NOTARIËLE PRAKTIJK-VRAAGSTUKKEN IN HET REGISTERGOEDERENRECHT

Alexander Tierolff
notaris bij VPVA notarissen te Ede

1. Inleiding

Een notaris loopt als praktijkjurist tegen vraagstukken aan die op het eerste oog eenvoudig lijken, maar bij nader onderzoek tot hoofdbrekens kunnen leiden, of juist andersom. De vlucht naar de vakliteratuur biedt veel antwoorden op praktijkvragen, maar niet altijd. De afgelopen tijd zijn diverse registergoederenrechtelijke vraagstukken op mijn bord beland waarover ik geen (bevredigend) antwoord in vakliteratuur kon vinden.

Deze bijdrage is een beknopte bewerking van enkele praktijkcasus met als doel enerzijds anderen op weg te helpen bij soortgelijke vraagstukken en anderzijds reacties uit te lokken. Bewust ga ik niet diep in op de theorie en ga ik kort door de bocht, teneinde de nadruk te kunnen leggen op de 'oplossing' waarmee in de praktijk zou kunnen worden gewerkt, zonder te blijven hangen in theoretische onzekerheden. De bronverwijzing is dus zeer beperkt. Niet uitgesloten is dat uit reacties moet worden opgemaakt dat de oplossing soms dermate simpel is en voor de hand ligt, dat er om die reden weinig tot geen aandacht voor is geweest in de vakliteratuur. Of het omgekeerde: dat de situatie te simpel wordt benaderd. Ik heb geleerd dat niemand zich hoeft te schamen voor voortschrijdend inzicht.

De casus betreffen een rondje langs de velden van het appartementsrecht en de mandeligheid. Voor enkele onderwerpen heb ik dankbaar gebruik gemaakt van reflecties van prof. S.E. Bartels in dan wel naar aanleiding van door hem verzorgde cursussen. De termen 'perceel', '(register-)goed' en 'zaak' worden door elkaar gebruikt, zowel in enkelvoud als in meervoud.

2. Splitsen in appartementsrechten met meerdere eigenaars

Casus- vraagstelling

Versimpeld weergegeven dienen twee percelen met opstallen in één appartementensplitsing te worden betrokken. Perceel I is volledig in eigendom van A. Perceel II is gesplitst in 2 appartementsrechten, waarbij A en B ieder tot één appartementsrecht zijn gerechtigd. Hoe kan dit het beste juridisch worden vormgegeven waarbij onnodige overdrachtsbelastingheffing wordt vermeden.

Uitwerking

B zal eerst door overdracht van een onverdeeld aandeel mede-eigenaar moeten worden van perceel I teneinde (na opheffing van de splitsing van perceel II) beide percelen op te kunnen nemen in een appartementensplitsing.[1] Daarmee ontstaat een gemeenschap ter zake perceel I tussen A en B.

De primaire gedachte is dat B voor exact hetzelfde aandeel in perceel I gerechtigd dient te worden als het aandeel waarvoor B in perceel II is gerechtigd, zowel vóór als na de opheffing van die splitsing. Nadere overpeinzing roept bij mij de vraag op waarop dat per se nodig zou zijn. Dus stel dat B via de appartementensplitsing voor 2/5-e gerechtigd is in perceel II. Dient hij dan voor exact hetzelfde 2/5-e deel gerechtigd te worden in perceel I teneinde perceel I en perceel II (na opheffing van de splitsing van perceel II) gezamenlijk te kunnen splitsen in appartementsrechten? Anders gezegd: zou je ook kunnen splitsen in appartementsrechten als B voor bijvoorbeeld voor 1/1.000-e aandeel gerechtigd wordt in perceel I?

Geconstateerd zou kunnen worden dat er meerdere gemeenschappen zijn die in de splitsing worden betrokken, waarbij de gerechtigden wel dezelfde partijen zijn, maar met verschillende delen in de respectievelijke gemeenschappen.[2] Ik zie daar niet op voorhand een belemmering in voor onderstaande uitwerking. Bij de toekenning van de appartementsrechten, ofwel: de verdeling van de gemeenschap(pen), dient dan rekening te worden gehouden met het relatieve verschil van de aandelen in de gemeenschap(pen). Daarmee bedoel ik dat het (waarde-)belang van A enerzijds en B anderzijds in perceel I en perceel II samen vóór de uitvoering van bovenstaande rechtshandelingen gelijk is aan die van de situatie erna.

