een bevestigend antwoord leiden op de vraag of de notaris bij een indirecte vastgoedtransactie kadastrale recherches dient te verrichten.

¹⁶ Artikel 3 lid 1 Verordening beroeps- en gedragsregels en de toelichting bij artikel 11 lid 1 Verordening beroeps- en gedragsregels

Een dergelijke lezing van deze bepaling lijkt echter niet voor de hand te liggen. In slechts een fractie van de gevallen waarbij aandelen worden geleverd is indirect ook vastgoed betrokken, terwijl de redactie van de bepaling op een meer universele reikwijdte lijkt te duiden en daarmee alle aandelentransacties lijkt te bestrijken. Meer voor de hand lijkt te liggen dat voor ‘*Eenzelfde verplichting*’ dient te worden gelezen ‘*Een vergelijkbare verplichting*’, waarmee dan wordt bedoeld dat de notaris een onderzoek instelt naar de rechtstoestand **van de aandelen**. Meer concreet betekent dit dan dat er recherches worden gedaan op de aandelen die het onderwerp zijn van de transactie, hetgeen ook goed notarieel gebruik is.¹⁷

Op basis van het bovenstaande concludeer ik dat er geen geschreven be- roeps- of gedragsregel bestaan die het verrichten van kadastrale recherches bij indirecte vastgoedtransacties expliciet voorschrijven.

4.2 PRAKTIJKGEBRUIK

Er is voor zover mij bekend geen kwantitatief onderzoek gedaan naar het handelen van de notaris ter zake het kadastraal rechercheren bij indirecte vastgoedtransacties. Mijn persoonlijke observatie is dat notarissen in de praktijk bij indirecte vastgoedtransacties verschillend omgaan met de vraag of al dan niet kadastraal wordt gerechercheerd. Dit lijkt ook mede af te hangen van het ‘type’ notaris dat de transactie begeleidt, waarbij een meer klassieke vastgoednotaris eerder geneigd lijkt te zijn om kadastraal te rechercheren dan een notaris die hoofdzakelijk een ondernemingsrechtelijke praktijk voert. De praktijk geeft derhalve geen eenduidig beeld van het notariële handelen.

Daarbij dient te worden opgemerkt dat, ook indien er een duidelijk notarieel praktijkgebruik zou bestaan waarin kadastrale recherches bij indirecte vastgoedtransacties achterwege blijven, een dergelijk gebruik niet per se doorslaggevend is voor de toepassing van de zorgvuldigheidsnorm van artikel 17 lid 1 Wna. Aan een bestendig praktijkgebruik zou maar zeer beperkte betekenis kunnen worden toegekend. De Hoge Raad bevestigde dit met zoveel woorden

¹⁷ P.P. De Vries, ‘De rol van de notaris bij levering van aandelen in een BV’, *WPNR* 2016/7119, p. 697 - 704.

in zijn arrest (Curaçaose zaak) van 14 juni 2013.¹⁸ In dit arrest stond de vraag centraal of een Curaçaose notaris bij een hypotheekvestiging, naast de destijds gebruikelijk inzage in het zogenaamde E-register van het Curaçaose Kadaster (*repertorium*), ook een inzage in het B-register (*register van inschrijvingen*) diende te verrichten. De Hoge Raad oordeelt dat het bestaande gebruik dat bij een eerste inzage alleen het E-register werd geraadpleegd niet wegneemt dat de notaris had verzuimd te handelen naar de hoge mate van zorgvuldigheid die van hem mocht worden verwacht. De notaris schoot dus tekort in zijn zorgplicht doordat hij had verzuimd het B-register te raadplegen.¹⁹

Het eerder aangehaalde Baarns beslag-arrest is een ander voorbeeld van een geval waarbij de Hoge Raad oordeelde dat een bestendige praktijk – om geen narecherches te verrichten alvorens de koopsom uit te betalen – in strijd was met de zorgvuldigheidsnorm.

Geconcludeerd dient te worden dat er geen praktijkgebruik lijkt te bestaan omtrent het al dan niet kadastraal rechercheren bij indirecte vastgoedtransacties, en dat – zo er al een praktijkgebruik bestaat waarin kadastrale recherches achterwege blijven – daaraan niet al te veel betekenis mag worden gehecht bij de uitleg van de reikwijdte van de notariële zorgplicht.

4.3 PARLEMENTAIRE GESCHIEDENIS 2:86 EN 2:196 BW

Bij het initiële wetsvoorstel dat strekte tot invoering van het huidige BW (destijds aangeduid als het Nieuw BW of ‘NBW’) was – in lijn met de destijds geldende wettelijke regel – geen verplichte tussenkomst van de notaris voorgeschreven bij de levering van aandelen in een vennootschap. Het voorschrift

¹⁸ HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5721, NJ 2013/340 (*B. v. Spaar en Beleenbank van Curaçao*), en eerder: HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0095, NJ 1991/473, m.nt. E.A.A. Luijten (*Credit Lyonnais Bank / notaris*).

¹⁹ In het arrest van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van 9 juni 2020 (ECLI:NL:OGHACMB:2020:157, *NJF* 2020/291) viel het dubbeltje voor een Arubaanse notaris juist de andere (goede) kant op. In dit geval had de notaris het B-register weliswaar geraadpleegd, maar kwam een ingeschreven hypotheek – door een door de notaris niet te constateren fout in de toegangspoort – niet naar boven. Dit viel de notaris niet aan te rekenen en van haar kon ook niet worden verlangd dat zij nog meer had ondernomen.

van de notariële akte is bij amendement uiteindelijk in de wet gekomen (artikelen 2:86 en 2:196 BW). In de toelichting bij dit amendement werd onder andere als argument voor de notariële tussenkomst gegeven dat

“de notaris er door zijn onpartijdigheid op zal kunnen toezien dat beide partijen de verplichtingen die het NBW aan verkopers en kopers oplegt (zie bijvoorbeeld de artikelen 7:9, 7:15 en 7:17), zullen nakomen of zijn nagekomen”.²⁰

Met name de verwijzing naar artikel 7:17 BW (feitelijke conformiteit bij koop) valt in deze opsomming op en lijkt van belang voor de indirecte vastgoedtransactie.

