

## **HC 9, 07-05-2018, Registergoederenrecht**

### ***Verkrijging door verjaring (vervolg) en Overheidsprivaatrecht***

We hebben de bezitsvereisten besproken, maar ook van belang is de vraag of zo'n bezitter wel of niet te goeder trouw is. Wanneer dit wel zo is, dan ben je na 10 jaar eigenaar, bij niet te goeder trouw hangt het er van af of je 20 jaar in het bezit van een stuk grond bent geweest, pas dan word je namelijk eigenaar.

### **Goede trouw**

Goede trouw is geregeld in de artikelen 3:118 jo. 3:11 en 3:23 BW. Je kunt uitsluitend te goeder trouw zijn als je je kunt beroepen op een ingeschreven aankomsttitel. Op het moment dat je zelf een schutting gaat verplaatsen en zo andermans grond in bezit neemt dan kun je nog zo goed je best gedaan hebben door op de kadastrale kaarten te kijken, klopt het niet dan ben je niet te goeder trouw.

Goede trouw kan beginnen doordat je een akte laat inschrijven bij de notaris. Dit gaat nog wel eens mis, maar zelfs dan kan je nog te goeder trouw zijn.

*HR 5 februari 2010, NJ 2010, 294* ging over een man die al zijn burens een erfdiensbaaheid had gegeven, maar bij de akte was er 1 buur vergeten op te nemen terwijl de handtekening en naam van die buur wel in de akte stond. De erfdiensbaaheid was dus niet ontstaan voor dat ene erf. De mensen die er woonden zijn er echter wel naar gaan handelen en zo kun je best bezitter te goeder trouw zijn geworden volgens de Hoge Raad. Net als het geval dat een notaris vergeet om in te schrijven. Mensen controleren dit normaal ook niet na het passeren van de akte. Als persoon verwacht je dat de notaris dit namelijk goed doet, het is zijn werk tenslotte. Je kunt dan dus ook gerust te goeder trouw zijn.

Een tweede belangrijk punt is dat met de raadpleging van de registers die in art. 3:23 BW gemeld worden, bedoeld worden de openbare registers. Nu wordt het wel ingewikkeld, want dit art. 3:23 BW spreekt dus ook van de zogenoemde raadpleging. Maar hoe doe je dat nu, dat 'raadplegen'? Je gaat naar [kadaster.nl](http://kadaster.nl) en dan moet je inloggen. En nu? Dan ben je ingelogd. Nu ga je naar [kadaster-online.nl](http://kadaster-online.nl) Je kunt zoeken op een aantal dingen, maar waar moet je nu precies op zoeken? Je zoekt nu op adres, maar je komt zo niet in de openbare registers, maar in de basisregistratie kadaster! Als je op brondocument gaat zoeken dan ga je wel naar de openbare registers. Als je al geen kadastrale aanduiding kent, hoe kom je dan in hemelsnaam bij het deel en het volgnummer terecht? De openbare registers worden dus ontsloten via de basisregistratie kadaster. Het kan dus zijn dat er dingen zijn die wel zijn ingeschreven in de openbare registers, maar die je niet kunt vinden, omdat de basisregistratie kadaster daar geen toegang tot verleent.

Het schoolvoorbeeld hierbij is de inschrijving van een schip. Het kadaster komt naar het schip toe om er een plaatje op te plakken, de kadastrale aanduiding. Aan dit nummer kun je zien wat de kadastrale aanduiding is en dan kun je op de website op brandmerk zoeken. Op basis daarvan kun je toegang krijgen tot de openbare registers. Maar de eerste de beste die besluit om het plaatje er af te halen zorgt ervoor dat je niet meer kunt zien of het schip te boek is gesteld. Als je dat schip wilt kopen laat je het leveren door feitelijke levering, je hebt geen enkele reden om te zoeken in de openbare registers, want er zat geen plaatje op het schip van teboekstelling. Ook zou het dan een helse onderneming worden om zoiets nog terug te vinden. Je kunt het alleen kennen als het een beetje simpel toegankelijk is. Als het ook nog gaat om een schip dat niet te boek gesteld hoeft te zijn dan ga je er al helemaal niet van uit dat

het schip is ingeschreven. Art. 3:23 BW verlangt niet meer dan raadpleging en dat wil zeggen dat er een zekere toegankelijkheid van het stuk moet zijn. Art. 3:23 BW hoeft dus niet aan de goede trouw in de weg te staan, want dit artikel veronderstelt dat dat raadplegen ook mogelijk is.

Het kan ook nog zo zijn dat er een zaak verhypothekend was en dit was ingeschreven in de openbare registers, maar bij het kadaster hadden ze vergeten dit openbaar te maken in de basisregistratie kadaster. Kun je dan te goeder trouw zijn ter zake van het ontbreken van de hypotheek? Want er was nog een bank die hypotheek wilde vestigen, kun je dan te goeder trouw zijn ter zake van het vestigen van de eerste hypotheek? Ja, dit kan, want als je onwijs goed je best had gedaan had je hem misschien wel gevonden na 3 weken zoeken, maar dit is niet te verwachten van iemand, want je moet alleen door *raadpleging* van de registers bekend kunnen zijn met het ingeschreven stuk.

Een belangrijk discussiepunt betreft de raadpleging van de kadastrale kaart. Ook hiervan geldt dat hij geen deel uitmaakt van de openbare registers, dus dit maakt ook geen deel uit van art. 3:23 BW. Art. 3:23 BW veronderstelt dat je de openbare registers hebt geraadpleegd, maar het artikel gaat niet om de kadastrale kaart.

*HR 20 februari 1987, NJ 1987, 1002 m.nt. WMK (Goedhart/Van den Berg):* In deze casus was het echter wel heel erg. Het ging hier om een heel groot perceel en dit stuk grond was door Van den Berg gekocht en in zijn leveringsakte gepasseerd in 1952 was deze onroerende zaak vermeld. Zijn rechtsvoorganger had ook een grote landtong in gebruik, dit was niet van haar, maar wel van haar man voor 1/16 gedeelte. In de leveringsakte stond alleen dat andere perceel, het perceel wat echt van haar was. Meneer van den Berg ging echter ook die landtong in gebruik nemen. Meneer Goedhart had die landtong van de man van mevrouw Van der Meij geleverd gekregen en hij vond het maar niks dat Van den Berg dat stuk grond gebruikte. Bij het kijken naar de akte klopte dit inderdaad dat het niet was overgedragen. Het was echter wel in bezit genomen en meneer Van de Berg zegt ook dat hij te goeder trouw was. Meneer Goedhart vond dit echter heel dom, want bij het kijken op de kadastrale kaart zou je dit zo kunnen zien, maar de Hoge Raad zegt dat dit niet hoeft, je hoeft alleen te kijken in de openbare registers, dus van den Berg was ook bezitter te goeder trouw geworden van deze complete landtong. Dus zelfs bij zulke lappen grond kon meneer Van den Berg gewoon te goeder trouw zijn. Om te zeggen dat hij niet te goeder trouw was, moest dit uit iets anders voortspuiten, het moest hem verteld zijn of moest blijken dat hij de kadastrale kaart wel had bekeken, maar het enkele feit dat uit de kadastrale kaart blijkt dat dat stuk er niet bij hoort, dat maakt je niet *niet* te goeder trouw. Eens te goeder trouw altijd te goeder trouw, dit is een onweerlegbaar vermoeden.

### **Art. 3:23 BW**

Wat heb je nu aan dat te goeder trouw zijn? Goeder trouw is geen zelfstandige grondslag voor enig rechtsgevolg. Bij enkel toepassing van art. 3:11 BW of 3:23 BW heb je op zichzelf nog niks, het werkt alleen in combinatie met wat anders, bijv. met 10 jaar lang bezit. Daar is goede trouw een onderdeel van. Dus ook als jij een schip koopt dat te boek gesteld is en jij weet dat niet en er wordt geleverd, ben je dan eigenaar? Nee, je bent bezitter te goeder trouw en dan gaat de verjaringstermijn van start. Hetzelfde gebeurt als het kadaster een akte niet goed heeft openbaar gesteld. En er wordt nog een akte ingeschreven en diegene is ervan overtuigd dat hij 1e gerechtigde is op de hypotheek. Is hij dat ook? Nee, want eerst moet de verjaringstermijn uit zijn gezeten voordat hij iets krijgt. Van belang was dat die mensen ervan uit gingen dat hun akte was ingeschreven in de openbare registers. Art. 3:23 BW veronderstelt dat je de akte daarvoor raadpleegt dus voorafgaand aan jouw eigen verkrijging en dus niet dat je kijkt nadat jouw akte is ingeschreven.

Er is geen goede trouw wanneer men zich beroept op de onbekendheid met feiten die uit de registers kenbaar zijn.

### ***Contracteren met de overheid***

Met name bij overdracht van onroerend goed zijn heel vaak overheden betrokken en daarbij is een bijzonder aandachtspunt dat ze daar privaatrechtelijke middelen voor gebruiken. Mag de overheid altijd zomaar gebruik maken van al deze privaatrechtelijke middelen?

Waar hebben we het dan over? Bijvoorbeeld het grond uitgeven in erfpacht. Er worden dan privaatrechtelijke voorwaarden gesteld bij het gebruik van dat onroerende goed. Dit kan heel specifiek worden vastgelegd. Bijvoorbeeld een kantoorgebouw voor zoveel m<sup>2</sup> of parkeerruimte van zoveel m<sup>2</sup> of een world trade center van zoveel m<sup>2</sup>. In een normale gemeente zou je verwachten dat dit voor zover het kan in een bestemmingsplan wordt vastgelegd. De gemeente Amsterdam doet dit echter privaatrechtelijk, de gemeentes Den Haag, Utrecht en Groningen deden dit ook. Dit wordt dus privaatrechtelijk geregeld, waarom doe je dit? Omdat je dit precies allemaal wilt regelen en veel meer wilt regelen dan het publiekrecht toestaat. Ook met prostitutie. Er stond eens een contactadvertentie in het plaatselijk dagblad en het kwam er op neer dat er sex werd aangeboden tegen betaling. Dit was echter op een plek waar het niet mocht. Een gemeenteambtenaar zag deze advertentie en ging er werk van maken. Er werd prostitutie bedreven en dat was niet mogelijk volgens de erfpachtvoorwaarden van dat pand dus dat mocht niet. Exploitatieverplichtingen neemt men dus op in de erfpachtvoorwaarden. De erfpacht kon hierdoor worden beëindigd, zodat het aan iemand anders kan worden uitgegeven.

Gemeente verhuurt een stand op de vismarkt, je kunt iemand hier ook een vergunning voor geven. Paspoorten verkopen, er is maar 1 plek waar je dit kunt verkrijgen (op de legale markt) bij de gemeente. Het is dus wel wenselijk dat dit allemaal enigszins gereguleerd is.

### **Wat is er mis mee?**

Aan de ene kant is het normaal dat de overheid potloden, computers en auto's kan kopen, maar aan de andere kant hangen er allemaal bezwaren aan. We hebben namelijk publiekrechtelijke rechtsbescherming. Hier zit wel een bepaalde beschermende rechtsgang aan vast en dit maakt het bezwaarlijk als gemeenten bepaalde dingen volgens het privaatrechtelijk doen terwijl dit normaal bestuursrechtelijk moet. Je moet dan bedenken dat de bestuursrechter iemand anders is dan de Hoge Raad. Er is niet 1 en dezelfde rechter die de eenheid in het recht daar kan bewaken. Je zou dus moeten zeggen dat als een gemeente iets wil bereiken dan moet de gemeente dat maar via het bestuursrecht doen, want dan kom je bij dezelfde rechter terecht als al die andere gemeenten die dat ook doen.

Burgers handelen privaatrechtelijk, maar de overheid heeft een dienende rol en daarom moet er een wettelijke grondslag zijn voor overheidsdaden. Je mag als burger van alles niet en daar kan de overheid sancties aan verbinden, omdat daar een wettelijke grondslag voor is. Privaatrecht gaat niet uit van wettelijke grondslagen en gaat er van uit dat alles mag tenzij iets verboden is. Dit is dus een compleet ander uitgangspunt. Het is natuurlijk onlogisch dat vervreemdingen van onroerend goed door de overheid niet volgens het privaatrechtelijk mogen lopen natuurlijk, dus daar zit een spanningsveld.

### **Uitgangspunten**

De overheid wordt gezien als een rechtspersoon volgens boek 2 BW (art. 2:1 jo. 2:5 BW) en die kunnen gebruik maken van privaatrechtelijke middelen, maar de overheid moet zich daarbij ook houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (Amsterdam/IKON): IKON had grond in erfpacht gekregen en Amsterdam wilde IKON aan de erfpachtvoorwaarden houden, IKON zei dat dit niet kon, want de gemeente deed dit ook niet bij anderen, dit is het gelijkheidsbeginsel waar IKON ook aanspraak op kon maken. Uit art. 3:14 BW blijkt dat de overheid ook in het privaatrecht zich moet houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

### **Vóór 1990**

De overheid mag niet gebruik maken van het privaatrecht wanneer een publiekrechtelijke wet wordt doorkruist. Voor 1990 was dit anders want dan moest je kijken of een wet het gebruik van het privaatrecht verbiedt. Alleen dan was het verboden en als het niet expliciet verboden was dan was het gewoon toegestaan. Dit leverde wel eens problemen op, bijvoorbeeld bij een uitwegvergunning. Dit houdt in dat de gemeente jou toestemming geeft om jouw weg aan te sluiten op de openbare weg. Er waren gemeenten die hier verschillend mee omgingen. Er waren gemeenten die hier vergunningen voor gebruikten en daar leges voor in rekening wilden brengen en anders kreeg je die uitwegvergunning gewoon niet. Daar moet dan een wettelijke grondslag voor zijn anders mag het heffen van leges niet. Dit kwam terecht bij de bestuursrechter en die kwam tot de conclusie dat die wettelijke grondslag er niet was waardoor het heffen van leges hiervoor niet meer mocht (*ARRvS 1 september 1977, AB 1977, 366*).

Er waren ook gemeenten die redeneerden dat de openbare weg hun eigendom was en om daar op uit te komen heb je toestemming nodig en voor niets gaat de zon op dus daar is een vergoeding voor nodig. Nu kom je niet bij de bestuursrechter maar bij de Hoge Raad en die zei in tegenstelling tot de bestuursrechter dat dit gewoon mocht (*HR 2 februari 1966, NJ 1966, 415*). In de vergunningverlening mocht je dus geen geld vragen als daar geen wettelijke basis voor was, maar met het privaatrecht met als grondslag de eigendom mocht het wel. De Hoge Raad vond dat we hier vanaf moesten, want we hebben hier 2 rechtsingangen met dezelfde uitkomst. Dus laten we als Hoge Raad zeggen dat het gebruik van het privaatrecht niet mag als het in het publiekrecht ook niet kan (*HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723*).

### **Windmill & De Pina/Helmond**

Dit heeft zich verder gevormd in de arresten Windmill en De Pina/Helmond.

*HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (Windmill)*: Windmill stortte water in de nieuwe waterweg en de gemeente zei dat hij daar wel een vergunning voor mocht hebben, maar ook toestemming moest hebben en daar moest dan voor betaald worden. Windmill was het hier niet mee eens, want er was al een vergunning. Windmill kreeg ook bij de Hoge Raad gelijk, want er moest gekeken worden naar of de wet werd doorkruist. Hiervoor waren 3 punten die in acht moesten worden genomen:

1. Strekking van de publiekrechtelijke regeling
2. Bijzondere rechtsbescherming onder die regeling
3. Het vergelijkbare resultaat: kan de overheid via publiekrecht een vergelijkbaar resultaat verkrijgen als via het privaatrecht.

In Windmill wordt ook getoetst aan die criteria. Die wet op grond waarvan de vergunning werd afgegeven staat zelf ook toe dat er vergoedingen voor in rekening worden gebracht, dit hoeft niet via het privaatrecht. Ware het niet dat die wet er vanuit ging dat er ook een AMvB moest worden opgesteld met de hoogte van de vergoedingen, die AMvB was er alleen nog niet waardoor de grondslag er nog niet helemaal was, maar dan was wel hetzelfde resultaat bereikt. Dus er is sprake van een onaanvaardbare doorkruising. Zou het namelijk wel ook via privaatrecht mogen dan zou er weer een situatie zijn waarbij er 2 verschillende rechtsingangen zijn. Je hebt dan dat de ene partij bij de Hoge Raad belandt en de andere bij de ABRvS, dit willen we niet, dus dit moet via publiekrecht.

*HR 9 juli 1990, NJ 1991, 394 (De Pina/Helmond)*: in dit arrest ging het om een zigeunerkamp waar ook Mevrouw de Pina haar woonwagen had gestald en ze kregen bericht van de gemeente dat ze daar weg moesten. Mevrouw de Pina was het daar niet mee eens dus ging ze in bezwaar, want dit is een besluit van de gemeente in de zin van de woonwagenwet en die wet zegt ook dat de gemeente dan moet zeggen waar ze wel mogen gaan staan. Dit had de gemeente Helmond niet gedaan. Deze kwestie kwam bij de ABRvS en die gaf haar helemaal gelijk. Vervolgens zegt de gemeente Helmond gewoon de ontruiming aan in een privaatrechtelijke procedure, want het is de gemeente haar grond waar de woonwagen op staat, dus er wordt een beroep op het eigendomsrecht gedaan. Dan komt mevrouw De Pina bij de Hoge Raad terecht en die geeft haar ook gelijk, want hier is ook weer een onaanvaardbare doorkruising, want voor zulke situaties is de woonwagenwet gewoon bedoeld.

Deze 2 arresten waren geweest en stonden nauwelijks 2 weken in de NJ toen de Hoge Raad het Lelystad arrest wees. En daarmee dacht iedereen dat het ook wel afgelopen zou zijn met de privaatrechtelijke erfpacht.

## **Gronduitgifte**

De eerste keer dat de Hoge Raad een uitspraak over een erfpachtkwestie kon doen was in het zogenoemde Lelystad arrest (*HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 (Lelystad)*). Iedereen dacht nu dat de uitgifte in erfpacht ook wel niet meer zou mogen. Lelystad had grond gekocht en uitgegeven aan een kunst en antiekstudio en die mochten volgens de voorwaarden niet verhuren. Dit wilde ze wel maar dan aan een Leen Bakker winkel. Daar vraagden ze toestemming voor aan de gemeente, maar dat wilde de gemeente niet en toen stelde de winkel zich op het standpunt dat het hele ding ongeldig was, want het had moeten in een bestemmingsplan en niet in privaatrechtelijke erfpachtvoorwaarden.

Volgens de Hoge Raad mag dit echter wel, want van een doorkruising is geen sprake, want de strekking van de Wet op de ruimtelijke ordening geeft geen reden dat dit niet zou kunnen. Dit gebeurt ook al zo lang, zo'n 100 jaar en in de tussentijd zijn er heel veel ruimtelijke ordeningwetten van kracht geworden en niemand heeft hier over gemaakt, dus het is gebruikelijk geworden dat men dit ook via het privaatrecht doet en het zou tot grote rechtsonzekerheid leiden als de Hoge Raad nu zou oordelen dat het ineens niet meer mag! Alle erfpachten zouden dan nietig zijn en dan zou allerlei gebruik waarvan men dacht en erop rekende dat het niet mocht nu ineens wel zou mogen, omdat de erfpacht dan vervalt en omdat men er nu van uit ging dat de gemeente dit handhaaft. De wetgever moet er dan maar regels voor maken en overgangsrecht voor maken vindt de Hoge Raad, want de Hoge Raad kan alleen maar zeggen dat het nietig is en ongeldig, dus dat wil de Hoge Raad niet, dat heeft namelijk te grote consequenties.

*HR 24 december 2004, NJ 2007, 58 (Chidda) Chidda/Amsterdam:* Chidda was een vennootschap van Bertens Lusken. Dit was een Amsterdams onderwereldfiguur die zich ook met vastgoed bezighield. Hij had 2 vennootschappen die samen eigenaar waren geworden van het MDM terrein in Amsterdam. Als je dit opzoekt dan zitten er allemaal krakers. Hij had dit gekocht met zijn BV en wilde dat die krakers weg gingen en om dat voor elkaar te krijgen had hij daar ook zijn eigen louche praktijken voor. Hij wilde hier een opslag en overslag voor cacao realiseren maar dit mocht niet want die grond was verkocht en de gemeente had in een kettingbeding gezegd dat de grond alleen voor havendoeleinden gebruikt mocht worden. Die verplichting moet je ook weer bedingen voor degene aan wie je het verkoopt. Dat is de bedoeling van een kettingbeding. Deze BV's hadden dit kettingbeding ook geaccepteerd, dit was nogal een waardedrukkend beding zodat ze een schamele 27 miljoen gulden hadden betaald voor het hele terrein. Het bestemmingsplan was echter net gewijzigd en dan mocht er prima cacao opgeslagen worden. De gemeente vond alleen van niet want Bertens moest zich gewoon houden aan het kettingbeding. In dit arrest wordt nog een keer de regel van het Lelystadarrest herhaald. Het schrappen van dit beding zou tot gevolg hebben dat de waarde van dit onroerend goed van 27 miljoen naar 80 miljoen gaan, dus dat zou hem 53 miljoen winst opleveren terwijl hij daar niks voor had gedaan. Dit is natuurlijk 1 van de redenen dat de gemeente zulke gebruiksbeperkingen oplegt, want de gemeente wil de waarde stijging afroemen. Dit is 1 van de doelen die de gemeente heeft met zulke privaatrechtelijke gebruiksbeperkingen. Zou de Hoge Raad gezegd hebben dat dit ongeldig was dan zou die meneer ineens miljoenen gulden in de schoot geworpen zijn zonder dat de prijs die hij daarvoor had betaald daarop was afgestemd. Ook hier moet dan maar regelgeving gemaakt worden die ook bestaande situaties meeneemt vond de Hoge Raad.

*HR 31 oktober 2014, NJ 2015, 13 (Opstalrechten Rijnland):* Vervolgens is er nog een arrest geweest waarin de Hoge Raad weer de normen van het Lelystadarrest van stal haalde. Als iemand zich niet houdt aan de erfpachtvoorwaarden en opstalvoorwaarden dan eindigt dit recht voor diegene. Een andere reden om op te zeggen kan zijn om redenen van algemeen belang. Dat heeft in de jaren '60 geleid tot opzegging van een complete wijk, maar na Windmill dacht men dat die bepaling wel niet meer zou mogen, want dit lijkt op doorkruising van de onteigeningswet. De eerste keer dat dit voor de Hoge Raad kwam was dan ook pas op 1 oktober 2014. Daar heeft de Hoge Raad nog een keer de Lelystadcriteria van stal gehaald, want ook dit was al een langjarig gebruik en volstrekt gebruikelijk geworden, dus als de wetgever daar wat aan wil doen, dan moeten ze daar maar regels voor maken. De langjarige praktijk gaat voor op de Windmillcriteria. Daarbij is het wel van belang om goed te beseffen dat het hier steeds gaat om particuliere grond. De Hoge Raad hanteert een veel kritischere benadering in het geval dat het gaat om openbare terreinen, de openbare weg of bijvoorbeeld de vismarkt. Dit mag dan veel minder snel met privaatrechtelijke instrumenten gereguleerd worden. Op het moment dat de gemeente daar privaatrechtelijke afspraken over wil maken is dat veel beperkter mogelijk, want normaal gebruik van de openbare weg is gewoon toegestaan. Er kunnen alleen regels gesteld worden over bijzonder gebruik van de openbare ruimte, je gebruikt het dan op een manier dat het gedurende langere tijd niet beschikbaar is voor andere mensen. Bijvoorbeeld het plaatsen van een hoogwerker voor je huis of het plaatsen van een marktkraam op de stoep. Je hebt dan toestemming nodig van de gemeente. Het kan dan zijn dat je daarvoor moet betalen, of het is zo geregeld dat die hoogwerker bijvoorbeeld alleen dan en dan op de stoep mag staan of iets mag überhaupt niet. Dit mag dus allemaal gereguleerd worden, maar alleen publiekrechtelijk.

### **Openbare gronden**

*HR 5 juli 2009, NJ 2009, 255:* De gemeente Amsterdam wilde dit echter ook privaatrechtelijk doen. De Smulbus stond altijd naast de Amsterdam Arena en het desbetreffende stadsdeel had hier ook een

vergunning voor gegeven zodat dit mocht en hij betaalde daar ook voor. Toen kwam de gemeente Amsterdam die zei dat het haar grond was waarop de Smulbus stond en ze wilde niet meer hebben dat hij daar stond. Dus zei de gemeente dat de Smulbus gewoon weg moest van haar grond omdat hij daarvoor geen privaatrechtelijke toestemming had gekregen. Het kwam er eigenlijk op neer dat hij gewoon in de weg stond voor de gemeente. De Hoge Raad kiest hier nu voor een andere benadering. Het gaat hier om openbare terreinen. Publiekrechtelijk mocht het gewoon dat de Smulbus daar stond en dan moet het om wel heel bijzondere redenen gaan dat het hier niet meer mag. Bij bijzonder gebruik van de openbare ruimte geldt dat dit uitsluitend volgens het publiekrecht mag worden gereguleerd en als dit is geregeld voor die Smulbus dan mag hij daar ook gewoon staan. De gemeente Amsterdam had dus geen reden om hem daar weg te sturen.

### **Strekking van de regeling**

Mag een vergoeding worden gevraagd voor een geleverde dienst (art. 229 lid 1 onder b Gemeentewet)? Dit is nader tot bloei gekomen in de rechtspraak over vergoedingen die de gemeente voor bepaalde dingen wil heffen. Overheden proberen nogal wat, bijv. bluskosten die in rekening worden gebracht na het blussen van een brand (*HR 11 december 1992, NJ 1994, 639 (Bluskosten)*). Dit mag alleen bij schepen. Volgens de brandweerwetgeving moet dit niet mogen want dit staat in de weg aan het bellen van de brandweer, dus was het ook niet toegestaan om bluskosten te vragen.

*HR 6 januari 2006, NJ 2006, 301 (Beuningen)*: De gemeente Beuningen bracht niet alleen geld in rekening voor de verkoop van een huis, maar er moest ook periodiek betaald worden voor allerlei voorzieningen in de wijk (waarvoor je normaal gesproken gemeentelijke belastingen zou kunnen heffen). De Hoge Raad zei dat dit niet mocht want dit waren voorzieningen vanuit je publiekrechtelijke taak en als je dit wilt laten betalen dan moet daar een wettelijke grondslag voor zijn.

### **Rechtsbescherming**

Als er bijzondere rechtsbescherming staat in de wet waarop een overheidsbesluit is gebaseerd dan kan dit een indicatie zijn dat het gebruik van privaatrecht niet is toegestaan. *HR 22 oktober 1993, NJ 1995, 717 (Staat/Magnus)*: Dit arrest heeft niks met vastgoed te maken. 2 partijen chemische stoffen zouden per schip verscheept worden naar Brazilië, Brazilië wilde na 1 inscheeping dit spul niet meer in het land hebben, dit zei de rechter aldaar. Dus de Nederlandse staat zag dat het andere schip er nog lag en het schip uit Brazilië kwam weer terug. De staat zei dat dit schip er niet meer in mocht en dat andere schip met chemisch spul wat er nog was in Nederland moest weg. Het Magnusbedrijf had goed naar mevrouw De Pina geluisterd en had gezien dat er een wet verontreiniging oppervlaktewater was en dat die wet de staat zelf de bevoegdheid geeft om het chemische spul te vernietigen en de kosten op Magnus te verhalen. Dus de staat moest zelf zorgen voor de vernietiging en afvoer van dat spul vond Magnus. Dit belandt ook bij de Hoge Raad en dan zegt de Hoge Raad dat dit bij mevrouw De Pina wel bescherming bood, want daar bood de wet bescherming door te zeggen dat de gemeente haar een andere plek moest aanwijzen om haar woonwagen neer te zetten, maar die norm die in deze wet staat is naar zijn aard geen bescherming voor de vervuiler en ook op het punt van de bijzondere rechtsbescherming staat het in de weg, want het kan alleen in de weg staan als er iets bijzonders in staat, extra beschermingsmaatregelen. Zoals die bij mevrouw De Pina dus wel aanwezig waren, omdat ze ergens anders naartoe mocht, maar hier heeft het geval een ander karakter en voor het overige biedt de wet hem ook geen extra bescherming.

### **Vergelijkbaar resultaat**

Maar het resultaat van de vernietiging is hetzelfde probeert Magnus nog, nee zegt de Advocaat Generaal. Voor het vergelijkbaar resultaat moet alles hetzelfde zijn, niet alleen het eindresultaat, maar ook de tijd, de inspanning en de overige kosten die gemoeid zijn met het bereiken van het resultaat. Als alles precies hetzelfde is en het maakt niet uit of je in het publiekrecht of het privaatrecht zit dan kom je pas toe aan het vergelijkbare resultaat. Hier is daar geen sprake van want het is veel moeilijker voor de overheid om het zelf te vernietigen.

Het is vaak ook zo dat het publiekrecht iets niet mogelijk maakt en je het privaatrechtelijk wel wilt doen, maar dan mag het vaak ook niet, want dan staat de strekking van de publiekrechtelijke weg daaraan in de weg. het publiekrecht verbiedt dat dan niet voor niets.

## **HC 10, 09-05-2018, Registergoederenrecht**

### ***Openbare registers en derdenbescherming***

De bewaarder bij het kadaster mag niet zoveel vinden van de akte, hij moet alleen controleren of de akte aan de wettelijke eisen voldoet. Dit is soms discutabel, maar als de akte voldoet dan moet het kadaster die akte accepteren. Als het kadaster het inhoudelijk niet eens is met de akte, dan mogen ze maar heel zelden de akte echt weigeren waardoor de inschrijving niet tot stand komt en de rechtshandeling dus ook niet tot stand komt. In andere gevallen dat ze het er niet mee eens zijn dan sturen ze een waarschuwingsbrief. Een verkoper had eens een grote onroerendgoedportefeuille en de verkoper stond op het randje van de afgrond dus wilde hij de portefeuille verkopen. Toen wilde hij de koopovereenkomst inschrijven, maar de koopprijs wilde de partijen niet bekend hebben, want als het toch niet zou doorgaan omdat de koper niet zou kunnen afnemen of de verkoper gaat in de tussentijd toch failliet of als er nog allemaal voorwaarden in vervulling kunnen gaan dan wil je niet dat bekend wordt hoeveel er voor neergelegd is nu de verkoper het snel kwijt wil als het later misschien nog verkocht moet worden, want dan zou het misschien voor veel meer geld verkocht kunnen worden. Het kadaster moet dan wel inschrijven omdat de akte (ook zonder koopprijs) aan de eisen voldoet, maar ze gaan wel iedereen erover schrijven die ook maar enigszins iets te maken heeft met dat onroerend goed, om te laten weten dat ze het er niet mee eens zijn en eigenlijk willen dat die koopprijs wel in de akte komt te staan.