In het Handboek Registergoederenrecht lezen we het volgende[3]:

1 Artikel 5:106 BW
2 Zie over het splitsen van meerdere registergoederen: V. Tweehuysen, WPNR 2009/6820.
3 Handboek Registergoederenrecht 2020/2021, Walburg Pers,

'Een klassieke fout is het splitsen door eigenaren 1 en 2 van twee registergoederen, waarvan de eigendom van registergoed A uitsluitend toebehoort aan eigenaar 1 en de eigendom van registergoed B uitsluitend aan eigenaar 2. Het uitgangspunt is immers dat een eigenaar, erfpachter of opstaller bevoegd is tot splitsing. In het voorbeeld is eigenaar 1 niet bevoegd om registergoed 2 te splitsen.

Om beide registergoederen in de splitsing te betrekken, dienen de eigenaren beide registergoederen in een gemeenschap te brengen door elkaar een aandeel in het hen toebehorende registergoed te leveren, zodanig dat men een gelijk aandeel heeft in beide registergoederen. Eerst daarna kunnen de twee registergoederen worden gesplitst in appartementsrechten en eventueel worden toegedeeld.'

Het gaat hier om de door mij onderstreepte tekst: een gelijk aandeel. Andere naslagwerken[4] maken wel melding van het feit dat er sprake moet zijn van een gemeenschap, maar niet dat voor beide percelen sprake moet zijn van *gelijke* delen. De vraag is dus wat de grondslag zou zijn voor de eis van gelijke delen.

Mertens heeft in het verleden[5] zelfs verdedigd dat eigenaars van verschillende percelen gezamenlijk tot splitsing in appartementsrechten zouden kunnen overgaan, maar is daar later op teruggekomen als we de GS Zakelijke rechten (artikel 5:110 BW) van zijn hand lezen:
'Voorts kan splitsing door een onbevoegde zich voordoen, indien verschillende eigenaars van naburige percelen hun percelen in één splitsing wensen te betrekken. Zij zullen die percelen eerst in gemeenschap moeten brengen. Vervolgens wordt deze gemeenschap bij de splitsing verdeeld. Indien de splitsing geschiedt door verschillende eigenaars en de in de splitsing betrokken goederen niet aan die eigenaars in gemeenschap toekomen is de splitsing onbevoegd verricht.'

Hoe het ook zij, de hamvraag is of de wet belet dat twee percelen waar twee eigenaars voor een - per perceel - verschillend onverdeeld aandeel gezamenlijk gerechtigd zijn, in één appartementensplitsing kunnen worden betrokken. De eventuele toepassing van het noodverband van artikel 5:110 BW om een gebrekkige splitsing te helen laat ik hier onbesproken. Mijns inziens wordt nergens in de wet de eis gesteld dat de betrokken partijen A en B elk voor een gelijk deel in de splitsing te betrekken percelen I en II moeten zijn gerechtigd. Daarnaast zie ik ook de logica er niet van in waarom dat nodig zou zijn.
Achterliggend probleem is het feit dat overdrachtsbelasting is verschuldigd door B ter zake de verkrijging van een aandeel in perceel I. In deze concrete casus was het uiteindelijk de bedoeling dat B het appartementsrecht dat hij had per saldo zou houden, alleen dan als onderdeel van een groter geheel, te weten: percelen I en II samen. Het verdient vanwege de heffingsgrondslag voor de overdrachtsbelasting aanbeveling om het door B te verkrijgen aandeel in perceel I zo klein mogelijk te maken, bijvoorbeeld 1/1000-e. Bij de toedeling van de appartementsrechten kan gesteld worden dat met gebruikmaking van de 'ruime verdelingsleer' ter zake artikel 12 Wet op belastingen van rechtsverkeer[6] geen overdrachtsbelasting is verschuldigd. Daarmee is de heffing van overdrachtsbelasting bij de uitwerking van de casus minimaal.

Conclusie
Twee partijen kunnen met ongelijke aandelen in twee percelen een appartementensplitsing tot stand brengen. Indien een partij nog geen deelgenoot is van een van de percelen is het verstandig om wegens de heffing van overdrachtsbelasting met een zeer klein in dat perceel te verkrijgen onverdeeld aandeel te werken.

3. Vestigen erfdienstbaarheden ten behoeve van een goederengemeenschap die in appartementsrechten is gesplitst

Casus - vraagstelling
De eigenaren van een in appartementsrechten gesplitst gebouw hebben als heersend erf behoefte aan een erfdienstbaarheid van weg ten laste van een naastgelegen aan een derde toebehorend perceel, welk vervolgens toegang geeft tot de openbare weg. Zowel de appartementsrechten als het dienend erf zijn bezwaard met hypotheekrechten. Hoe kan dit op een zo eenvoudig mogelijke maar juridisch sluitende manier tot stand worden gebracht?