Bij *directe* vastgoedtransacties is de heersende opvatting immers dat de rol van de notaris met name is gericht op artikel 7:15 BW (de juridische conformiteit): aan de koper dient eigendom te worden verschaft vrij van bijzondere lasten en beperkingen. Op grond van het eerder aangehaalde artikel 11 van de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 volgt dat de notaris een onderzoek instelt naar de *rechtstoestand* van het registergoed. Waaijer noemt in dit verband aspecten zoals het bestaan van het registergoed, de overdraagbaarheid, de belasting met beperkte goederenrechtelijke rechten en het bestaan van verbintenisrechtelijke aanspraken van derden.²¹

Ten aanzien de naleving van artikel 7:17 BW (de feitelijke conformiteit) heeft de notaris maar zeer summierlijk een controlerende taak. De associatie bij dit artikel gaat al snel naar de lekkende daken, betonrot en boktorren. In de praktijk zal van de notaris kunnen worden verwacht dat hij aan de koper vraagt of hij het vastgoed nog heeft kunnen bezichtigen en of hetgeen hij daarbij aantrof beantwoordde aan de koopovereenkomst. Een zelfstandige controlerende taak ten aanzien van de feitelijke conformiteit heeft de notaris

²⁰ Kamerstukken II 1991/92, 21155, 17, p. 4.

²¹ J.C.H. Melis / B.C.M. Waaijer, *De Notariswet (druk 9)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/7.2.1.

niet.²² Castermans verwoordde dit ten tijde van de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek zeer beeldend: de notaris hoeft niet zelf het dak op te klimmen of bodemmonsters te nemen, maar hij zal zich wel een beeld moeten vormen van de informatieproblematiek en partijen moeten wijzen op de grenzen van de mededelings- en onderzoeksplicht.²³

Uit de hiervoor genoemde totstandkomingsgeschiedenis van artikelen 2:86 en 2:196 BW – en meer in het bijzonder de verwijzing naar artikel 7:17 BW – zou kunnen worden afgeleid dat bij aandelentransacties echter een ander (ruimer) criterium geldt.

Toepassing van artikel 7:17 BW op indirecte vastgoedtransactie brengt onder andere mee dat de afgeleverde zaak (lees: het aandelenkapitaal in de vennootschap)²⁴ aan de overeenkomst dient te voldoen. Uit de (koop)overeenkomst zal veelal blijken dat onderwerp van deze koop is (de aandelen in) een vennootschap waarin bepaald vastgoed wordt gehouden (dat op het moment van de levering van de aandelen vrij is van hypotheek en beslagen).²⁵ Indien de notaris bij aandelentransacties inderdaad een rol heeft ten aanzien van artikel 7:17 BW (de feitelijke conformiteit), dan zal het logischerwijs ook op het pad van de notaris liggen om erop toe te zien dat verkoper aan zijn verplichting voldoet om aandelen te leveren in een vennootschap die ook daadwerkelijk gerechtigd is tot dat vastgoed. De geëindigde manier voor de

- 22 Hiertegenover zou de tweede volzin van artikel 11 lid 2 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 kunnen worden gezet: “Hij ziet erop toe dat de koper het verkochte verkrijgt overeenkomstig de gemaakte afspraken”. Ik meen echter dat deze verplichting gelezen dient te worden in het verlengde van de hieraan voorafgaande volzin waarin is bepaald dat de notaris in de akte de gegevens opneemt die voor de rechtstoestand van belang zijn. Ook de tweede volzin heeft mijns inziens betrekking op de rechtstoestand en niet de feitelijke toestand. Een dergelijke lezing wordt ondersteund door de toelichting bij deze bepaling: “De notaris is verplicht partijen voor te lichten wanneer omtrent de rechtstoestand onzekerheid bestaat.”
- 23 Geparafraseerd: A.G. Castermans, ‘De makelaar, de notaris en de koop van onroerende zaken’, *WPNR* 1992/6044, p. 273-274.
- 24 Aandelen zijn geen zaken in de zin van artikel 3:2 BW, maar vermogensrechten in de zin van 3:6 BW. Echter, op grond van het bepaalde in artikel 7:47 BW, is artikel 7:17 BW van overeenkomstige toepassing op vermogensrechten voor zover dit in overeenstemming is met de aard van het recht.
- 25 Omwille van de leesbaarheid zal ik in het vervolg van dit artikel niet steeds deze zinsnede “vrij van hypotheek en beslagen” herhalen waar het de leveringsverplichting van verkoper c.q. het onderwerp van de kadastrale recherches betreft.

notaris om dit te doen is het verrichten van kadastrale recherches, op vergelijkbare wijze als bij directe vastgoedtransacties.

Het kan opmerkelijk worden genoemd dat bij aandelentransacties (en derhalve ook bij indirecte vastgoedtransacties) de wetgever wel een expliciete verwijzing naar artikel 7:17 BW heeft gemaakt bij de totstandkoming van de bepaling die de verplichte notariële tussenkomst voorschrijft. Weliswaar gebeurde dit bij amendement en op een moment dat het nieuwe Burgerlijk Wetboek (waaronder artikel 7:17 BW) alleen nog bestond als voorstel van wet, toch kan een dergelijke duidelijke aanwijzing niet geheel worden genegeerd. De toelichting bij het amendement kleurt op zijn minst de context van het handelen dat van de notaris mag worden verwacht. Blijkbaar had de wetgever – bij aandelentransacties – een beeld voor ogen van een behoorlijk ruim takenpakket voor wat betreft de controlerende functie van de notaris.

4.4 RECHTSPRAAK TEN AANZIEN VAN RECHERCHES

In de mij bekende rechtspraak is de vraag of bij een indirecte vastgoedtransactie kadastrale recherches dienen te worden verricht niet expliciet aan de orde gekomen. In de hieronder behandelde arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden uit 2013 en 2014 staat echter een vraag centraal die een grote gelijkenis toont met de centrale vraag uit dit artikel. Het arrest van de Hoge Raad uit 2013 dat ik vervolgens bespreek betrof een andere casus en is in die zin relevant dat het (weliswaar in zeer algemene bewoording) duiding geeft aan de notariële zorgplicht in relatie tot het verrichten van recherches.

Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juli 2013 (tussenarrest)²⁶ en 1 april 2014 (eindarrest)²⁷

In deze arresten stond onder meer de rechercheplicht van een notaris centraal ten aanzien van een zogenaamde positieve / negatieve hypotheekverklaring met betrekking tot een Spaanse villa. Deze verklaring werd afgegeven in een notariële akte houdende schuldbekentenis en overeenkomst van geldlening door een natuurlijk persoon / schuldenaar die enkele dagen na het passeren

²⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5722.

²⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 1 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2722, NJ 2016/296, m.nt. S. Perrick.

van de akte overlijdt. Later blijkt het betreffende vastgoed een appartement te betreffen (geen villa) dat bovendien op naam staat van de geregistreerde partner van de inmiddels overleden schuldenaar, zodat de akte het beoogde rechtgevolg heeft gemist. De notaris had geen recherches naar dit vastgoed in Marbella verricht en kon dat ook niet (althans niet zonder inschakeling van een lokale adviseur) doen nu het in Spanje gelegen vastgoed betrof.

Ten aanzien van de rechercheplicht oordeelde het Hof dat deze niet bestond met betrekking tot de Spaans villa. Daarvoor was in deze zaak doorslaggevend dat het informatie betrof waartoe de Nederlandse notaris geen toegang heeft. Van belang is hier echter met name dat het Hof bij de uitgangspunten van zijn bespreking van de verweren wél een verwijzing maakt naar en citeert uit de arresten van de Hoge Raad van 26 januari 1996 en van 14 juni 2013:

“Deze zorgplicht, die voortvloeit uit de op de notaris rustende verplichting om de zorgvuldigheid te betrachten van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgeenoot behelst, waar het de vervreemding of bezwaring van registergoederen betreft, mede de plicht om een onderzoek in te stellen naar de rechtstoestand van het registergoed, de rechercheplicht.²⁸ De hoge mate van zorgvuldigheid die van de notaris bij een recherche wordt verwacht, brengt mee dat de notaris alle voor hem toegankelijke registers raadpleegt.”²⁹

Het Hof lijkt impliciet te erkennen dat er in beginsel wél een kadastrale rechercheplicht bestaat bij een akte met positieve / negatieve hypotheekverklaring, ondanks het feit dat er in de akte zelf geen bezwaring van het registergoed plaatsvindt. Hier kan een parallel worden gezien met de indirecte vastgoedtransactie, waarbij in de akte ook niet (direct) een rechtshandeling met betrekking tot een registergoed plaatsvindt. Het gegeven dat het in deze zaak een Spaans (en daarmee niet openbaar te raadplegen) register betrof lijkt uiteindelijk doorslaggevend voor de overweging dat in dit specifieke geval geen kadastrale recherche (in Spanje) behoefde te worden verricht. Uit

28 HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2467, NJ 1996/607.

29 HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5721, NJ 2013/340.

de formulering van dit arrest lijkt te kunnen worden afgeleid dat anders was geoordeeld indien het in Nederland gelegen vastgoed had betroffen.

Analoge toepassing van deze conclusie ten aanzien van een akte met positieve / negatieve hypotheekverklaring op een leveringsakte van aandelen bij een indirecte vastgoedtransactie, is een argument voor de stelling dat van de notaris verwacht mag worden dat hij kadastrale recherches verricht bij indirecte vastgoedtransacties.

Hoge Raad 14 juni 2013

Verder is in dit kader van belang het reeds hiervoor (in paragraaf 4.2) aangehaalde arrest over het handelen van het Curaçaose notariaat bij het doen van recherches. In dit arrest herhaalt de Hoge Raad de leer dat op de notaris, uit hoofde van zijn taak bij het verlijden van een akte, een zwaarwegende zorgplicht rust ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen die zijn beoogd met de in die akte opgenomen rechtshandelingen. De Hoge Raad vervolgt dat dit mede betekent dat van de notaris bij een recherche een hoge mate van zorgvuldigheid mag worden verwacht. Deze zorgvuldigheid strekt ertoe dat de notaris alle voor hem toegankelijke registers dient te raadplegen. In deze zaak ging het om een openbaar register dat weliswaar raadpleegbaar was, maar dat in de praktijk door het Curaçaose notariaat gewoonlijk niet werd geraadpleegd.

Het is lastig om dit arrest één op één door te trekken naar indirecte vastgoedtransacties. De overweging van de Hoge Raad heeft immers betrekking op “*in die akte opgenomen rechtshandelingen*” en bij indirecte vastgoedtransacties vinden in de leveringsakte (van de aandelen) geen rechtshandelingen plaats ten aanzien van het vastgoed zelf. Het belang van dit arrest is er evenwel in gelegen dat het aantoont dat de Hoge Raad eerder neigt naar een uitleg van de zorgplicht die strekt tot uitgebreidere recherches dan tot beperkte recherches.

4.5 DE ZORGPLICHT TEN AANZIEN VAN DE AAN DE NOTARIS TOEVERTROUWDE GELDEN

Een antwoord op de (algemene) vraag hoe de notariële zorgplicht zich verhoudt tot de aan de notaris toevertrouwde gelden kan worden gevonden in een arrest van de Hoge Raad uit 2012.