### **De openbare registers**

De openbare registers worden geregeld in boek 3 BW (art. 3:10 jo. 3:89 BW), vanaf art. 3:16 BW zie je regels met betrekking tot de inschrijving in de openbare registers.

De Kadasterwet regelt de inschrijving in de registers en raadpleging van de registers. Voor de rechtstoestand van onroerend goed is het belangrijk dat stukken worden ingeschreven in de openbare registers, maar dat moet je ook kunnen raadplegen en dat kan via de basisregistratie kadaster. Wat je voor de inschrijving moet aanbieden enz. is allemaal helemaal vastgesteld in de Kadasterwet.

### **Soorten registerstelsels**

In de wereld zijn er verschillende registers. Er zijn stelsels die een negatief karakter hebben en stelsels met een positief karakter. Negatief: de rechtstoestand die in de registers ingeschreven staat daarvan staat niet onomstotelijk vast dat dat juist is, de werkelijke situatie kan best anders zijn. In een positief stelsel is hetgeen wat er instaat zoals het is en als het anders is dan gaan we nog steeds van de registers



uit. Dit zijn de twee uitersten. Nergens komt echter zo'n uiterste voor. De mate waarin de registers de rechtstoestand regeren is altijd een beetje van het een en een beetje van het ander. het Duitse stelsel is uiterst positief ingesteld en daar is het systeem dus zo dat wat er uit de registers volgt dat dat juist is en het is heel lastig om iets te veranderen. In Nederland is het zo dat als je een grote tuin hebt en daarvan wil je een vierkante meter overdragen aan je buurman dan kan dat gewoon, dat is aan de mensen die willen overdragen. In Duitsland is het uitgangspunt dat een onroerende zaak datgene is wat er staat ingeschreven en als je wilt dat het anders is dan moet je eerst naar de overheid om de tekening anders te laten maken voordat je het kunt overdragen. In Nederland zorgt dit voor minder zekerheid, maar je bent ook minder afhankelijk van zulke systemen.

Verder is er een verschil in wat er geregistreerd wordt. Registreer je rechtstoestanden of rechtsgebeurtenissen? Dat het recht op erfpacht wordt ingeschreven of dat er een erfpachtrecht gevestigd wordt. In Nederland wordt een rechtshandeling ingeschreven en op basis daarvan moet je maar kijken hoe die rechtstoestand in elkaar zit. Daarnaast hebben we natuurlijk wel de basisregistratie kadaster daarin trekt het kadaster zijn eigen conclusie uit datgene wat is ingeschreven in de openbare registers. Op basis van die akte gaat het kadaster oordelen hoe de rechtstoestand in elkaar zit. Stel dat jij een eigenaar bent van een onroerende zaak en een ander levert jouw onroerende zaak aan de buurvrouw. Voldoet de akte nu aan de inschrijvingsvereisten. Dit is inhoudelijk dus het voldoet wel aan de eisen, want alles staat erin, het klopt alleen inhoudelijk niet dus wordt het ingeschreven. Maar het kadaster gaat dan kijken en dan past het kadaster de tenaamstelling gewoon niet aan. Ze laten dan jouw naam gewoon staan. Terwijl het best zo kan zijn dat het onroerend goed nog wel op jouw naam staat maar al wel van de ander is. Door verjaring bijvoorbeeld. Dan was die ander wel degelijk eigenaar en bevoegd om het aan de buurvrouw over te dragen. Er kunnen dus misinterpretaties tussen zitten en dat kan dan leiden tot een fout in de basisregistratie kadaster. Hier bestaat geen derdenbescherming tegen want dat is gericht op de openbare registers.

## **Het Nederlandse stelsel**

Wij zeggen dat ons stelsel van oorsprong negatief is. We schrijven bepaalde rechtshandelingen in, leveringen van onroerende goederen bijvoorbeeld terwijl dat helemaal niet de enige eis is voor een geldige overdracht van zo'n onroerend goed. Als de titel ontbreekt of later wordt vernietigd dan valt dat vastgoed terug en daar zie je dan weer niks van in de openbare registers. Dat wat is ingeschreven dat garandeert dus helemaal niet dat het ook zo is als wat daar staat. Inschrijving in de openbare registers is dus niet perse juist, maar met de invoering van het nieuwe BW is dit wel enorm gematigd.

### **(Gematigd) negatief stelsel**

Er zijn ruime mogelijkheden voor derden om zich op het vertrouwen te beroepen. Verder is het zo dat de juistheid van de gegevens die blijken uit de openbare registers gewaarborgd wordt doordat niet iedereen zomaar allemaal zijn stukken kan droppen bij het kadaster. Daar zit bijna altijd een notaris tussen en dan moet er aan allemaal eisen voldaan worden en de notaris garandeert ook dat die akte klopt. Als de akte niet voldoet aan de eisen dan kan een bewaarder de notaris daarop aanspreken. Om wat voor eisen gaat het dan bijvoorbeeld? Op het moment dat jij een verjaring wilt registreren dan zegt art. 37 van de Kadasterwet dat dit moet geschieden door een notariële verklaring en dan moet iedereen die daarmee te maken heeft, instemmen met de verjaring. het is dus lastig om verjaringen in te schrijven die betwist worden. Als je notaris bent en iemand komt bij je doordat hij zegt dat hij door verjaring eigenaar is geworden van dat registergoed en de buurman is het daar niet mee eens, dan gaat de notaris geen partij kiezen, diegene moet het eerst maar eens worden met de buurman over de

verjaring. De notaris moet opnemen welk bewijs er ligt voor die verjaring. Staat zo'n verklaring niet in het stuk dat wordt aangeboden dan wordt de akte in principe geweigerd, omdat het niet voldoet aan de inschrijvingsvereisten. Dan wordt het nog wel ingeschreven in de voorlopige registers. Er worden dus niet zomaar stukken ingeschreven. Een uitzondering daarop is de inschrijving door deurwaarders.

Er was een mevrouw die pachtte een stuk grond en dat was in erfpacht uitgegeven door een betbetbetovergrootvader van de grondeigenaar. Die erfpacht was maar heel laag. En de grondeigenaar wilde de canon verhogen, maar daar was geen enkele reden voor en de erfpachter was het er ook niet mee eens. Dus de eigenaar besloot om de erfpacht op te zeggen en dat moet via een deurwaardersexploot en hij had dit ook ingeschreven terwijl dit helemaal niet mocht, want er was geen geldige reden om de erfpacht op te zeggen, nu ontstond er dus een fout in het register, want er was wel ingeschreven, maar er was geen geldige opzegging, dus feitelijk was er niks veranderd. Er is dus een fors vertrouwen in de registers, omdat er mensen mee bezig zijn die er verstand van hebben en er is dus derdenbescherming.

Hoe werkt derdenbescherming? Goede trouw, je moet de registers raadplegen (art. 3:23 BW). Art. 3:24, 3:25 en 3:26 BW zijn de kernbepalingen van de derdenbescherming. Als je buitengerechtelijk vernietigt dan valt van rechtswege de eigendom terug. Dat is de goederenrechtelijke werking van vernietiging, maar dit gaat buiten de registers om. Dit kun je echter wel inschrijven. Art. 3:24 BW zegt dat op het moment als je iets kunt inschrijven maar je doet het niet dan is er derdenbescherming. Dus als die ander overdraagt aan iemand anders dan weet diegene helemaal niet dat er vernietigd is, dus dan mag hij op de openbare registers vertrouwen.

Art. 3:25 en 3:26 BW gaan over onjuiste inschrijvingen, bijvoorbeeld een verjaring is ingeschreven omdat iedereen dacht dat die er was en het is ook ingeschreven, maar eigenlijk was er nog geen sprake van verjaring. De inschrijving zorgt er dan niet voor dat de toestand ook ontstaat. Art. 3:25 BW gaat over dingen die wel zijn ingeschreven maar niet echt zijn gebeurd, maar de notaris heeft het wel met kracht van authenticiteit vastgesteld. Als je daar naar handelt dan biedt art. 3:25 BW al helemaal ongeloflijk veel derdenbescherming daartegen.

Wat stelt de notaris allemaal met kracht van authenticiteit vast? De naam, datum, tijd, ondertekening, handtekening, dat het een ondertekend stuk betreft. Dus als de notaris zijn horloge niet heeft goed gezet van winter naar zomertijd en hij schrijft het verkeerde tijdstip op dan komt dit in de registers te staan. Partijen die daarna dan weer komen, dus niet de wederpartij van die akte, maar die latere kopers (bijvoorbeeld) worden dan wel beschermd. Iemand die handelt op basis van wat er staat in de transactie daarna die wordt beschermd.

Art. 3:36 BW is ook belangrijk, niet iedere derde wordt evenveel bescherming geboden, want alleen rechtsverkrijgers onder bijzondere titel worden beschermd. Dus dit zijn wel kopers van onroerend goed of wanneer je een beperkt recht vestigt, maar niet een beslaglegger. Beslagleggers moeten alleen kijken naar art. 3:36 BW. Ze moeten ook hebben gehandeld in redelijk vertrouwen op de juistheid van datgene wat ze gezien hebben en dit is heel moeilijk om vast te stellen. Dus op grond van art. 3:24 BW heb je een walhalla aan derdenbescherming en bij art. 3:36 BW moet je allemaal drempels over voordat je derdenbescherming geniet. Dan heb je nog art. 3:88 BW, maar in die gevallen is meestal art. 3:24 BW ook wel van toepassing, dus art. 3:88 BW is niet zo belangrijk. Als je het wist dan beschermt art. 3:24 BW niet, maar wel als je alleen maar een vermoeden had dat het fout zou kunnen zijn of wanneer je het niet vertrouwd. Bij de toepassing van art. 3:24 t/m 3:26 BW moet je steeds de vraag stellen of het iets betreft wat kan worden ingeschreven, een inschrijfbaar feit.

Sommige dingen kun je namelijk niet inschrijven en die zijn toch relevant voor de rechtstoestand van het onroerende goed. Hoe kunnen nu dingen ingeschreven zijn die niet ingeschreven kunnen worden? Dat komt door de lijdelijke rol van het kadaster en die doen dit toch wel eens, het inschrijven van dingen die niet ingeschreven kunnen worden. Een voorbeeld daarvan is de uitoefening van een retentierecht: je bent een bouwondernemer en je hebt een bouwput met een hek er omheen en de opdrachtgever moet termijnen betalen aan jou. Op het moment dat de opdrachtgever niet meer betaalt dan zegt de bouwondernemer dat hij het hek laat staan en ze houden op met bouwen en ze geven het pas vrij wanneer de rekening wordt betaald. Dus dan leggen ze beslag. Het uitoefenen van een retentierecht, het opschorten van je teruggaveverplichting is niet iets wat je kunt inschrijven, maar het kan wel worden ingeroepen tegen rechtsopvolgers dus als het wordt overgedragen aan iemand anders door de opdrachtgever dan kan de bouwondernemer zijn retentierecht ook inroepen tegen de nieuwe eigenaar. Een bouwondernemer hoeft dan dus niet op te leveren aan je rechtsopvolger. Maar om dat retentierecht tegen te kunnen werpen aan de rechtsopvolger is het wel van belang dat dit beter bekend wordt gemaakt aan die rechtsopvolger. Mensen vinden het dus heel prettig om zo'n recht zichtbaar te maken in de openbare registers, dan kan de notaris tegen de rechtsopvolger zeggen dat er een retentierecht op wordt uitgeoefend en dan kan de rechtsopvolger niet zeggen dat hij dat niet wist. Dit kan technisch echter niet ingeschreven worden, maar de bewaarder van het kadaster accepteert het wel. Of iets kan ingeschreven worden is de beginvraag of er derdenbescherming is o.g.v. art. 3:24 t/m 3:26 BW. Als het niet kan dan werken die artikelen namelijk niet ook al wordt het wel ingeschreven. Art. 3:36 BW geldt eventueel wel, maar daar zijn de toepassingsvereisten veel strenger.

### **Wat kan worden ingeschreven?**

Je moet nu weten wat voor feiten ingeschreven kunnen worden. Dit staat netjes opgesomd in art. 3:17 BW. Ook staat er nog wat in andere wetgeving zoals boek 7 BW, Wvg, Wilg, Kadasterwet enz. Het gaat dan steeds om rechtshandelingen. Dit is bijvoorbeeld een levering of een opzegging, iets moet zich hebben geuit door een verklaring en er moet een wil zijn en die moet ook relevant zijn voor het rechtsgevolg. Een kettingbeding is een beding die de eigenaar van onroerend goed heeft gemaakt met zijn rechtsvoorganger en die hebben met elkaar afgesproken dat die verplichting ook weer moet worden overgedragen aan de rechtsopvolger. Er staat bijvoorbeeld in de leveringsakte dat je je deur geel moet verven en die moet ook geel gehouden worden en dat moet je ook verplichten aan je rechtsopvolgers. Dit is geen goederenrechtelijke afspraak, maar een contractuele afspraak.

Dit was ook het geval bij mensen die woonden in de Bible belt. Er was een man die een testament had opgemaakt en in zijn testament had hij gezet dat wanneer zijn huis zou worden verkocht dat dan het beding daarop gesteld moest worden dat er wel een winkel in mocht, maar dat deze winkel niet open mocht of andere dingen mocht hebben die zouden werken op zondag. Toen ging die man dood en zijn kinderen hadden het pand verkocht maar daarin werd dus verplicht dat de zondagsrust in stand werd gehouden. Dus er mocht geen winkel open en ook automaten mochten niet aan. De Rabobank heeft daar nu een vestiging, maar er zit nu een geldautomaat in die het op zondag niet doet, omdat er een kettingbeding aan dat pand vast zit.

Heineken bedingt ook graag kettingbedingen bij het overdragen van onroerend goed en bij leverancierscontracten. Het zijn contractuele afspraken die het onroerend goed zelf niet raken. Ze staan wel heel vaak ingeschreven in de openbare registers simpelweg omdat de partijen die een levering opstellen op dat moment een kettingbeding opnemen. Een kettingbeding lift dan gewoon mee, want het is ingeschreven maar het rust niet op het onroerend goed, dus het kan niet ingeschreven worden.

Ook huur- en pachtovereenkomsten kunnen niet worden ingeschreven, dus als er onjuistheden zitten in datgene wat wel is ingeschreven dan vinden de art. 3:24 t/m 3:26 BW geen toepassing en is daarvoor dus geen derdenbescherming op grond van die artikelen.

Verder is van belang dat er verschillende soorten van inschrijfbaar feiten zijn. Welke dingen moeten ingeschreven worden om rechtsgevolg te hebben? Leveringsakten en vestigingsakten ter zake van beperkte rechten. Als een levering niet is ingeschreven dan hoef je ook geen beroep te doen op art. 3:24 BW. Een levering kan dus nooit iets zijn wat er wel is maar niet is ingeschreven, want een levering die niet is ingeschreven is er gewoon niet!

Naast het soort voorbeelden van leveringsakten en vestigingsakten heb je ook het intreden van een ontbindende voorwaarde. Dit hoeft niet ingeschreven te worden, maar dat kan wel dus als een beperkt recht is opgezegd of een overeenkomst is vernietigd dan beschermt art. 3:24 BW wel.

### **Art. 3:88 BW**

Dit artikel kennen we allemaal wel, art. 3:88 BW heeft het over een gebrek in een eerdere transactie. Je hebt het dan steeds over A - B - C, de geldigheid van transactie B -C is afhankelijk van die van A - B. Is er in de eerste transactie voldaan aan de eisen van art. 3:84 BW? Als de beschikkingsonbevoegdheid van B een gevolg is van een ongeldige titel of levering dan wordt C beschermd als hij te goeder trouw is. Als C van niks weet en er is daarvoor sprake van bedrog of dwaling waardoor wordt vernietigd, dan kan C worden beschermd. Dit artikel is in het registergoederenrecht niet zo relevant, omdat art. 3:24 BW meestal ook wel van toepassing is.

### **Art. 3:24 BW**

A heeft grond in erfpacht gegeven aan B en A heeft de erfpacht geldig opgezegd met deurwaardersexploot, maar B heeft de grond nog niet ontruimd en hij gaat in de tussentijd de erfpacht wel overdragen aan C . A staat na een paar weken bij C voor de deur met het deurwaardersexploot. Het deurwaardersexploot is niet ingeschreven terwijl dit wel kon, dus dan beschermt art. 3:24 BW C.

Je hebt een huis overgedragen onder de ontbindende voorwaarde dat als de ander niet uiterlijk betaalt voor 1 juni aanstaande dan valt de eigendom weer terug. Als de voorwaarde in vervulling gaat dan ziet niemand daar wat van als je dit niet inschrijft. Als die ander vervolgens het onroerende goed weer overdraagt aan nog iemand anders dan kan die ander beschermd worden op grond van art. 3:24 BW, ze worden allemaal beschermd door dit artikel tenzij ze WISTEN dat dat feit zich had voorgedaan. Je zult niet zo snel te goeder trouw zijn omdat die voorwaarde wel in de akte staat, maar dat maakt dus niks uit voor de toepassing van art. 3:24 BW, dit zou alleen van belang zijn voor de toepassing van art. 3:88 BW. Dus als je overdraagt onder ontbindende voorwaarde dan moet je dit adequaat formuleren. Als de voorwaarde in vervulling is gegaan voor de overdracht dan kan dit worden ingeschreven maar als dat niet is gebeurd dan kan die ander zich gewoon beroepen op art. 3:24 BW.

A draagt onder ontbindende voorwaarde over aan B. De voorwaarde houdt in dat B tijdig moet betalen en A een aangetekende brief moet sturen aan de eigenaar (in principe B). Dus als B niet tijdig betaalt, dan blijft hij eigenaar tot een beroep gedaan wordt op die ontbindende voorwaarde door A, het moment hiervan heeft A dus zelf in de hand. Op het moment dat B voor het vervullen van de voorwaarde levert aan C, waar wordt C dan tegen beschermd? Nergens tegen, want de ontbindende voorwaarde is nog niet voldaan en dus is er nog geen sprake van een in te schrijven feit. Vanaf het

moment dat A die brief stuurt dan is er pas een inschrijfbaar feit. C krijgt nu gewoon een recht onder ontbindende voorwaarde. Het kan zelfs zo zijn dat A al wel de voorwaarde in vervulling heeft laten gaan, maar er is nog niet ingeschreven. C kan dan wel beschermd worden tegen het in vervulling gaan van de voorwaarde, maar niet tegen de ontbindende voorwaarde als zodanig. Dus C krijgt dan een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde en A kan dan nog een keer een briefje sturen aan C zodat de voorwaarde nog een keer in vervulling gaat.

Stel dat A erfpacht geeft aan B in 1992. A zegt dan de erfpacht op in 2018. De opzegtermijn loopt tot 2019 en tussen het moment van opzegging en het daadwerkelijk verstreken zijn van de erfpacht, maak je gebruik van een opgezegde erfpacht. B mag dan blijven zitten maar hij weet dat het einde van de erfpacht nabij komt. Stel dat op 1/7/2018 B de erfpacht overdraagt aan C. B is gerechtigd tot een opgezegde erfpacht. De opzegging is een inschrijfbaar feit maar is niet ingeschreven, dus C weet niet dat er is opgezegd. Dan wordt C beschermd tegen die opzegging en dan geldt die einddatum ineens niet meer. maar dat betekent niet dat A nooit meer kan opzeggen. C verkrijgt nu gewoon een erfpacht dat om bepaalde redenen opzegbaar is. Dat het opgezegd is geldt dan niet meer, maar A kan wel meteen weer opzeggen als A bijvoorbeeld de grond zelf nodig heeft (en als dan in de voorwaarden staat dat A om die reden mag opzeggen). C is erfpachter geworden en krijgt bescherming tegen de opzegging aan B. Maar A kan wel gewoon de erfpacht opzeggen aan C. Want die voorwaarden gelden nog steeds.

Bij een niet ingeschreven verjaring werkt art. 3:24 BW niet tegen, dit staat in art. 3:24 lid 2 sub e BW. Bij de toepassing van art. 3:24 BW gaat het heel vaak om het feit dat een koopovereenkomst vernietigd is door bijvoorbeeld dwaling. Er is dan een titelgebrek bij transactie A - B en B is dan niet bevoegd om over te dragen aan C. Dit is een standaard art. 3:88 BW geval. Wat moet A doen om te vernietigen? Hij moet dan een verklaring geven van vernietiging aan B, de titel is er dan niet meer. Vervolgens wordt B geacht beschikkingsonbevoegd te zijn en C moet te goeder trouw zijn om art. 3:88 BW toe te passen. Voor art. 3:24 BW is vereist dat de vernietiging heeft plaatsgevonden, want daarmee is het een inschrijfbaar feit. C wist niet van de vernietiging en dat is ook niet ingeschreven, dus dit is sneller van toepassing dan art. 3:88 BW, want daar gaat het om goede trouw en hier gaat het om kennis hebben van het niet ingeschreven feit.

### **Voorbeeldcasus**

A verkoopt en levert zijn woonhuis aan B. B verkoopt en levert vervolgens door aan C. C heeft gegronde twijfel over de geldigheid van de overeenkomst A-B.

Stel: C verkrijgt vóór de vernietiging van de ovk A-B. Wordt C beschermd?

Stel: C verkrijgt ná de vernietiging van de ovk A-B. Wordt C beschermd?

Het maakt uit of C verkrijgt voor de vernietiging van overeenkomst A - B of erna. Vernietigen kun je 1 keer doen. Voor de vernietiging is er nog geen inschrijfbaar feit als C verkrijgt, want dat is er pas als er vernietigd wordt. Wordt C nu beschermd? C is niet te goeder trouw, want hij heeft gegronde twijfel bij de koopovereenkomst. Er bestond nog geen inschrijfbaar feit. Dit staat in de weg aan de toepasselijkheid van art. 3:24 BW dus dan moet hij het hebben van art. 3:88 BW, maar dan moet hij te goeder trouw zijn en dat is hij niet. Er is een titelgebrek en beschikkingsonbevoegdheid, maar er is geen goede trouw, dus dan is art. 3:88 BW niet van toepassing.

Als er al wel vernietigd is dan is er een inschrijfbaar feit voorafgaand aan de overdracht aan C en zolang C niet weet dat er vernietigd is dan wordt hij beschermd door art. 3:24 BW.

De omvang van de beide artikelen is hetzelfde, maar bij art. 3:24 BW is het makkelijker om de bescherming te krijgen. Het is gewoon makkelijker om voor art. 3:24 BW te kiezen, ook al ben je te goeder trouw.

## **HC 11, 14-05-2018, Registergoederenrecht**

### ***Vervolg openbare registers en derdenbescherming***

#### **Art. 3:25 BW**

Deze bepaling en art. 3:26 BW gaan over de mogelijkheid dat iets wat ingeschreven is niet klopt. Bescherming tegen onjuiste feiten dus. Art. 3:25 BW gaat dan over onjuistheden in datgene wat een ambtenaar (de notaris) met kracht van authenticiteit heeft vastgesteld. Die ambtenaar kan echter ook een deurwaarder zijn. Als er bij een opzegging van erfpacht bijvoorbeeld niet is betekend dan is de opzegging niet gedaan en een opzegging van erfpacht kan wel worden ingeschreven zelfs als dit niet is opgezegd. Als het wel is ingeschreven dan is dat met kracht van authenticiteit vastgelegd en tegen deze fout beschermt art. 3:25 BW een derde. Meestal gaat het echter om verklaringen van de notaris, het gaat dus niet om wat partijen verklaren maar wat de notaris verklaart, en dat leidt mogelijk tot bescherming door art. 3:25 BW. Ook de notaris verklaart nogal wat. Met name voor registerverklaringen, maar niet al die dingen stelt hij vast met kracht van authenticiteit.

A stelt dat hij grond heeft verkregen van B door verjaring. De notaris kan alleen verklaren dat dit zo is (art. 37 Kw) dat dit hem genoegzaam is gebleken, maar hij gaat hier uiteindelijk niet over, want hij stelt het niet met kracht van authenticiteit vast.

Art. 3:25 BW ziet alleen op dingen die wel met kracht van authenticiteit zijn vastgesteld. Dit is bijv. het tijdstip waarop de akte wordt gepasseerd. Klopt dit tijdstip dat de notaris opschrijft niet, bijvoorbeeld doordat hij zijn horloge nog niet vooruit heeft gezet na het ingaan van de zomertijd dan wordt er een verkeerd tijdstip ingeschreven in de openbare registers. Dit kan ook gebeuren met de datum, in januari wil het nog wel eens zo zijn dat het verkeerde jaartal wordt opgeschreven en daartegen worden derden mogelijk beschermd. Ook de identiteit van de comparanten, wie zijn er voor de notaris verschenen, stelt hij met kracht van authenticiteit vast. Als hij daar een fout in maakt, doordat iemand zich bijvoorbeeld identificeert met een vals paspoort dan heeft hij een verkeerde identiteit vastgesteld. Tenslotte stelt hij het ondertekenen van de akte door de aanwezige personen, getuigen en notaris vast met kracht van authenticiteit. Als partijen een afschrift willen dan verklaart de notaris dat het afschrift identiek is aan datgene wat bij hem is ondertekend. Zitten er wel verschillen tussen, dan heeft de notaris met kracht van authenticiteit vastgesteld dat het stuk wat je bij hem kunt raadplegen hetzelfde is als wat er bij hem op kantoor ligt. Dit resulteert erin dat mogelijk rechtsopvolgers bescherming ontleen aan datgene wat is ingeschreven in de openbare registers.

Wordt er dan altijd bescherming geboden? Nee, in de eerste plaats uitsluitend aan rechtsopvolgers onder bijzondere titel, net als bij art. 3:24 en 3:26 BW. Dus niet degenen die bij de notaris aan tafel zaten toen degene zich onder een andere identiteit voordeed en dat was vastgesteld. Jij als eerste koper wordt dus niet beschermd, maar je eventuele rechtsopvolger wordt wel beschermd. Voor de bescherming is noodzakelijk dat je niet wist van de onjuistheid óf dat je door raadpleging van de openbare registers de mogelijkheid hebt om die onjuistheid te kennen. Dit kan doordat de datum die is opgeschreven misschien nog moet komen, als je dat ziet in de openbare registers dan weet je wel zeker dat het onjuist moet zijn. Of dat die datum van het passeren van de akte later is dan dat er is

ingeschreven, door raadpleging van de registers kan je dan ook zien dat daar wat mis mee is en dan word je niet beschermd.

### **Voorbeeld**

A is eigenaar van een onroerende zaak. X meldt zich bij de notaris en doet zich voor als A; de notaris passeert een door X ondertekende akte waarbij A overdraagt aan B.

Wordt B beschermd? B is degene die aan tafel zit en hij wordt dus niet geconfronteerd met een verkeerde inschrijving, dit is pas de akte waarbij B compareert.

B draagt de onroerende zaak over aan C.

Wordt C beschermd? C wordt wel beschermd, want ten tijde van C's verkrijging is er een stuk ingeschreven waarin de notaris met kracht van authenticiteit heeft vastgesteld dat het A was die bij hem aan tafel zat. Dus B wordt niet beschermd en C wel.

### **Art. 3:26 BW**

Er zijn nogal wat dingen die de notaris *niet* met kracht van authenticiteit vaststelt. Als er bijvoorbeeld een opzegging van de erfpacht wordt ingeschreven terwijl hier geen ernstige reden voor was dan mocht er helemaal niet worden opgezegd, maar wordt het wel verkeerd ingeschreven.

Het feit moet al onjuist zijn geweest op het moment van de inschrijving zelf. Bijvoorbeeld een hypotheek. Je leent €100.000 om een dure auto te kopen en als onderpand vestig je het recht van hypotheek op je woning. Met die hypotheek is niks mis op het moment van vestiging. En als je na een paar jaar die hypotheek aflost, dan houdt de hypotheek op te bestaan door het aflossen van de lening, dit hangt namelijk van elkaar af. De hypotheek staat nog wel in de registers ingeschreven, maar hij bestaat nu niet meer. Is dit nu een onjuist feit dat staat ingeschreven? Nee, want destijds klopte het wel, toen was de hypotheek gewoon geldig gevestigd. Het gaat om zaken die zijn ingeschreven en die op het moment van inschrijven *niet* klopte en hier was die hypotheek gewoon juist, dus klopte wel.

Waar kun je wel aan denken? Bijvoorbeeld een doorhaling van een hypotheekrecht. Stel dat je een hypotheekrecht hebt gevestigd op je onroerende zaak en je wilt dat het uit de registers verdwijnt, omdat hij niet meer bestaat doordat hij bijvoorbeeld is afgelost en de notaris bewerkstelligt die doorhaling zonder dat hij medewerking heeft van de financier. Dan eindigt dat beperkte recht natuurlijk niet, want dat kan niet door doorhaling in de openbare registers. Hoe moet dit wel beëindigd worden? Door aflossing en doorhalen is een handeling die daarop volgt. Doorhalen alleen zorgt er niet voor dat het ophoudt. Kwijtschelding zorgt ook voor de beëindiging, maar soms kan er ook gewoon worden opgezegd door de bank, zelfs al is er nog niet afgelost. Je kunt ook afstand doen van je hypotheekrecht. Als je dit doet dan houdt je hypotheek ook goederenrechtelijk op te bestaan en als je vervolgens wilt dat het niet meer staat ingeschreven dan moet je dat doorhalen. Hoe gaat het doorhalen van een akte bij het kadaster? Er wordt simpelweg een streep gezet door het desbetreffende stuk. Of de hypotheek echt verdwijnt hangt er dus van af of hij wel echt is opgezegd.