In dit arrest stond de vraag centraal hoever de zorgplicht van de notaris reikt tegenover degene die hem gelden toevertrouwt met een betalingsopdracht waarbij over de inhoud van de opdracht redelijkerwijs twijfel kan bestaan. De Hoge Raad overwoog ten aanzien van de notariële zorgplicht het volgende:

“Gelet op de positie van notarissen in het maatschappelijk verkeer en op het vertrouwen dat zij als zodanig genieten, rust op notarissen, die dienen te handelen als redelijk bewame en redelijk handelende beroepsgenoten, een zwaarwegende zorgplicht jegens degene, die aan de notaris gelden toevertrouwt met de opdracht deze door te betalen indien aan zekere voorwaarden is voldaan. Deze zorgplicht brengt onder meer met zich dat de notaris, voorzover zulks redelijkerwijs mogelijk is en in zoverre van de notaris kan worden geveerd, nadere informatie inwint bij degene die hem gelden heeft toevertrouwd ingeval over de inhoud of strekking van de opdracht redelijkerwijs twijfel kan bestaan.”³⁰

In de praktijk zal bij indirecte vastgoedtransacties aan de notaris niet altijd een expliciete instructie worden gegeven ten aanzien van het (al dan niet) kadastraal rechercheren van het vastgoed dat door de vennootschap wordt gehouden. Als een dergelijke expliciete instructie ontbreekt, dan kan moeilijk worden betoogd dat er redelijkerwijs *geen* twijfel kan bestaan over het moment waarop de koopsom aan de verkoper mag worden betaald (al dan niet na succesvolle kadastrale narecherches). Juist door het gegeven dat er geen bestendig praktijkgebruik in het notariaat lijkt te bestaan ten aanzien van het kadastraal rechercheren bij indirecte vastgoedtransacties (zie paragraaf 4.2), dient te worden geconstateerd dat een dergelijke twijfel juist wél aanwezig is.

³⁰ HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0198, *NJ* 2003/325, m.nt. W.M. Kleijn, r.o. 3-5.1.

Toepassing van deze overweging van de Hoge Raad op indirecte vastgoedtransacties leidt tot de conclusie dat de notaris bij de koper zal moeten vragen wat de strekking van de aan hem verleende opdracht is en aan welke voorwaarden zal moeten zijn voldaan voordat tot uitbetaling van de koopsom wordt overgegaan. Daarbij zal logischerwijs dan ook de vraag moeten worden gesteld of een kadastrale narecherche ten aanzien van het vastgoed van de vennootschap dient te worden verricht voordat de notaris tot uitbetaling van de koopsom overgaat.

Indien de notaris reeds betrokken is in de fase dat nog over de koopovereenkomst wordt onderhandeld, ligt het in de rede dat de notaris dit punt in deze fase actief onder de aandacht van partijen brengt. Partijen kunnen hierover in de koopovereenkomst of de daarmee samenhangende transactiedocumentatie dan meteen afspraken maken.

Indien partijen zich bij de notaris melden nadat de koopovereenkomst reeds tot stand is gekomen – en er geen afspraken zijn gemaakt over het (na)rechercheren van het vastgoed als voorwaarde voor de uitbetaling van de koopsom – dan zal de notaris de vraag naar de reikwijdte van zijn opdracht alsnog op tafel moeten leggen. De belangen van de verkoper en de koper daarbij zijn niet noodzakelijkerwijs dezelfde. Het belang van koper lijkt te zijn gelegen in rechtszekerheid en daarmee in het wél laten plaatsvinden van kadastrale recherches. Dit zal zeker niet in alle gevallen voor verkoper een grote belemmering zijn, en vaak ook als logisch worden ervaren. Het is echter ook goed denkbaar dat er situaties zijn waarin een verkoper er de voorkeur aan geeft dat hij – zonder dat daaraan extra voorwaarden worden gesteld – zo snel als mogelijk de koopsom uitbetaald krijgt. Het is de taak van de notaris om partijen op één lijn te brengen en heldere afspraken vast te leggen teneinde iedere onduidelijkheid hieromtrent te voorkomen.³¹

³¹ De praktijk bedient zich al geregeld van het instrument ‘notarisbrief’ (notary letter): een brief van de notaris aan de betrokken partijen waarin zijn handelwijze rondom de afwikkeling van een transactie wordt beschreven.

4.6 TUSSENCONCLUSIE

Er bestaan geen geschreven beroeps- en gedragsregels noch is er een bestendig praktijkgebruik waaruit blijkt dat een notaris kadastrale recherches zou moeten verrichten bij een indirecte vastgoedtransactie. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de artikelen 2:86 en 2:196 BW kan een dergelijke verplichting mogelijk wel worden afgeleid. De wetgever had daarbij in ieder geval een ruim takenpakket van de notaris voor ogen. Ook uit verschillende rechtspraak valt op te maken dat de rechter eerder een ruimer dan een beperkter takenpakket van de notaris voor ogen heeft. Mocht het voorgaande de notaris niet overtuigen van zijn verplichting tot het verrichten van kadastrale recherches bij indirecte vastgoedtransactie, dan laat het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 2013 er geen twijfel over bestaan dat de notaris deze vraag in ieder geval dient te bespreken met partijen. In de volgende paragraaf zal ik betogen dat, indien partijen daar geen overeenstemming over bereiken, de koper een sterke positie heeft om deze recherches van zijn verkoper af te dwingen.

5. AFDWINGEN VAN RECHERCHES DOOR KOPER

De koper kan met gebruikmaking van het algemene opschortingsrecht uit artikel 6:52 BW van zijn verkoper proberen af te dwingen dat de notaris kadastrale narecherches verricht voordat de koopsom aan de verkoper wordt uitbetaald.³²

Voor de toepasselijkheid van artikel 6:52 BW dient primair aan drie criteria te worden voldaan: (i) een schuldenaar heeft een opeisbare vordering op zijn wederpartij, (ii) er is onzekerheid ten aanzien van de nakoming van de verbintenis door deze wederpartij, en (iii) tussen de verbintenis van de schuldenaar en zijn vordering op de wederpartij bestaat voldoende samenhang om opschorting te rechtvaardigen.

³² Artikel 6:52 BW is van regelend recht. Een beroep op dit artikel is uiteraard niet mogelijk indien partijen de toepasselijkheid van dit wetsartikel hebben uitgesloten.

Ter zake de betaling van de koopsom voor de aandelen kan de koper worden aangemerkt als schuldenaar en de verkoper als schuldeiser. De koper kan betogen dat hij een opeisbare vordering heeft op de verkoper in de vorm van een recht om aandelen geleverd te krijgen in een vennootschap waarin op het moment van het transport bepaalde registergoederen worden gehouden. De samenhang van de vordering en de verbintenis is een gegeven nu deze uit dezelfde overeenkomst voortvloeien (lid 2 van artikel 6:52 BW). Aan de drie kerncriteria uit artikel 6:52 BW die een opschorting tot betaling van de koopprijs rechtvaardigen lijkt te worden voldaan.