Art. 3:26 BW stelt ook specifieke eisen aan de persoon tegen wie je dit artikel kunt invoeren. Er is nog iets extra's van belang, degene tegen wie jij de bescherming wilt invoeren heeft ervoor moeten kunnen zorgen dat het wel goed was ingeschreven. Dus als een notaris per ongeluk een hypotheek doorhaalt dan kan het best zo zijn dat niemand die hypotheek meer terug kon vinden, maar voor bescherming tegen de hypotheekhouder moet hem verweten kunnen worden dat het door raadpleging van de registers niet meer gezien kon worden.

## Voorbeeldcasus (2)

A heeft een hypotheekrecht op 300 panden; voor één van de panden zegt zij het hypotheekrecht op en vervolgens geeft zij notaris X opdracht om het hypotheekrecht door te halen in de openbare registers. Die royementsakte ziet per abuis op het hypotheekrecht voor alle panden.

Het betrof in deze casus een grote Amerikaanse bank die een volledige portefeuille panden had gefinancierd. Met de woningcorporatie had de bank afgesproken dat als de corporatie een huis wilde verkopen dan mocht de corporatie dat gewoon doen en dan hoefde de corporatie niet het complete bedrag af te betalen, maar alleen het gedeelte wat de woning opbracht. De verkoopprijs van een woning moest wel minimaal overeenkomen met het bedrag uit het taxatierapport en het bedrag moest gestort worden bij de bank om af te lossen. De hypotheek voor dat ene overgedragen pand wordt dan beëindigd. Vervolgens doet de woningcorporatie dit ook en de notaris ziet de afspraak en draagt er zorg voor dat hij het taxatierapport heeft gezien en dat het geld wordt afgedragen aan de desbetreffende bank. Nu is er niks aan de hand zou je zeggen. Wat doet de notaris vervolgens, hij beëindigt het hypotheekrecht en verzoekt het kadaster om het door te halen en het kadaster haalt dan de hele akte door voor alle panden. Bij al die panden laten ze het hypotheekrecht verdwijnen. Is het hypotheekrecht er ook daadwerkelijk af? Nee, alleen van dat ene pand is de hypotheek er af en op de rest zit het er nog op, het lijkt alleen alsof het er overal vanaf is, omdat dit blijkt uit de registers.

Vervolgens wordt er nog een pand overgedragen en nu bij een andere notaris. Die notaris ziet geen hypotheek op dat pand zitten en denkt dat dat dus mooi snel is afgehandeld en draagt over aan degene aldaar. Wat verkrijgt diegene nu? Onder de last van hypotheek of niet? Onder de last van hypotheek, want die rust er nog gewoon op, tenzij er derdenbescherming is.

Vervolgens ziet de eerste notaris dat het fout is gegaan en hij wil zijn fout herstellen en daarvoor moet de akte die doorgehaald is weer 'ontstreept' worden. De hypotheek moet weer in beeld gebracht worden. Wat is nu het onjuiste feit? De eerste doorhaling dat per abuis de hypotheek is doorgehaald voor al die andere onroerende goederen is het onjuiste feit.

## Vervolg

Stel dat B (hypotheekgever) vervolgens een van de andere panden overdraagt aan C.  
Wordt C beschermd tegen de onjuiste inschrijving?

C wordt hier wellicht beschermd door art. 3:26 BW. Maar de bank moet wel een verwijt worden gemaakt tussen enerzijds wat is ingeschreven en anderzijds hoe het werkelijk zat, het is maar de vraag of het de bank hier valt te verwijten. We weten niet helemaal wanneer C nu wordt beschermd. C heeft recht op een pand zonder hypotheek. Daar mag je vanuit gaan en daar moet de verkoper ook voor instaan en hij moet er ook voor instaan dat er geen lasten op rusten die niet zijn afgesproken. De verkoper moet dus maar zorgen dat de hypotheek er niet meer op staat. Dit kan achteraf niet meer dus dan moet je maar ontbinden. Maar die corporatie heeft geen geld dus daar heb je ook niks aan, want je zult zo je geld niet meer terug krijgen. Je bent je geld dus kwijt en je zit met dat pand. Dan ga je maar naar de notaris, die heeft een fout gemaakt en dat is onrechtmatig o.g.v. art. 6:162 BW, dus stel je die aansprakelijk. Soms is het ook een fout van het kadaster, dat die per ongeluk alles heeft doorgehaald, dan stel je die aansprakelijk.



## Voorbeeldcasus

A verkoopt en levert een stuk grond aan B. Na enige tijd wordt duidelijk dat deze grond al vóór deze levering door verjaring eigendom was geworden van X.

Is B eigenaar?

B verkoopt en levert door, aan C. De verjaring is nog steeds niet ingeschreven in de registers.

Is C eigenaar?

In welke bepaling zitten we nu? Art. 3:24 BW. Levert dit bescherming op voor B? Verjaring wordt uitgezonderd in art. 3:24 BW. Je kunt het wel inschrijven en als je zoiets niet doet roep je normaal bescherming over ja af, maar nu het is uitgezonderd is dit niet zo. Nu verkoopt B door aan C. Kun je je nu onttrekken aan het feit dat niet is ingeschreven? Want er is nu ook een onjuist feit gecreëerd, namelijk de levering van A aan B, wordt C nu ook beschermd? De levering die wel is ingeschreven aan B klopt niet. C zou beschermd kunnen worden doordat art. 3:26 BW werkt. Dan kan C eigenaar worden. Maar waar wil C nu bescherming tegen hebben? Tegen de verjaring zelf en dat is en blijft een feit dat *niet* is ingeschreven maar wel ingeschreven had kunnen worden, maar dat vervolgens weer is uitgezonderd in art. 3:24 BW, dus dan zou er geen bescherming zijn. Hier bestaat dus discussie over in de literatuur.

## Art. 3:36 BW

Art. 3:24 t/m 26 zijn de belangrijkste derdenbeschermingsbepalingen, maar een heel enkele keer heb je te maken met iemand die niet valt in een van deze categorieën. Dit zijn vaak de beslagleggers. Ze kunnen dan een beroep doen op art. 3:36 BW. Dit is een heel algemeen artikel. Bestond een bepaalde rechtsbetrekking nu wel of niet? Beslagleggers kunnen soms af zijn gegaan op datgene wat ze in de registers hebben aangetroffen en dan kunnen ze bescherming krijgen op basis van art. 3:36 BW. Er moet sprake zijn van een derde en een verklaring of een gedraging van iemand waartegen die derde bescherming wil hebben. Er kan dus iets verklaard zijn waardoor jij hebt gehandeld zoals je hebt gehandeld. De Hoge Raad heeft ook bepaald dat dit kan zijn dat iemand stil zit, dus iets niet heeft ingeschreven wat wel had moeten. Die andere bepalingen verlangen helemaal niet dat de beschermende partij aannemelijk maakt dat hij de registers gezien heeft. Het is daarbij dus niet nodig dat je hebt gekeken, er moet alleen blijken dat het niet klopt. Bij art. 3:36 BW maakt het wel uit, je moet in redelijk vertrouwen hebben gehandeld op basis van vertrouwen wat is ingeschreven.

## Voorbeeld

A heeft zijn grond in erfpacht uitgegeven aan B. A heeft dit erfpachtrecht willen opzeggen, maar was daartoe niet gerechtigd. De opzegging is wel ingeschreven. X legt beslag op de onroerende zaak, ervan uitgaande dat de erfpacht geëindigd is.

Wordt X beschermd?

Van wie is X de schuldeiser? Van A, want A is gerechtigd tot de onroerende zaak waarop X beslag legt. Stel dat je je grond in erfpacht hebt gegeven, dan heb je niks aan die zaak, het enige wat je eraan hebt is dat je canon kunt vragen. Voor het genot kan het dus nogal wat uitmaken of er wel of geen erfpacht op zit. Als de erfpacht ervan af is dan is de waarde van de grond een stuk hoger. Wordt X nu beschermd? Heeft hij gehandeld in redelijk vertrouwen? Hij had veel meer onderzoek kunnen doen, hij had er niet vanuit mogen gaan dat het zomaar was geëindigd doordat het was opgezegd. Hiervoor moeten we wel eerst een verklaring of gedraging van B aanwijzen, want X wil een bescherming

hebben tegen B en niet tegen A, want hij wil tegen B kunnen tegenwerpen dat die erfpacht er niet meer is. Dus dat begint ermee dat we van B een bepaalde verklaring of gedraging moeten aanwijzen. Hierop moet je vervolgens je handelen hebben gebaseerd. Zo'n gedraging kan zijn het niet reageren op die opzegging. Doordat B niks deed heb jij er op vertrouwd dat het goed zat. Maar als je alleen hierop vertrouwt zonder verder iets na te vragen dan kan je niet zomaar zeggen dat je in redelijk vertrouwen hebt gehandeld. Daar had je wat meer voor moeten doen.

## Vervolg

Stel dat de erfpacht inmiddels is doorgehaald met medewerking van B, wordt X dan beschermd? Nu is er een duidelijke actie van B. Die erfpacht wordt niet onzichtbaar in de openbare registers. Je ziet gewoon dat er sprake is geweest van een opzegging van de erfpacht. Bij doorhaling in de registers verdwijnt het wel. Nu is er wel een heel duidelijke gedraging van B waar je in redelijk vertrouwen op hebt kunnen handelen.

Wat houdt de bescherming van art. 3:36 BW nu precies in? Bij die andere artikelen krijgt de beschermde persoon de rechtspositie die hij anders ook gekregen had. Lang werd gedacht dat dit ook zo was bij art. 3:36 BW, dus dat hij beslag kan leggen op een onbezwaard registergoed. De Hoge Raad heeft echter uitgemaakt dat dit bij art. 3:36 BW niet zo werkt in *HR 18 november 2016, RvdW 2016/1176 (FGH/Fraanje)*. FGH, Friesland Groningen Hypotheken was een bank en had een hypotheekrecht op een appartementsrecht van MedyVast. Fraanje was een schuldeiser van MedyVast en wilde beslag leggen op een vermogensbestanddeel van MedyVast. Nu wilde het toeval dat de hypotheek van FGH was doorgehaald door een volmacht. Dit was dus door een foutieve verklaring gebeurd. Fraanje had dit gezien en had mooi bedacht om daar beslag op te leggen met de oprechte veronderstelling dat dit klopte wat er stond. Die fout was eigenlijk wel aan FGH toe te rekenen. De notaris zag dat dit fout was gegaan en zorgde na de beslaglegging ervoor dat die hypotheek weer zichtbaar werd in de registers. Fraanje wist dit alleen niet en had er zelfs onderzoek naar gedaan en zegt nu is art. 3:36 BW van toepassing. Dit is gewoon een voorbeeld uit de boekjes, dus moet het wel goed gaan. Het Hof geeft hem gelijk en FGH gaat daartegen in cassatie en wint feitelijk die procedure. Fraanje heeft dan wel die bescherming, maar daar heeft Fraanje niet zoveel aan, want het zorgt hoogstens voor de bewaring van rechten die je al had. Daarmee heb je nog geen recht op voorrang ten opzichte van de FGH, de Hoge Raad vergelijkt dit met de uitbrenging van een dagvaarding. Stel je voor dat je meent dat je nog €20.000 van iemand te vorderen hebt en die ander denkt dit ook, maar de ander betaalt niet. Daar is discussie over en beiden gaan ervan uit dat jij nog €20.000 te vorderen hebt. Dan duurt het zo lang dat je een executoriale titel wil. Als je vervolgens een dagvaarding uitbrengt en dan kan de ander een bonnetje terug vinden dat hij wel al heeft betaald! Waar zorgt die dagvaarding dan voor? Kan jij dan zeggen dat je hebt gehandeld in het vertrouwen op de verklaring dat je nog moest betalen? Nee, natuurlijk niet, het slaat nergens op dat die ander nog een keer moet betalen. Volgens de Hoge Raad is dit hetzelfde met de beslaglegging. Je kunt dan wel je beslagkosten terug krijgen, maar je moet niet denken dat je ineens voorrang hebt op die FGH bank. Lees dus die uitspraak goed. Je wordt misschien wel beschermd, maar daar moet je verrekte weinig van verwachten.

## Gematigd negatief stelsel

- Uitgangspunt: negatief
- Gerelativeerd door diverse bepalingen van derdenbescherming
  - Een beroep op de informatie in de registers wordt vaak gehonoreerd
- Men kan echter niet in alle gevallen op de juistheid van de registers afgaan

- Verjaring
- Bescherming is vaak beperkt tot specifieke personen
  - Beslagleggers

### **De openbare registers**

De openbare registers worden geregeld in boek 3 BW (art. 3:16 en 3:17 BW) en in de Kadasterwet (Kw). Dit is op een bepaalde manier administratief ingericht. Voor alles zijn namelijk 2 registers. Op het moment dat een akte wordt aangeboden bij het kadaster, gaat het kadaster beoordelen of de akte voldoet aan de inschrijvingsvereisten. Als dit niet het geval is dan weigert het kadaster die inschrijving en dan komt de inschrijving niet tot stand en dat betekent een niet ingeschreven feit op grond van art. 3:24 BW of de levering komt niet tot stand. Als jij vindt dat die akte wel aan de eisen voldoet dan kun je dit aanvechten. Als je hierin succesvol bent dan resulteert dat erin dat met terugwerkende kracht wordt aangenomen dat er toch ingeschreven wordt op het moment dat de akte werd aangebracht. In de tussentijd moet een derde die akte natuurlijk wel kunnen zien. Dit is de reden dat er ook nog een register 4D bestaat, want hierin worden geweigerde akten geboekt. Deze akten verdwijnen als je er niet tegenin gaat of wanneer je verliest en anders wordt het alsnog in het desbetreffende register ingeschreven.

### **'De bewaarder'**

Bij de bijhouding van de kadastrale registratie heeft het kadaster geen lijdelijke rol. De bewaarders bepalen het zelf en op het moment dat zij hebben vastgesteld dat het registergoed van A op B is overgegaan dan registreren ze dat en als ze vinden van niet dan laten ze het gewoon op naam van A staan.

Voldoet de verklaring aan de eisen die de Kadasterwet en het BW formeel aan het stuk stellen? Hierin heeft het kadaster wel een lijdelijke rol (art. 3:19 lid 4 BW). De Kadasterwet staat vol met allemaal formele eisen waaraan een akte moet voldoen en op het moment dat de akte er niet aan voldoet dan mag het kadaster weigeren (art. 3:20 BW). Dit is uitsluitend als er gegevens ontbreken. Het kadaster toetst dus niet of de gegevens die erin staan, kloppen. Het enige waar men aan toetst is of het er überhaupt wel in staat, of het klopt is aan de notaris.

Er was eens een probleem met de rectificatie van een splitsingstekening in appartementsrechten. Dit betrof een heel groot complex en voor elke verdieping was er een grote tekening gemaakt, maar een van de indexnummers klopte niet er stond namelijk ergens 236 terwijl het 226 had moeten zijn. Je kon duidelijk zien wat er fout was, maar de rechthebbende wilde graag dat het gecorrigeerd werd. Als notaris kun je dan een registerverklaring opstellen dat 236, 226 moet zijn, dit was namelijk een kennelijke misslag. Wat zegt het kadaster bij deze verklaring? Die weigert dat, want er wordt een splitsingstekening gewijzigd en dat kan alleen als er een compleet nieuwe tekening voor vervaardigd wordt. Voldoet die verklaring inderdaad niet aan de eisen? Hier kun je discussie over krijgen. Als je geen zin hebt om te schikken of geen zin hebt in de discussie, dan kun je de procedure gaan voeren o.g.v. art. 3:20 BW.

Als je een akte geweigerd gekregen hebt en het kadaster meldt jou dat de volgende dag en in de tussentijd gaat 1 van de partijen failliet, dan wil je niet dat dat faillissement er bij komt, dus dan moet die akte van inschrijving wel aangevochten worden zodat de datum van inschrijving nog voor het faillissement is.

## **Inschrijvingsvereisten**

Art. 10a Kw

- Voor inschrijving is vereist dat een stuk voldoet aan de vereisten bedoeld in hoofdstuk 2, titel 2 (...).
- Art. 18 e.v. Kw.
- ... onverminderd hetgeen wordt bepaald bij verdrag en bij of krachtens deze of een andere wet.

Bewaarder treedt niet in de *feitelijke juistheid* van de gegevens

- Verkeerd kadastraal nummer?

Art. 3:20 en 3:22 BW

## **Wat zijn de vereisten?**

Het kadaster geeft algemene eisen zoals persoonsgegevens (art. 18 Kw), verwijzingen (art. 19 Kw) en objectgegevens (art. 20 Kw) en een aantal specifieke vereisten afhankelijk van de aard van het inschrijvingsfeit. Dit zorgt ervoor dat de notaris voor het inschrijven wel moet checken of dat feit zich wel heeft voorgedaan.

## **Verklaring van waardeloosheid (art. 35 Kw)**

Een mooi voorbeeld hiervan is de verklaring van waardeloosheid. De rechthebbende moet het eens zijn met dat die inschrijving van bijvoorbeeld hypotheek wordt doorgehaald. Dit kan alleen maar als de notaris verklaart dat hij weet dat jij dat goed vindt. Er gaat dus een waarborg in schuil dat je weet dat de hypotheek geëindigd is. De notaris moet waarborgen dat de feiten die hij verklaart zich ook echt hebben voorgedaan.

## **Verklaring verjaring (art. 34 Kw)**

Je moet bij verjaring bijvoorbeeld ook bewijsstukken voegen waaruit blijkt dat de verjaring zich ook echt heeft voorgedaan. Dit is van belang bij verkrijgende verjaring (art. 3:99 e.v. BW) of het teniet gaan van een beperkt recht (art. 3:106 of 3:323 BW).

## **Inschrijving**

Aanbieding juiste stukken

- Inschrijving terstond na aanbieding (art. 3:19 BW)

Aanbieding onjuiste stukken

- Boeken in register '4D' (art. 3:20 BW)

## **Akte van vernieuwing**

Vernieuwing (art. 77 Kw)

- Akte opgemaakt via een door Kadaster aangewezen *notaris*
- Waarborg voor juiste/volledige weergave van het eindresultaat

Art. 78 lid 2 Kw

- Rechthebbende = bezitter te goeder trouw

Art. 78 lid 3 Kw

- Termijn art. 3:106 BW = 10 jaar

## **HC 12, 15-05-2018, Registergoederenrecht**

### ***Parkmanagement (Gastcollege door Paul Kerckhoffs)***

#### *Regie van de (vastgoed)omgeving*

Het begrip park moet je heel ruim zien, het kan een industriepark zijn, Paleis Soestdijk of een stationsomgeving of een flatgebouw met beneden een winkelstrip. Je moet het dus niet meteen met groen associëren, maar ruim zien.

Een stationsomgeving is voor het regisseren een grote uitdaging, want je hebt verschillende functies. De spoorbanen moeten altijd in overheidshanden blijven, maar er wordt een vastgoedomgeving omheen gebouwd. Hoe ga je daarin regisseren met de verschillende belangen? Gebouwen, parkeren, busstation enz.

### **De Rotterdam**

Ook dit gebouw heeft verschillende functies. Er huizen winkels, een hotel, je kunt er wonen, er zit een kantoor, parkeren is er mogelijk, enz. ook dit is dus weer een vastgoedomgeving. Hoe ga je dit regisseren om in het kader van de natrekking alles weer te ontvlechten en iedereen zijn eigen deel in het geheel te laten hebben?

### **Euroborg**

Er was een tijd in de crisis dat het niet zo goed ging met de voetbalclubs, dus de stadions gingen veel aan commercie doen. In de Euroborg zit zelfs een bioscoop, maar zelfs de zitjes werden verkocht. Nu hebben ze zelfs het dak geëxploiteerd, want er zitten zonnepanelen op.

### **Overzicht**

Wat is parkmanagement juridisch?

Contractuele vs. "zakelijke" werking: hoe kijk je naar zakelijke rechten dat iets aan een ieder afdwingbaar is.

Wettelijk kader (goederen-/vennootschapsrechtelijk): als je naar het kunnen willen regisseren in de toekomst kijkt dan moet je ook naar het vennootschapsrecht kijken, want meestal gaat het om vennootschappen die zo'n vastgoedproject doen. Als je een splitsing in appartementsrechten hebt dan zie je meestal een vereniging van eigenaren ontstaan. Dus dit is vennootschapsrechtelijk.

### **Wat is parkmanagement (juridisch)?**

Dit is niks nieuws. a. Het komt bijna overal voor. Met een bedrijventerrein en ook in een winkelcentrum zit je vaak alweer in een vastgoedomgeving. Grote gebieden als de haven enz. Bij vakantieparken speelt de leisure een rol en heb je niet alleen een huisje op een kaveltje, maar ook de gerechtigdheid op het zwembad of de golfbaan. Cultureel erfgoed, Soestdijk is nu net nieuw cultureel erfgoed. Het is een historische omgeving en nu is het verkocht door de staat en de eigenaar kan nu gaan regisseren, maar doordat het nu cultureel erfgoed is, kan de staat toch nog regisseren wat er moet

gebeuren. Ook kan het zijn dat degene die nu eigenaar wordt allemaal beloftes geeft, maar hoe veranker je de beloftes op het moment dat de staat afstand doet van zijn eigendomsrecht. Nieuwe energievoorzieningen, bijv. de WKO installatie, ook dit is eigendom van iemand, maar gaat ook weer een gebouw van iemand anders in. Ten slotte is ook een woonzorgcomplex een vastgoedomgeving.

Wat is het materieel? In een winkelcentrum moet de gang schoon blijven. Op een station moet er een goede toegankelijke omgeving zijn en dit moet goed onderhouden worden terwijl het wel gemeenschappelijk is. Dit zie je ook al in een appartementencomplex. Het gaat dus om beheer/eigendomsverhouding voor (gemeenschappelijke) voorzieningen variërend van weggebruik/onderhoud, bewaken van ruimtes, (*profit*) *sharing* van werkzaamheden/kosten

Wat is het juridisch? Hoe verankeren we de rechten en verplichtingen die kleven aan vastgoed. Hoe kun je het zo maken dat het faillissementsproof is. Dat je het kunt afdwingen.

### **Kernbegrippen**

Aan wie veranker je? Het woord eigendom is al gevallen, de eigenaar is degene met het grootste recht, de eigendom, afgezien van allerlei beperkte rechten. De eigenaar kan allemaal afgeleide rechten maken. Ook daar moet het aan het onroerende goed kleven. Dan heb je nog een derde, hoe krijg je verplichtingen op een weg of toegang? Het gaat dan niet om de openbare weg, want daar zijn wettelijke verkeersregels op van toepassing, maar dit is niet zomaar het geval bij particuliere wegen.

Als je woont in een appartementencomplex dan heb je mooie rechten, je mag daar namelijk wonen, maar je hebt ook allemaal verplichtingen, bijvoorbeeld voor de onderhoud aan het dak en het schoonhouden van de hal. Bij een erfdiensbaarheid gaat het om een dulden of niet doen, hier zitten geen actieve kanten aan. Je moet wel altijd rekening houden met de actieve en passieve kanten.

Er moet iets gemaakt worden wat in elke situatie afdwingbaar is. Het moet dus kleven aan het recht. Hoe krijg je iets verankerd, wie moet er aan gebonden zijn, hoe ga je met de verankering van rechten en verplichtingen om? Het is namelijk wel handig als iets in elke situatie geldig is jegens rechtsopvolgers en onder andere in geval van faillissement.

Kortom dit is gewoon het leerstuk van de derdenwerking.

### **Contractueel kan (bijna) alles worden verankerd**

Er zijn altijd een aantal nuanceringen op dat alles verankerd kan worden in een contract, je moet bijvoorbeeld wel dingen maken die *niet* in strijd zijn met de mededingingsplicht. Als je als Heineken een groot aandeel hebt in de markt en Heineken koopt pandjes op dan kan Heineken niet verplichten dat daar alleen Heineken getapt mag worden, want dan kom je aan de regels van mededinging toe.

Als je iets gaat kwalificeren als algemene voorwaarden, dan moet je wel rekening houden met de grijze en zwarte lijst.

Ook moet rekening gehouden worden met het publiekrecht. Gemeentes leggen veel dingen vast in een contract met het uitgeven van grond in erfpacht. Overheden hebben vaak gronden uitgegeven en hebben in de privaatrechtelijke sfeer heel veel spelregels opgelegd terwijl er ook een publiekrechtelijk kader is, gaat de overheid dan niet verder dan publiekrechtelijk mogelijk was?

Je moet er altijd voor zorgen dat het kleeft aan een registergoed en niet aan een persoon en bij voorkeur moet het ook in het kadaster staan. Je kunt contractueel heel veel, maar je moet er wel altijd voor zorgen dat het aan het registergoed kleeft.

## **Registergoed staat centraal, waardoor zoveel mogelijk gebruik dient te worden gemaakt van het wettelijk kader**

### *Goederenrechtelijk*

- Eigendom: het recht van eigendom is het meest omvattende recht en als er geen beperkingen op zitten dan mag je alles ermee doen wat je wilt.
- Erfpacht: je krijgt het recht om te bouwen of andere dingen te doen met de grond, maar de gemeente blijft de bloot eigenaar. Er zitten erfpachtvoorwaarden op de grond en daar kan de gemeente echt van alles in regelen en dus verankeren. Ga je een stap verder, dus niet een huis maar voor een kantoorgebouw of winkelcentrum, dan moet er veel meer verankerd worden omdat het veel meer functies heeft. Dit is een melkkoe voor de gemeentes. Het was ook een financieringsmechanisme voor mensen die niet konden betalen voor een stuk grond, ze konden dan periodiek betalen doormiddel van de canon. Het is echter ook een melkkoe geworden, omdat de erfpacht natuurlijk voor een bepaalde periode is vastgelegd dan moet het weer verlengd worden en bij de verlenging kan de canon verhoogd worden.
- Recht van opstal: dit geeft de basisregel om een vorm van natrekking te doorbreken door een gebouw op de grond zakenrechtelijk te scheiden van de grond. Opstal is een zakelijk recht om een werk niet nagetrokken te laten worden met de grond waarop het werk staat. Het kan dan om tulpenbollen, maar ook om een parkeerkelder, of een warmtekoude installatie (WKO) of een telecommast.
- Splitsing in appartementsrechten (VvE): dit is eigenlijk een vorm van gemeenschappelijke eigendom, want sommige dingen zijn gemeenschappelijk en vervolgens ga je in het kadaster aangeven wat wel individuele eigendom is. Daar krijg je ook de toepassing van hoe eigenaren in zo'n flatgebouw samenwerken. Daar heb je de Vereniging van Eigenaren (VvE) voor en van die vereniging ben je van rechtswege lid. Dit is bijzonder, want normaal kan niemand gedwongen worden om lid te worden van een vereniging, maar hierop is een wettelijke uitzondering gemaakt bij de splitsing in appartementsrechten. Splitsing in appartementen is breed toe te passen, een winkelcentrum kan bijvoorbeeld gesplitst zijn, maar ook een vakantiepark of een jachthaven.
- Mandeligheid: mandelig is bijvoorbeeld een achterpad, een onroerende zaak die dienstbaar is aan meerdere andere onroerende zaken. Bijvoorbeeld als je een rijtje huizen hebt dan zit er vaak achter de huizen een stuk grond met toegang tot de bergingen, dat wordt door iedereen gebruikt. Dit kun je op verschillende manieren regisseren. Je maakt het een eigen eigendom, en alle huizen worden er gemeenschappelijk eigenaar van. Dus als je naar het kadaster kijkt zie je een strook achterpad die van alle huizen is en dat is een voorbeeld van mandeligheid. Je kunt in de voorwaarden daarvan van alles bepalen rondom dat achterpad. Bijvoorbeeld dat je er alleen met de fiets mag komen of dat er wit grind moet liggen. Mandeligheid kan echter ook voorkomen in een winkelcentrum. Dat je bijvoorbeeld een dak bouwt over een straat en dat is voor meerdere winkels en die winkeleigenaren zijn dan gemeenschappelijk eigenaar van dat dak.
- Erfdienstbaarheid: dat achterpad kan ook met een erfdienstbaarheid. Dat stukje achterpad wordt dan toch van jezelf, maar het stukje achterpad mag je niet gebruiken voor je eigen woning, maar het moet gebruikt kunnen worden door de andere eigenaren. Je moet dulden dat iemand anders er met zijn fiets overheen gaat om naar zijn huis te gaan. Als je in een rijtjeshuis woont dan zijn die huizen aan elkaar gebouwd, dat betekent ook dat die huizen gemeenschappelijke muren of funderingen hebben. Je bent er niet bij gebaat dat de buurman

zijn huis afbreekt, want dan stort jouw huis ook in. Je mag ook niet gaan graven omdat je dan de leidingen van de buurman kunt raken. Er zit dus vaak een erfdienstbaarheid op de gemeenschappelijke muur of fundering in zulke huizen om te regelen dat dit dus niet kan gebeuren.

- Kwalitatieve verplichtingen: dit kleeft aan de kwaliteit van de eigenaar/gebruiker. Je verkoopt je huis en je hebt het buurhuis nog wel in eigendom, de gemeente doet zulke dingen vaak ook, maar je wilt wel dat dat huis dat je hebt verkocht gewoon gebruikt wordt, bijvoorbeeld alleen voor particuliere bewoning, dat kleef je op je erf dat je verkocht hebt ten behoeve van het buurerf (dat nog in jouw bezit is). Gemeentes leggen dat ook vaak op.
- Kettingbedingen (pseudo-goederenrechtelijk), zo'n beding heeft niet zonder meer goederenrechtelijke werking, want het is zuiver contractueel. Als je je huis verkoopt en je wilt dat er geen horeca komt dan beding je aan je koper dat hij daar geen horeca mag beginnen en je bedingt ook dat de koper dit weer moet bedingen van de volgende koper. Hier zet je natuurlijk wel een flinke boete op als diegene het wel zou doen, anders werkt het natuurlijk niet. Een nadeel van zo'n beding is dat als een koper failliet gaat dan zegt de curator dat hij niet aan dat beding is gehouden. Op het moment dat je een akte ziet en daar staat een kettingbeding in dan weet de notaris dat er een contract is dat moet worden nageleefd en doorgeleverd. Mag de notaris dan meewerken als iemand dat beding wil schenden? Het krijgt dan een beetje quasi-goederenrechtelijke werking, maar niet helemaal, want in het geval van een failliete koper dan valt zo'n beding er gewoon af.