Naast deze drie vereisten uit artikel 6:52 BW bestaan er nog bepaalde vereisten in de sfeer van de redelijkheid en billijkheid.³³ In het kader van dit artikel is met name het proportionaliteitsvereiste (als vierde vereiste) nog van belang.³⁴ De toepasselijkheid van het proportionaliteitsvereiste op artikel 6:52 BW wordt algemeen aanvaard, hoewel er discussie bestaat over de wettelijke grondslag.³⁵ Het proportionaliteitsvereiste kan op twee manieren toepassing vinden: enerzijds dient de mate van opschorting in verhouding te staan tot de mogelijke niet-nakoming; anderzijds zijn er soms ook verplichtingen die van zo ondergeschikte betekenis zijn, dat deze in het geheel een opschorting niet rechtvaardigen.³⁶ Met name dit laatste aspect is hier van belang.

Ten aanzien van het proportionaliteitsvereiste is minder evident (en meer casus-afhankelijk) of hieraan wordt voldaan. Het ligt in de rede dat de opschorting in ieder geval proportioneel zal zijn en een algehele opschorting rechtvaardigt indien de opeisbare vordering (ik noem dit gemakshalve even 'kernprestatie') zo kan worden uitgelegd dat deze zich – naast het recht om de aandelen geleverd te krijgen – tevens uitstrekt tot het onderliggende vastgoed.

33 C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten; Vereisten voor het opschortingsrecht* (Monografieën BW, deel B32b), Deventer: Kluwer 2013/8.2.

34 Een ander voorbeeld (in deze context minder van belang) is het vereiste om eerst gemotiveerd mededeling te doen van het voornemen tot opschorting voordat daadwerkelijk tot opschorting wordt overgegaan.

35 Deze wordt een enkele keer gezien als uitvloeisel van artikel 6:2 BW (redelijkheid en billijkheid bij verbintenissen), een andere keer bepleit door analogische toepassing van het proportionaliteitsvereiste dat van toepassing is op 6:252 BW, en weer door een ander afgeleid uit de gebezigde formulering in artikel 6:52 BW (*deze opschorting*).

36 C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten; Vereisten voor het opschortingsrecht* (Monografieën BW, deel B32b), Deventer: Kluwer 2013/23.1

Dit is een kwestie van uitleg van de prestatie die de verkoper op de leveringsdatum moet leveren uit hoofde van de desbetreffende koopovereenkomst. In bepaalde gevallen zal de tekst van de koopovereenkomst hier zelf duidelijkheid over verschaffen. Denkbaar is bijvoorbeeld het geval dat het vastgoed wordt genoemd in de omschrijving van het verkochte zelf. Ook denkbaar is het geval dat de koopovereenkomst voorziet in een heldere omschrijving van de verplichtingen van de verkoper op de leveringsdatum en dat deze verplichtingen tevens omvatten de verplichting om het ertoe te leiden dat het betreffende vastgoed (onbezwaard en onbeslagen) door de vennootschap wordt gehouden ten tijde van de levering van de aandelen. In dergelijke gevallen strekt de ‘kernprestatie’ zich tevens uit over het onderliggende vastgoed en staat het proportionaliteitsvereiste mijns inziens niet in de weg aan de opschorting.

In andere gevallen zal echter minder evident zijn of de ‘kernprestatie’ zich tevens uitstrekt tot het vastgoed en of aldus aan het proportionaliteitsvereiste wordt voldaan. Niet ongebruikelijk is bijvoorbeeld de koopovereenkomst waarin door de verkoper weliswaar bepaalde garanties worden verstrekt ten aanzien van het vastgoed dat door de vennootschap wordt gehouden, maar waarbij dit vastgoed niet specifiek wordt genoemd als onderdeel van het verkochte of wordt genoemd in het kader van de leveringsverplichting van verkoper. Vaak zal in dergelijke gevallen ook een specifiek (contractueel) regime van toepassing zijn op de afwikkeling van inbreuken op garanties, hetgeen kan worden uitgelegd als een (impliciete) uitsluiting van artikel 6:52 BW ten aanzien van (mogelijke) inbreuken op garanties. In deze gevallen en andere minder evidente gevallen zal het uiteindelijk aankomen op een uitleg van de koopovereenkomst of een opschorting in de gegeven context de toets van proportionaliteit doorstaat. Dit laat natuurlijk onverlet dat een koper in redelijkheid wél steeds zal kunnen betogen dat hem een beroep op artikel 6:52 BW toekomt.

Een beroep op artikel 6:52 BW bij indirecte vastgoedtransacties zou door een koper als volgt kunnen worden ingekleed. De koper zal vereisen dat overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:55 BW voldoende zekerheid wordt gesteld voordat hij de koopsom aan de verkoper betaalt. Deze zekerheid kan de vorm

krijgen door het storten van de koopsom op de kwaliteitsrekening van de notaris onder het maken van de afspraak dat de uitbetaling pas plaatsvindt nadat uit kadastrale narecherches is gebleken dat de vennootschap op het moment van de levering van de aandelen gerechtigd was tot de overeengekomen registergoederen. Feitelijk wordt dan aangesloten bij het systeem (van veilig en gelijk oversteken) dat wordt gehanteerd bij directe vastgoedtransacties.³⁷ Dat het houden van een bedrag in depot op een notariële kwaliteitsrekening afdoende zekerheid verschaft als bedoeld in artikel 6:55 BW blijkt uit het arrest van het Hof Den Haag van 30 juni 2015.³⁸ In dit arrest stond weliswaar niet het zekerheids criterium uit artikel 6:55 BW centraal, maar het overeenkomstige begrip uit artikel 705 lid 2 RV. Algemeen wordt aangenomen dat dezelfde uitleg van toepassing is op de begrippen ‘zekerheid’ uit artikelen 705 lid 2 RV, 6:51 lid 1 BW en 6:55 BW.³⁹

6. CONCLUSIE

De vraag of ter gelegenheid van een indirecte vastgoedtransactie kadastrale recherches dienen te worden verricht, kan zowel worden bekeken vanuit de

37 In dit kader doet zich overigens wél een interessant verschil tussen directe en indirecte vastgoedtransacties voor indien uit de narecherches een beslag zou blijken. Als bij een directe vastgoedtransactie blijkt dat rechtsgeldig beslag is gelegd op het vastgoed, dan lijdt de koper in beginsel schade ter grootte van een bedrag dat gelijk is aan de vordering van de beslaglegger op de verkoper. Het is voor iedere notaris duidelijk dat hij (een deel van) de koopsom niet zal mogen uitkeren aan de verkoper totdat dit beslag is opgeheven. Bij een indirecte vastgoedtransactie ligt dit anders. Als het beslag is gelegd door een aan koper bekende schuldeiser van de vennootschap en de schuld ter zake waarvan het beslag is gelegd reeds is verdisconteerd in de koopsom voor de aandelen, dan is in die zin de schade relatief beperkt. Deze schuld was immers bekend en was (indirect) door koper overgenomen. Daarvoor kreeg de koper ook een korting op de koopsom voor de aandelen. Echter, de koper lijdt in die zin wél schade dat het beslag moet worden opgeheven en daar kosten voor zullen moeten worden gemaakt. Dit verschil gaat verder de reikwijdte van dit artikel te buiten en laat ik hier dan verder ook buiten beschouwing.

38 Hof Den Haag 30 juni 2015, ECLI:NLGHDHA:2015:1992.

39 Zie o.m. Rb. Limburg 24 December 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:11004; H.J.S.M. Langbroek, ‘Wanneer is zekerheid voldoende?’, *Beslag en executie in de rechtspraak*, 2017(1) 22; de noot van E.A.L. van Emden en L. Schuurs bij Hof Arnhem-Leeuwarden 11 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5954.

zorgplicht van de notaris, als vanuit de juridische positie van de koper. Hoewel dit niet expliciet uit notariële regelgeving of rechtspraak blijkt, wijst veel erop dat de notaris – in het licht van de hoge mate van zorgvuldigheid die van hem wordt verwacht – dergelijke recherches eerder wel dan niet zal moeten verrichten. Indien de koopsom via zijn kwaliteitsrekening wordt voldaan, dan zal de notaris dit in ieder geval met partijen moeten bespreken. Indien verkoper niet akkoord gaat met opschorting van de uitbetaling tot het moment van de narecherches, dan zal de koper zich in bepaalde gevallen redelijkerwijs op het standpunt kunnen stellen dat hij dit kan afdwingen onder verwijzing naar zijn opschortingsbevoegdheid uit hoofde van artikel 6:52 BW. ■

10



EEN HALVE EEUW NADENKEN OVER HYPOTHECAIRE FINANCIERING*

prof. mr. A.A. van Velten**

1. INLEIDING

Onlangs bestond de Stichting Fundatie Bachiene vijftig jaar, een jubileum dat tot op heden aan de buitenwacht ongemerkt is voorbijgegaan.

De Stichting Fundatie Bachiene, maar ook de vroegere Vereniging van Directeuren van Hypotheekbanken en de Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken, alsmede de door deze drie instellingen uitgegeven wetenschappelijke en praktijkgerichte publicaties, zijn immers tegenwoordig voor de meeste bankjuristen en notarissen onbekende fenomenen.

Deze onbekendheid vindt zijn oorzaak vooral in de omstandigheid dat het begrip (zelfstandige) hypotheekbank in ons land vrijwel is verdwenen en de verstrekking van hypothecaire leningen in deze tijd slechts een klein onderdeel van alle bancaire activiteiten is. Toch betreft het nog steeds een specialisme dat veel bijzondere kennis vereist, zowel van banken als van de daarbij betrokken juristen, in het bijzonder van notarissen.

* A.A. van Velten, 'Een halve eeuw nadenken over hypothecaire financiering', in: T.M. Berkhout en A.A. van Velten (red.), *Vastgoedfinanciering in woelige tijden*, Amsterdam: Stichting Fundatie Bachiene 2012, p. 7-13.

** Emeritus hoogleraar vastgoedrecht VU Amsterdam.

Omdat de Vereniging van Hypotheekbanken door deze ontwikkelingen inmiddels ten onder is gegaan heeft de Stichting Fundatie Bachiene gemeend de activiteiten van deze vereniging te moeten voortzetten, opdat de in het verleden opgedane kennis inzake hypothecaire financiering en executie door hypotheekbanken niet verloren gaat.

Hierna volgt een korte toelichting op de in het verleden verrichte werkzaamheden van genoemde twee verenigingen en de door de Stichting Fundatie Bachiene voortgezette activiteiten, waarbij eerst de doeleinden en activiteiten van deze stichting kort worden belicht.

2. DE OPRICHTING VAN DE FUNDATIE BACHIE NE

De oorspronkelijk te Utrecht gevestigde stichting Fundatie Bachiene is op 17 mei 1961 opgericht ter gelegenheid van een jubileum van de toemalige Utrechtsche Hypotheekbank, welke bank later zou opgaan in de Westland Utrecht Hypotheekbank. De officiële naam van de stichting luidde dan ook: ‘Fundatie Bachiene, Jubileumstichting der Utrechtsche Hypotheekbank’.

De stichting was genoemd naar Philip J. Bachiene (1814-1881), die beschouwd kan worden als de grondlegger van het Nederlandse hypotheekbankwezen. De door hem in 1861 gestichte Nationale Hypotheekbank was de eerste van een reeks die ooit een vijftigtal hypotheekbanken omvatte.

In 1981 is de plaats van vestiging van de stichting verplaatst naar Amsterdam en werden de statuten geheel opnieuw vastgesteld.

Het doel van de stichting werd in artikel 2 van de statuten uit 1981 omschreven als ‘het stimuleren van publicaties en andere werkzaamheden van wetenschappelijke aard betrekking hebbende op het onroerend goed en op al hetgeen dat met het onroerend goed verband houdt in ruime zin, in het bijzonder die aspecten van het notarisambt, welke ten opzichte van het onroerende goed van belang zijn, alsmede de verhoging van het peil van de kennis van onroerend goed als beleggingsmedium of financieringsobject’.