#### *Vennootschapsrechtelijk*

- Aandelen in NV/BV, waaraan gekoppeld kwaliteitseisen: je kunt kwaliteitseisen aan het hebben van aandelen stellen en als je daarin aandelen hebt dan kun je daar bepaalde rechten en verplichtingen aan ophangen.
- Gewone vereniging: een vereniging heeft ook zijn statuten. Je mag naar bijeenkomsten, dit zijn rechten, maar je hebt ook verplichtingen, je moet bijvoorbeeld contributie betalen enz.
- De personenvennootschappen (maatschap, VOF, CV), deze hebben nog geen rechtspersoonlijkheid, maar er is geprobeerd om het wel rechtspersoonlijkheid te geven. Maar als je lid bent van een VOF dan heb je een VOF contract of voorwaarden en daar staan ook allemaal dingen in bijvoorbeeld welke kwaliteit je moet hebben om aan de VOF mee te kunnen doen.
- Coöperatie/Onderlinge waarborgmaatschappij: vroeger had je bij boeren vaak een coöperatie. Hier waren ook rechten en verplichtingen aan verbonden. Onderlinge waarborgmaatschappijen zie je veel bij verzekeringen.
- Stichting: de stichting kun je ook gebruiken als tussenschuifluik, want het heeft geen leden, maar wel begunstigers.

Het is vaak zo dat je er met één van deze onderdelen niet komt, dus moet je schakelen met al die instrumenten zodat je de regievoering van je vastgoedgeving kunt bepalen.

#### **Ontwikkeling in de juridische mogelijkheden**

Vroeger was vastgoed dat je een bedrijfshalletje had of iets anders en dan moest je over de weg van het bedrijventerrein heen dus dan sprak je een erfdienstbaarheid af. Dit was een traditionele situatie die meestal beperkt was tot regelingen voor het gebruik, onderhoud en dergelijke. Tegenwoordig is een vastgoedgeving dynamisch geworden, het is niet alleen meer het hebben van een werkplaats, maar die werkplaats maakt nu ook gebruik van allemaal faciliteiten. Als je de uiterlijke situatie niet goed



regisseert dan wordt het een rotzooi, dus daarom moet dit wel goed geregisseerd worden. Er is veel meer behoefte aan producten met toegevoegde waarde. Er zitten in het regisseren van de nieuwe omgeving veel meer verplichte afnamen, dat je als eigenaar aan veel meer dingen moet meedoen om te zorgen dat een vastgoedomgeving goed blijft. Dit maakt het allemaal wel veel ingewikkelder.

### **Bepalende elementen**

- Eigendom-/gebruikssituatie: wie is eigenaar of wat is de gebruikssituatie? Hoe maak je dan iets dat het wel bestuurbaar is, als je heel veel eigenaren hebt in een gebied, hoe krijg je dat die mensen met elkaar overleggen en afstemmen en dat het goed blijft.
- Bestuurbaarheid/betrokkenheid: je zit ook niet te wachten op de gemeente die een vetorecht krijgt, want die zit aan publiekrechtelijke dingen gebonden waardoor er minder vrijheid overblijft.
- (Risico)aansprakelijkheid: iemand die van iets eigenaar is, heeft ook het risico ervan. Dus als iemand te boek gesteld staat als eigenaar dan loopt diegene ook de aansprakelijkheid en daar zit je niet op te wachten als het eigenlijk gemeenschappelijk is. Dit zul je dus zoveel mogelijk moeten afgrendelen, ook indirect.
- Fiscaliteit: bij elke omgeving die je vorm geeft speelt de fiscaliteit ook een rol. Want het is een exploitatie en dat is onder omstandigheden een soort onderneming. Ook als het heel veel geld waard is, dan moet je dat wel weten, want aan wie valt een eventueel voordeel toe?
- Flexibiliteit: als je iets maakt moet je kijken hoe iets werkt als het over 20 of 30 jaar veranderd is. Hoe flexibel is het op termijn als het verandert? Bij de gemeente die een erfpacht gaf, stond er vaak een bepaling in de erfpachtvoorwaarden dat als er op termijn sprake was van een groot algemeen belang dan kon de erfpacht beëindigd worden. Er moest dan natuurlijk wel schadeloos gesteld worden, maar er werd zo wel een soort van flexibiliteit op de lange termijn ingebouwd.

### **Voorbeeld**

- bedrijventerrein (eigendom): een bijzondere vereniging, al dan niet in combinatie met een separaat exploitatieorgaan, waarbij:
  - toegang/ontsluiting door middel van erfdienstbaarheden
  - aan lidmaatschap gekoppeld verplichte bijdrage/afname
  - indien geen lidmaatschap (vrijheid vereniging), verplichting uit hoofde van separate overeenkomst
  - derdenwerking indirect door erfdienstbaarheid en direct door contract (kettingsbeding)
  - ter bevordering van die derdenwerking: sancties die goederenrechtelijk werken (ter voorkoming van *free riders*)

### **Erfpacht (primair) beste "kapstok"**

Je moet naar een combinatie van al die mogelijkheden, maar je kunt ook naar 1 simpele vorm aanhouden zodat je goederenrechtelijk een kapstok hebt. Art. 5:85 BW (erfpacht): "Erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken." Met erfpacht kom je bijvoorbeeld heel ver. Je hebt een zekere vrijheid om in de erfpachtvoorwaarden verplichtingen op te leggen. Er zit wel weer een maar aan, want je zou de

kapstok erfpacht kunnen gebruiken/misbruiken om een heleboel regels op te leggen die eigenlijk niet binnen de erfpacht passen. De gemeente Rotterdam gaf mensen grond uit in erfpacht en daarbij bedongen ze bijvoorbeeld dat overal mensen met een handicap tewerkgesteld moesten worden, dit is echter helemaal niet een voorwaarde die bij de erfpacht hoort.

Erfpacht is de ideale kapstok, maar waarom niet de splitsing in appartementsrechten? Dit is een heel mooi medium, maar het is inflexibel omdat je iedereen nodig hebt als je later weer iets wilt regelen.

## **HC 13, 16-05-2018, Registergoederenrecht**

### ***Gemeenschappelijke eigendom***

Dat ouders samen een huis hebben is al gemeenschappelijke eigendom, dit kan door huwelijksvermogensrecht, maar het kan ook zijn dat ze niet getrouwd zijn en dat er een eenvoudige gemeenschap is. De gemeenschappelijke gerechtigdheid tot een huis, een fiets of een auto wordt beheerst door regels die in boek 3 worden gegeven met betrekking tot de gemeenschappelijke eigendom.

We hebben gewone gemeenschappen, waar de wet algemene regels voor geeft, maar je hebt ook bijzondere gemeenschappen waarbij de wet wel voorziet in bijzondere regels, bijvoorbeeld een huwelijksgoederengemeenschap, of een nalatenschap, of vennootschapsvermogen. In het vastgoed zijn er nog twee vormen van gemeenschappelijke eigendom die bijzonder op vastgoed zien. Ten eerste is dat de mandeligheid: gemeenschappelijke eigendom van vastgoed waaraan ook aandelen in een ander vastgoed gekoppeld zit. Dus als je een onroerend goed hebt dan zit daaraan gekoppeld een aandeel in bijvoorbeeld een achterpaadje achter het huis. Dit kan ook bij gezamenlijke luifeltjes, gezamenlijke zwembaden, maar ook een gemeenschappelijke scheidsmuur in een rijtjeshuis of twee-onder-een-kap-woning, die wordt ook geacht mandelig te zijn. Dat is aan het huis gekoppeld en dus mandelig. Een andere bijzondere vorm van gemeenschappelijke eigendom waar we (net als bij mandeligheid) uitgebreider bij stil gaan staan is de appartementssplitsing. De appartementseigenaars zijn gezamenlijk eigenaar van het gehele gebouw. Er worden onverdeelde aandelen gecreëerd in het gehele gebouw. Dit is niet overal hetzelfde, in Duitsland en Frankrijk koop je wel gewoon een stukje van het gebouw, maar hier is het dus zo dat het hele gebouw van iedereen gezamenlijk is. Dit recht is dus ook behoorlijk inflexibel, want je zit vast aan een Vereniging van Eigenaars (VvE). Dit is handig, maar soms kan het ook heel vervelend zijn want iedereen bemoeit zich ermee.

### **Gemeenschap (algemeen)**

In titel 3.7 BW staat de basis van de gemeenschap. Het begint eenvoudig, maar het wordt al snel moeilijker. Gemeenschap is aanwezig als een goed toebehoort aan 2 of meer deelgenoten gezamenlijk. De wet maakt onderscheid tussen algemene bepalingen voor eenvoudige gemeenschappen en bijzondere bepalingen voor bijzondere gemeenschappen. Bijzondere gemeenschappen worden over het algemeen vrij intensief geregeld ergens anders in de wet, bijvoorbeeld de huwelijksgemeenschap in boek 1 BW. Als daar niet iets in is geregeld dan kan het nog wel eens handig zijn om terug te vallen op de algemene regels uit titel 3.7 BW, maar over het algemeen heb je daar de bijzondere regels voor nodig. Zodra de gemeenschap echter eindigt, dus de huwelijksgemeenschap of een maatschap, dan schiet dat gemeenschappelijke vermogen ineens naar boek 3 BW, omdat dat vermogen ooit is ontstaan in het kader van zo'n bijzondere gemeenschap dan moet je ineens ook kijken naar afdeling 2 van titel 3.7 BW. De gemeenschap is nu gericht op afwikkeling. De gemeenschap moet verdeeld worden en schuldeisers moeten daarbij met name worden gerespecteerd. Art. 3:189 lid 1 BW: 'De bepalingen van

deze titel gelden niet voor een huwelijksgemeenschap, gemeenschap van een geregistreerd partnerschap, maatschap, vennootschap of rederij, zolang zij niet ontbonden zijn, noch voor de gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst gebouw, zolang de splitsing niet is opgeheven.' De hier genoemde gemeenschappen worden beheerst door de regeling die met betrekking tot die gemeenschap gemaakt is, dit is zolang de gemeenschap nog bestaat. Zodra de gemeenschap is opgeheven zegt lid 2 dat boek 3 BW ineens wel geldt en dan geldt dus afdeling 2 van titel 3.7 BW.

We hebben dus de eenvoudige gemeenschap (titel 3.7.1 BW)

De bijzondere gemeenschappen (specifieke wetgeving)

En de bijzondere gemeenschappen die uitvloeisel zijn van een bijzonder contract (titel 3.7.2 en 3.7.1 BW), dit was iets wat onder de tweede categorie viel, maar het is nu ontbonden. Onder deze laatste categorie valt ook de gemeenschap van de nalatenschap.

Nu is wel duidelijk waar een appartementengemeenschap geplaatst moet worden. Dit is net als een huwelijksgemeenschap apart geregeld in titel 5.9 BW. Voor de mandeligheid geldt hetzelfde en is dit geregeld in titel 5.5 BW. Daarnaast geldt dat op de mandeligheid ook de gewone regels van gemeenschappelijkheid van toepassing zijn, want deze gemeenschap is ook niet genoemd in art. 3:189 lid 1 BW. Je kijkt dus ook in titel 3.7 BW, ware het niet dat titel 5.5 BW specifiek over mandeligheid gaat, dus dit is de *lex specialis* en dit gaat natuurlijk voor op de normale gemeenschap.

### **Genot/gebruik/beheer**

Omtrent de verhouding tussen de deelgenoten is heel weinig geregeld. In titel 3.7 BW zie je wel waar het allemaal om te doen is met gemeenschappelijke eigendom, maar de verhouding blijft betrekkelijk vaag. Art. 6:2 BW is van overeenkomstige toepassing verklaard en dat gaat dus om de redelijkheid en billijkheid, hierover kun je heel gemakkelijk ruzie krijgen. Wat dit inhoud wordt verder niet zo goed geregeld, dus daar moeten de deelgenoten het maar over eens zien te worden.

Wie heeft het genot en in het verlengde daarvan het gebruik? Bij het genot doelt men vooral op de voordelen, de opbrengsten. En wie heeft het beheer? Dat gaat over het onderhoud en dergelijke. Als je kijkt wat titel 3.7 BW over het beheer regelt dan zie je in art. 3:169 BW staan: 'Tenzij een regeling anders bepaalt, is iedere deelgenoot bevoegd tot het gebruik van een gemeenschappelijk goed, mits dit gebruik met het recht van de overige deelgenoten te verenigen is.'. Stel dat je samen een vakantiehuisje hebt en je wilt daar niet tegelijk zitten, wie mag er dan zitten in augustus? Als je niks met elkaar hebt afgesproken dan kom je daar niet uit, want je mag het allebei gebruiken mits het gebruik met de overige deelgenoten verenigbaar is. Je mag het dus gebruiken, maar als je daar met je hele gezin dat vakantiehuisje in gebruik hebt en de ander komt daar ook aan met zijn hele gezin dan heb je een probleem. Dus de wet gaat ervan uit dat je daar afspraken over maakt. Art. 3:168 lid 1 BW: 'De deelgenoten kunnen het genot, het gebruik en het beheer van gemeenschappelijke goederen bij overeenkomst regelen.' De deelgenoten kunnen dus een regeling treffen. Onderhoud en beheer kun je individueel doen, maar de rest moet je regelen.

Hoe zit het nu met dit beheer? Dit wordt geregeld in art. 3:170 lid 2 BW: 'Voor het overige geschiedt het beheer door de deelgenoten tezamen, tenzij een regeling anders bepaalt. Onder beheer zijn begrepen alle handelingen die voor de normale exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn, alsook het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties.' In het eerste lid staat echter het volgende: 'Handelingen dienende tot gewoon onderhoud of tot behoud van een gemeenschappelijk goed, *en in het algemeen handelingen die geen uitstel kunnen lijden*, kunnen door ieder der deelgenoten zo nodig zelfstandig worden verricht. Ieder van hen is bevoegd ten behoeve van de

gemeenschap verjaring te stuiten.' Het schuingedrukte heeft vooral in Amsterdam problemen veroorzaakt. Daar fundeert men namelijk huizen op palen zodat die een bepaalde stevigheid geven. Dit werd vroeger vooral met houten palen gedaan en wat moet daar niet bij komen? Water en zuurstof, want dan gaat het rotten. Er zijn ook gemeenten die dit zien en zeggen dat de fundering moet worden vernieuwd. Die muren en ook die palen zijn in de regel gemeenschappelijke eigendom, want die waren mandelig. Hier zijn veel procedures over gevoerd, door mensen die een brief kregen van de gemeente met daarin een beoordeling van hun fundering oplopend van a (niet zo erg) tot d (onbewoonbaar). Over het algemeen moest je dit eerst overleggen met je buurman of die het met een nieuwe fundering eens was. Zo'n nieuwe fundering is echter heel erg duur. Eigenaren werden het niet eens met hun burens, maar die vonden dat het wel moest gebeuren, sommigen hadden namelijk een brief met d toegestuurd gekregen. Dus er waren mensen die dan maar handelden en de fundering vernieuwden en dan gingen ze daarna met de rekening naar de burens en die wilden dan niet betalen, omdat er geen toestemming was. Nu was de vraag of dit wel of niet uitstel had kunnen lijden, want als dit niet kon dan mocht degene die de nieuwe fundering had betaald dit declareren bij de buurman. De rechter is echter terughoudend met het aannemen van dat het geen uitstel kon lijden. Door deze uitspraak waren er onbevoegd kosten gemaakt en die moest de funderingvernieuwer dan zelf maar dragen. Dit is natuurlijk hartstikke schrijnend.