Terwijl dit doel zowel volgens artikel 3 van de statuten van 1961 als die van 1981 diende te worden bereikt door:

- a. het verlenen van geldelijke bijdragen;*
- b. het ter beschikking stellen van een penning als bewijs van waardering voor publicaties en/of werkzaamheden als bedoeld in artikel 2;*
- c. alle andere wettige middelen.'*

Het bestuur van de stichting berustte destijds bij een uit drie leden bestaand curatorium, alsmede een uit één persoon bestaande directie.

In het curatorium hadden volgens de statuten van 1981 zitting:

1. een door het hoofdbestuur van de Koninklijke Notariële Broederschap in Nederland aan te wijzen notaris, bij voorkeur een lid of oud-lid van dat hoofdbestuur;
2. een hoogleraar in het privaatrecht, internationaal privaatrecht en/of notarieel recht aan een Nederlandse universiteit of hogeschool;
3. een lid van de te 's-Gravenhage gevestigde vereniging Nederlands Instituut voor Ruimtelijke Ordening en Volkshuisvesting, door het dagelijks bestuur van die vereniging aan te wijzen.

De functie van directeur werd vervuld door de directiesecretaris van de Westland Utrecht Hypotheekbank, wiens (bescheiden) werkzaamheden niet ten laste van de stichting kwamen. Voorzitter was de Amsterdamse notaris J.W. Groen.

3. AANPASSING VAN DE STATUTEN

Bij de statutenwijziging van 1991 werd het doel gehandhaafd, maar bestond het bestuur (curatorium) voortaan uit de volgende personen:

1. een door het hoofdbestuur van de Koninklijke Notariële Broederschap in Nederland aan te wijzen notaris, bij voorkeur een lid of oud-lid van dat hoofdbestuur;
2. een hoogleraar in het privaatrecht, internationaal privaatrecht en/of notarieel recht aan een Nederlandse universiteit of hogeschool;

3. een lid van de te 's-Gravenhage gevestigde vereniging Vereniging voor Bouwrecht, door het dagelijks bestuur van die vereniging aan te wijzen; waarbij de onder 2 genoemde curator werd benoemd door de president-commissaris van de Westland Utrecht Hypotheekbank.

Later werden deze criteria voor benoeming opnieuw gewijzigd:

1. één curator werd benoemd door het bestuur van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie te 's-Gravenhage; uitsluitend notarissen waren als curator benoembaar, bij voorkeur oud-leden van genoemd bestuur;
2. één curator werd benoemd door Raad van Onroerende Zaken te 's-Gravenhage;
3. één curator werd benoemd door het dagelijks bestuur van de te 's-Gravenhage gevestigde Vereniging voor Bouwrecht; uitsluitend leden van deze vereniging waren als curator benoembaar.

De functie van directeur werd afgeschaft.

4. DE NEDERLANDSE VERENIGING VAN HYPOTHEEKBANKEN

Zoals hierna zal blijken, kan de Fundatie Bachiene niet los worden gezien van de te 's-Gravenhage gevestigde Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken (NVH), als voortzetting van de in 1906 opgerichte Vereeniging van Directeuren van Hypotheekbanken.

Beide verenigingen beschikten over een in 1910 ontworpen 'vakwapen' – bestaande uit een gekroond schild gevormd door een muur (links) en een aantal gouden munten (rechts), geflankeerd door een beer met halsketting (de schuld) en een rode haan (de assurantie) – alsmede de spreuk *Fide sed cui vide* ('schenk vertrouwen maar bezie aan wie vertrouwen geschonken wordt'). De leden van de laatstgenoemde vereniging waren in eerste instantie de directeuren van een aantal in ons land gevestigde hypotheekbanken, later rechtspersonen of andere samenwerkingsvormen die als hypotheekbank waren ingeschreven bij de Nederlandse Bank.

Beide verenigingen hadden ten doel onder andere om de belangen van het hypotheekbankwezen voor te staan. Door het grote aantal hypotheekbanken was dit een bloeiende vorm van samenwerking, die er vooral naar streefde het instituut ‘pandbrief’ als instrument van financiering te waarborgen. Ook werden wetenschappelijke uitgaven verzorgd, onder andere twee bundels ter gelegenheid van het 75- resp. 85-jarig bestaan.

De NVH ging echter feitelijk ten onder toen op 1 januari 1993 in ons land het onderscheid tussen hypotheek- en handelsbanken werd opgeheven door de inwerkingtreding van de *Wet toezicht kredietwezen 1992* en doordat in die tijd vrijwel alle leden-hypotheekbanken opgingen in of werden overgenomen door gewone bankinstellingen.

5. OVERNAME VAN DE ACTIVITEITEN

Nadat de NVH nog enige tijd een slapend bestaan had geleid, waarbij haar taken grotendeels waren overgedragen aan de Nederlandse Vereniging van Banken, werd in 2009 besloten de NVH op te heffen en het vermogen over te dragen aan de Stichting Fundatie Bachiene, die daarover eerder al het beheer had gevoerd, waarbij de NVH een extra directie-lid van de stichting had aangewezen. De stichtingsstatuten werden aangepast in die zin dat de Stichting Fundatie Bachiene tevens ten doel kreeg het behartigen van de belangen van de voormalige leden van de ontbonden Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken. Sedertdien heeft de stichting ten doel:

1. het stimuleren van publicaties en andere werkzaamheden van wetenschappelijke – praktijkgerichte – en promotionele aard, betrekking hebbende op onroerende en andere registergoederen en op al hetgeen dat met onroerende en andere registergoederen verband houdt in ruime zin, in het bijzonder die aspecten van het notarisambt, welke ten opzichte van onroerende en andere registergoederen van belang zijn;
2. de verhoging van het peil van kennis van onroerende goederen als beleggingsmiddel, of financieringsobject;
3. het behartigen van de belangen van de voormalige leden van de (ontbonden) Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken.

Voorts werd het curatorium uitgebreid met een vierde lid, te benoemen door de Westland Utrecht Hypotheekbank, of door haar rechtsopvolger; deze curator wordt geacht de hypotheekbankinstellingen binnen het curatorium te vertegenwoordigen.

Het bestuur (curatorium) van de Stichting Fundatie Bachiene bestaat thans uit de volgende vier leden:

- mr. K.E.J. Dijk, aangewezen door de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (voorzitter);
- mr. A. MacLean, aangewezen door de Westland Utrecht Hypotheekbank (secretaris);
- prof. dr. T.M. Berkhout, aangewezen door de Raad van Onroerende Zaken;
- prof. mr. A.A. van Velten, aangewezen door de Vereniging voor Bouwrecht.

6. DE BACHIENE-REEKS

Toen de gelden van de NVH onder beheer kwamen van de Fundatie Bachiene besloot het bestuur van deze stichting de door de NVH in het verleden uitgegeven wetenschappelijke publicaties een vervolg te geven in de vorm van een serie opstellen onder de naam 'Bachiene-reeks'.

Voor publicatie kwamen in aanmerking:

- afstudeerscripties;
- proefschriften;
- uitgewerkte opstellen e.d.;

mits deze als onderwerp zouden hebben een juridische, notariële, economische of andere wetenschappelijke, doch praktijkgerichte benadering van het fenomeen onroerende zaak als beleggingsmedium of financieringsobject.

Het stichtingsbestuur liet daarbij weten open te staan voor voorstellen en verzoeken om bijdragen van en door een ieder die in de hierboven bedoelde zin daarvoor in aanmerking dacht te komen. Hierbij behield het stichtings-

bestuur zich het uiteindelijk selectierecht voor. Het stichtingsbestuur kon daarnaast ook op eigen initiatief scribenten uitnodigen.

Het eerste deeltje van de nieuwe reeks verscheen in 1997 en dit betrof de afstudeerscriptie van M. Kremer over de Zwitserse Schuldbrief als voorbeeld voor een mogelijke Eurohypotheek.

Het tweede deeltje bevatte de resultaten van een onderzoek inzake *property benchmarking*.

Het derde deel verscheen in 1999 onder de naam *Grensoverschrijdende hypothecaire kredietverlening* en dit betrof een bundeling van de voordrachten gehouden tijdens een door de Europese Rechtsakademie in Den Haag gehouden internationaal congres.

In de volgende jaren verschenen geen nieuwe deeltjes, maar wel werden elders uitgegeven publicaties en diverse onderzoeksprojecten, veelal leidende tot proefschriften, alsmede congressen en symposia op het gebied van vastgoed alsmede de financiering en waardering daarvan financieel gesteund.

In 2010 werd naar aanleiding van het vijftig jarig bestaan van de stichting besloten de reeks voort te zetten met de uitgave van deze jubileum-bundel. ■

LITERATUUR

Over het hypotheekwezen en hypothecaire financiering thans en in de voorgaande twee eeuwen is veel gepubliceerd.

Een selectie:

- Bachiene, P.J. (1855). *Over eene Nederlandse Hypotheekbank*. 's-Gravenhage.
- Berkhout, T.M. (2002). *Fiscaal afschrijven op vastgoed* (diss. UvA). Naarden.
- Berkhout, T.M. & R. Jeurissen (2009). *Net werken en netwerken. Onderzoek naar percepties van integriteit in de Nederlandse vastgoedsector*. Breukelen.*

* Uitgegeven met financiële steun van de Stichting Fundatie Bachiene.

- Burgert, R., J.L. Bouma & H. Visser, red. (1981). *75 Jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken*. 's-Gravenhage.
- Christmann, H.G.F. (1903). *Inrichting en werking van hypotheekbanken* (diss. UvA). Amsterdam.
- Collignon, P.C.J. (1987). *De Hypotheekbanken verliezen hun onafhankelijkheid*. Rotterdam.
- Herman, A. (1914). *Het karakter van ons hypotheekrecht historisch beschouwd* (diss. UvA). Amsterdam.
- Hoog, Th.A. (1986). *Over de oorsprong van de Nederlandse Hypotheekbanken*. Amsterdam.*
- Jaarboekjes van de Vereeniging van Directeuren van Hypotheekbanken.
- Janssens, E.A. (1992). *Hypotheekbanken, een verdwijnend verschijnsel?* Amsterdam.*
- Koelewijn, J. (1987). Het einde der zelfstandige hypotheekbanken. *NIBB-reeks*. Amsterdam.
- Velten, A.A. van, J.F. Visser, D.C. Hannema & M.H.G. Rempt, red. (1991). *85 Jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken*. Deventer.*
- Vliet, C.D. van (1939). *Het Nederlandsche Hypotheekbankwezen*. Amsterdam.
- Voûte, J.R. (1989). Hypotheekbanken vroeger en nu. *Bank- en Effectenbedrijf, deel 27*. Amsterdam.
- Wilde, J. de (1977). In de bundel *Spiegel van onroerend goed*. Deventer.

* Uitgegeven met financiële steun van de Stichting Fundatie Bachiene.

BACHIENE INSTITUUT

VOOR VASTGOEDRECHT



Philip J. Bachiene (1814-1881) is de grondlegger van het Nederlandse hypotheekbankwezen. De door hem in 1861 gestichte Nationale Hypotheekbank was de eerste in een reeks die ooit een vijftigtal hypotheekbanken omvatte. De plaats van vastgoed in de samenleving heeft zich sinds die tijd verbijzonderd in tal van – wetenschappelijke – disciplines. Het is deze man aan wie de stichting haar naam ontleent en het is de visie van deze man die tot de dag van vandaag het bestuur van de stichting motiveert.

BACHIENE-REEKS

Deze door Stichting Bachiene Instituut voor Vastgoedrecht uitgegeven reeks bestaat uit opstellen op het gebied van het vastgoedrecht, met een duidelijke link naar vraagstukken die zich in de vastgoedpraktijk voordoen.

Deze bundel verschijnt als deel 6 in de reeks, ter gelegenheid van het oprichtingsseminar van het Bachiene Instituut voor Vastgoedrecht. Zij bevat de publicaties die in de aanloop naar dit seminar zijn verschenen.

Met dit seminar en met deze bundel wil het Instituut een bijdrage leveren aan het rechtswetenschappelijk onderzoek op het terrein van fundamentele, voor de complexe vastgoedpraktijk relevante thema's.