Er was 1 geval waarin de gemeente een brief had gestuurd waarin stond dat er wat moest gebeuren anders zou de gemeente zelf actie ondernemen. De gemeente ondernam echter geen actie dus toen deed die man dat zelf maar nadat er een aantal maanden waren verstreken en wilde hij later met de rekening naar de burens en toen oordeelde de rechter alsnog dat het best nog even had kunnen wachten terwijl hij dus ook een d in de bus had gekregen. Ook dit was weer zo'n schrijnend geval.

Het genot is geregeld in art. 3:172 BW: 'Tenzij een regeling anders bepaalt, delen de deelgenoten naar evenredigheid van hun aandelen in de vruchten en andere voordelen die het gemeenschappelijke goed oplevert, en moeten zij in dezelfde evenredigheid bijdragen tot de uitgaven die voortvloeien uit handelingen welke bevoegdelijk ten behoeve van de gemeenschap zijn verricht.', Bevoegdelijk hebben we net al geproblematiseerd, maar de rest is niet zo moeilijk. Hoe groot is ieders aandeel dan? Als je met z'n tweeën in de gemeenschap zit is dat ieder 50% tenzij anders geregeld is.

Het is belangrijk om een adequate deelgenotenregeling te treffen (art. 3:168 BW). Want als je in een beheersregeling opstelt dat bij een c-briefje van de gemeente iemand eenzijdig mag vernieuwen, dan mag dat ook. Zo'n deelgenotenregeling is gewoon een simpele afspraak tussen alle deelgenoten in zo'n gemeenschap. Deelgenoten kunnen er dus afspraken over maken en dit kent geen vormvereisten. Het kan dus gewoon mondeling, per email of WhatsApp en zo'n regeling is ook bindend voor rechtsverkrijgers onder bijzondere titel. Kunnen die dat weten? Nee, het kan wel als het verteld is natuurlijk, maar het uitgangspunt is dat rechtsverkrijgers onder algemene titel daaraan gebonden zijn. De consequentie daarvan is dat zulke deelgenotenregelingen wel ingeschreven kunnen worden in de registers (art. 3:17 lid 2 BW). Dat betekent ook dat die gemeenschappelijke regeling altijd de goederenrechtelijke relatie beheerst, maar op het moment dat je niet inschrijft moet je constateren dat je te maken hebt met een inschrijfbaar feit en dus werkt art. 3:24 BW hiertegen. De rechtsopvolger wordt dus beschermd indien hij niet weet van die deelgenotenregeling. Weet hij het wel dan wordt hij niet beschermd, maar weet hij het niet dan wel. Als je een andere deelgenotenregeling inschrijft dan je eigenlijk hebt gemaakt, dan geldt ook art. 3:26 BW. Dan kan een rechtsopvolger bescherming krijgen tegen een onjuist feit dat is ingeschreven.

## **Beschikkingsbevoegdheid**

Als je de appartementsrechten nader bekijkt dan zie je dat beschikkingshandelingen niet gedaan kunnen worden door de VvE maar dat dit door de eigenaren gezamenlijk moet, maar beheer kan wel door de VvE. Ten aanzien van beschikking geldt dat over het gemeenschappelijke goed zelf alleen beschikt kan worden door de deelgenoten gezamenlijk. Er bestaat een uitzondering op, allereerst het gewone beheer. Het kan zo zijn dat een gemeenschappelijk goed moet worden overgedragen en dat dat een gewone beheershandeling is. Bijvoorbeeld bij schroefjes en boutjes die door de maatschap worden verkocht dan hoeft dit niet door iedere vennoot overgedragen te worden, dan moet afgesproken worden dat dit ook door 1 van de deelgenoten kan. Bij vastgoed is dit niet zo snel het geval, maar het kan misschien wel in geval van een groot vastgoedproject waarbij je een van de woningen van dat project wilt overdragen. Dit zal echter niet zo snel aangenomen worden als diegene niet met een volmacht van de ander komt, want over het algemeen zal hiervoor een volmacht gebruikt worden.

Het UMCG besluit bijvoorbeeld tot een totale herbouw van het ziekenhuis. Dus dit moet worden afgebroken en ergens anders wordt iets totaal nieuws neergezet. Wat zou dit kosten? Waarschijnlijk heel erg veel. Dit kunnen de artsen niet betalen, dus daar is financiering voor nodig, maar soms is die financiering zo hoog dat een bank dit niet alleen wil financieren, dus ze willen wel een deel financieren maar voor de rest het risico spreiden. Wat dan wel voorkomt is dat er een financieringsconsortium wordt opgericht: meerdere banken financieren 1 project en krijgen gezamenlijk een vordering op dat project. Hier heb je hele ingewikkelde constructies voor, maar je kunt ook gezamenlijk een lening verstrekken en dan heb je een gemeenschappelijke geldlening. Die banken treffen dan met elkaar een beheersregeling. Je wilt namelijk ook iets kunnen verkopen als het geld niet terug betaald wordt, dus ook de hypotheek is gezamenlijk. Op het moment dat de lening niet wordt terugbetaald, dan moet die lening worden opgeëist? Is dit een vorm van beheer of beschikken? Het is gericht op afwikkeling, meestal als banken ineens het geld opeisen dan is dat vaak een voorbode voor uitwinnen en dat houdt in het onderpand verkopen. Het uitwinnen zelf zou dat een beschikkingshandeling zijn... Het innen van huur, rente of onderdelen van vorderingen van de gemeenschap wordt gezien als beheer, maar op het moment dat je het onderpand executoriaal gaat verkopen en daarmee houdt ook het hypotheekrecht op, daarover wordt wel getwist. Op het moment dat je zegt dat het beheer is dan kunnen de deelgenoten daar regelingen over treffen waar ook rechtsopvolgers aan zijn gebonden, maar is het beschikking dan kunnen er geen afspraken gemaakt worden die goederenrechtelijk effect sorteren. Op het moment dat een van die financiers failliet is dan vervalt een volmacht, maar aan een beheersregeling zou hij zich niet kunnen onttrekken. Misschien wil je bij het uitwinnen helemaal niet dat iedereen daar weer voor nodig is, misschien wil je wel goederenrechtelijk kunnen regelen dat als 3 van de 5 willen uitwinnen en de andere 2 nog willen wachten dat je dan gewoon door moet kunnen zetten, dan is het wel handig als dit in een beheersregeling geregeld kan worden.

Wanneer kan ook worden beschikt over een gemeenschapsgoed? Als je een machtiging hebt van een rechter (art. 3:174 BW). Het schoolvoorbeeld hierbij is wanneer een gemeenschappelijke schuld moet worden afgelost. Het kan best zo zijn dat je op de hielen wordt gezeten door een schuldeiser dan kan je je eigen huis wel verkopen, maar je hebt ook nog dat gemeenschappelijke goed dan wil je dat verkopen. Als 1 van de deelgenoten dat niet wil dan kun je naar de rechter gaan.

### **Aandeel gemeenschap**

Daarnaast bestaat de mogelijkheid om te beschikken over een onverdeeld aandeel in de gemeenschap (art. 3:191 lid 1 BW). Je hebt een gemeenschap die bestaat uit 20 onroerende zaken, formeel juridisch heb je dan 20 gemeenschappen. Kun je dan een aandeel in 1 van die gemeenschappelijke goederen

overdragen? Dat is wat anders dan het overdragen van je aandeel in het totaal. In principe kun je je aandeel in de gehele gemeenschap overdragen bij bijzondere gemeenschappen (art. 3:191 lid 1 BW). Dus als je met je broers en zussen een nalatenschap van je ouders krijgt dan kun je niet een onverdeeld aandeel in de auto verkopen, maar alleen in het hele pakket. Dit gebeurt echter bijna nooit, omdat dit best wel lastig is. Hoe wil je namelijk je onverdeelde aandeel in de nalatenschap overdragen? Alles moet afzonderlijk overgedragen worden. Je moet alle goederen noemen in de akte die ingeschreven moet worden in de openbare registers. Als je 1 ding vergeet dan gaat het al mis.

Bij eenvoudige gemeenschappen kan het overdragen in een onverdeeld goed wel (art. 3:175 BW), als je een eenvoudige gemeenschap hebt, bijvoorbeeld tussen samenwoners die niet wordt beheerst door een bijzondere regeling dan ben je bevoegd om je aandeel in een individueel goed over te dragen aan iemand anders tenzij de aard van de gemeenschap zich daartegen verzet. Het is best lastig vast te stellen wat de aard van de gemeenschap is. Als mensen daar niks over hebben afgesproken dan weet je dat niet. Maar in de gemeenschap tussen samenwoners wordt over het algemeen wel aangenomen dat dit niet kan, daar verzet de aard van de gemeenschap zich tegen. Die rechtsverhouding die in art. 3:175 BW wordt genoemd die kun je ook weer zelf regelen.

### **Gemeenschapscrediteuren**

Vanwaar het onderscheid tussen eenvoudige gemeenschappen en bijzondere eigenschappen? Dit hangt samen met de gemeenschapscrediteuren, deze nemen bij een bijzondere gemeenschap namelijk een bijzondere positie in en bij een eenvoudige gemeenschap niet. Stel je hebt onroerend goed met een waarde van €100.000 en ook een gezamenlijke schuld van €100.000 en dit zit samen in een eenvoudige gemeenschap dan kan die schuldeiser verhaal nemen op dat onroerend goed maar ook op al je andere spullen. Op dat punt nemen ze geen bijzondere positie in ten opzichte van de andere schuldeisers. Stel dat je in privé ook nog een huis koopt en daar ook nog €200.000 voor leent dan kan die nieuwe schuldeiser verhaal nemen op dat pand, maar ook rechtstreeks op jouw onverdeelde aandeel in dat onroerende goed uit de gemeenschap, de gemeenschapscrediteur is dus geen gemeenschapscrediteur als zodanig (art. 3:175 lid 3 BW).

Als je te maken hebt met een bijzondere gemeenschap dan is dat anders (art. 3:192 BW). Daarvoor moet je eigenlijk een balans opmaken. Er zit in een huis van €100.000 op de activa zijde en daartegenover op de passiva zijde staat een schuld van €100.000, dus die gemeenschap is niks waard, omdat er geen eigen vermogen in zit.

Stel nu dat het huis in waarde is gestegen en er is ook een beetje afgelost, dus het huis is nu €150.000 en de schuld nog €80.000, dan is het eigen vermogen €70.000 en is de gemeenschap nog €70.000 waard. De gemeenschapsschuldeiser kan verhaal nemen op dat huis, maar de privéschuldeiser kan dit niet! Die kan alleen verhaal nemen op jouw onverdeelde aandeel in de gemeenschap, dit is dus €35.000, hij moet de bijzondere positie van de andere schuldeiser maar respecteren. Als die verdeling komt dan kan de schuldeiser aan de bel trekken dat voordat er wordt verdeeld eerst de €80.000 terug moet zodat hij nog wel voorrang heeft op de privéschuldeisers.

Je hebt zelf ook een balans met je eigen vermogen daar zit in een huis van €200.000 en het aandeel in de gemeenschap van €35.000 op de activa zijde en op de passiva zijde een schuld op dat huis van €100.000 en een lening aan je ouders om je drugsverslaving te kunnen bekostigen van €1.000.000. Stel dat jij dat huis krijgt dan ben je nog €40.000 netto schuldig en nog €75.000 aan de andere deelgenoot en de €35.000 verdwijnt. Nu ziet die schuldeiser dat hij nog steeds terecht kan bij dat huis,

maar hij moet ineens concurreren met die ton en die miljoen en dan gaat zijn verhaalspositie er natuurlijk wel op achteruit. Dit wil hij natuurlijk niet, dus daarom wil hij voor de verdeling van de gemeenschap dat het huis wordt verkocht zodat hij zijn schuld afgelost ziet worden. Nu blijft er in totaal €70.000 over en het aandeel in de gemeenschap is nu liquide gemaakt en voor de andere schuldeisers is er niks veranderd. Nu spreekt men dus van het afgescheiden vermogen van de bijzondere gemeenschap.

## **Verdeling**

De wetgever heeft gemeend te moeten regelen dat ten allen tijde verdeling van de gemeenschap moet kunnen worden gevorderd (art. 3:178 BW). Zo kun je er dus altijd uit. Dit geeft best een rustig gevoel, want je kunt er altijd uit, maar het geeft ook een onrustig gevoel, want die ander die in de gemeenschap zit kan dat ook en kan daarmee dreigen dat je hem moet uitkopen. Dit zet veel druk op gemeenschappelijke gerechtigdheid. Dit is ook de reden dat het appartementsrecht is opgekomen waarbij dat niet kan, je kunt wel je appartement verkopen, maar je kunt niet de gemeenschap opheffen. Gemeenschap is een regeling die buitengewoon weinig rechtszekerheid geeft. Je kunt ten alle tijde verdeling vorderen tenzij uit de aard van de gemeenschap anders voortvloeit. Kun je dit ook uitsluiten? Ja, dit kan, maar voor hooguit 5 jaar (art. 3:178 lid 5 BW). Na die 5 jaar kun je in principe weer verdeling vorderen. Dit kan bij appartementen dus niet en daarom zie je vaak dat men het in appartementen wil splitsen, maar dit kan niet altijd want dit recht is aan beperkingen onderhevig, het moet bijvoorbeeld altijd gaan om vastgoed als je wilt splitsen, maar ook moet iedereen een privégedeelte hebben in de gemeenschap. Bij een cruiseschip is de bedoeling dat mensen daarin investeren, maar dit kun je dus niet splitsen in appartementsrechten omdat het geen vastgoed is. Ditzelfde geldt voor waterwoningen. Een ander actueel voorbeeld betreft glasvezelkabels. Hiervan kan je namelijk door verschillende eigenaars gebruik laten maken als die allemaal maar met een andere kleur licht daar doorheen schijnen. Nu wil je natuurlijk dat hier ook geen verdeling wordt gevorderd, maar die kleur licht kan niet gezien worden als een privégedeelte, dus zit je vast aan de eenvoudige gemeenschap.

Op het moment dat er vervolgens verdeeld wordt, wordt er ook iets geregeld over beperkt gerechtigden. Het kan best zo zijn dat je jouw individuele aandeel in onroerend goed hebt verhypothekend of dat je er een vruchtgebruik op hebt gevestigd. Die onverdeelde helft kan je als zekerheid geven aan een schuldeiser, maar als je wilt verdelen is het heel onhandig dat dat hypotheekrecht erop blijft bestaan. (Art. 3:177 BW), stel het is zo dat zowel ik als u een hypotheekrecht heb gevestigd op de onverdeelde helft van een pand. Dan wordt het verdeeld en het wordt mij toebedeeld dan krijgt mijn bank een hypotheek op dit hele pand en ervan uitgaande dat die ander wordt uitgekocht dan kan die zijn lening terug betalen.