Uitwerking
In onderdeel 498 van Asser/Bartels & Van Velten 5 2017 van de hand van Van Velten staat onder meer het volgende, waarbij ik relevante delen heb onderstreept:
'Na de totstandkoming van de splitsing kan een erfdienstbaarheid gevestigd worden ten laste en ten behoeve van de in de splitsing betrokken onroerende zaken, die in dit opzicht hun zelfstandigheid dus niet verliezen.'…..'Voor het bedingen van een erfdienstbaarheid ten behoeve van de in de splitsing betrokken percelen gold volgens de MvT behorende bij de wet van 1972 (Algemene Beschouwingen onder 7) het bepaalde in art. 749 BW (oud), inhoudende dat in geval van mede-eigendom een der deelgenoten een erfdienstbaarheid ten bate van het gemeenschappelijk erf kon bedingen. Na 1992 is dit niet meer het geval; niettemin mag worden aangenomen dat een erfdienstbaarheid ten behoeve van de in de splitsing betrokken onroerende zaken ook thans kan worden gevestigd.'

Mertens schrijft in de GS Zakelijke rechten bij artikel 5:118 BW min of meer hetzelfde:
'De wetgever heeft bij de vaststelling van het appartementsrecht verschillende soorten van erfdienstbaarheden onderscheiden.

onderdeel 6.2.5.1.

4 S.E. Bartels & A.A. van Velten, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten, Deventer: Wolters Kluwer 2017, hierna in dit artikel: Asser/Bartels & Van Velten 5 2017 en de Groene Serie Zakelijke rechten, Deventer: Wolters Kluwer, hierna in dit artikel: GS Zakelijke rechten.

5 R.F.H. Mertens, WPNR 1993/6079.

6 Waarover o.a. J.C van Straaten, FBN, mei 2023, nummer 23

a. De erfdienstbaarheden die al bestonden ten tijde van het verlijden van de akte van splitsing, blijven gewoon bestaan. Zie art. 5:114, aant. 1 BW.
b. Na de totstandkoming van de splitsing kan een erfdienstbaarheid gevestigd worden ten laste en ten bate van de in de splitsing betrokken percelen, die in dit opzicht hun zelfstandigheid dus niet verliezen. Gaat het om een erfdienstbaarheid ten laste van een in de splitsing betrokken onroerende zaak, dan is vereist dat alle appartementseigenaars meewerken aan de akte van vestiging. Zie art. 5:117 lid 3 BW en art. 5:117 BW, aant. 3.
c. Erfdienstbaarheden kunnen voorts na de splitsing gevestigd worden ten bate of ten laste van gedeelten die bestemd zijn om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt. Voor deze erfdienstbaarheden geldt de regeling van art. 118. Zie hierbij ook Parl. Gesch., p. 393 e.v.'

We lezen dat ten behoeve van de in de splitsing betrokken percelen volgens de auteurs een erfdienstbaarheid kan worden gevestigd. Dat wordt verder niet onderbouwd Mogelijke reden daarvoor is het zo voor de hand ligt, dat beargumentering niet nodig is. Als het niet is uitgesloten dan geldt als hoofdregel dat het mogelijk is. Daar is weinig op af te dingen.

Mijns inziens is het inderdaad ook mogelijk, maar toch is het enigszins bijzonder. Immers: de wet heeft in de spiegelbeeldige situatie het expliciet mogelijk moeten maken dat in de splitsing betrokken goederen kunnen worden *belast* met erfdienstbaarheden, art 5:117 lid 4 BW. Dat is een uitzondering op de hoofdregel die stelt dat goederen door de splitsing in appartementsrechten rechtens hun zelfstandigheid verliezen. Artikel 5:117 lid 2 BW luidt als volgt:
'Onverminderd het in artikel 114 lid 2 bepaalde kunnen goederen die in de splitsing betrokken zijn niet geheel of voor een deel worden overgedragen, verdeeld, bezwaard of uitgewonnen.'

Die goederen kunnen niet worden overgedragen of bezwaard met een beperkt recht. De regeling van artikel 5:117 lid 4 BW is een wettelijke uitzondering op voormelde hoofdregel en daarom is het mogelijk om erfdienstbaarheden - en overigens geen andere beperkte rechten - te vestigen *ten laste* van de in de splitsing betrokken goederen.

Als de in de splitsing betrokken goederen rechtens hun zelfstandigheid verliezen, waarom zou dan zonder wettelijke uitzonderingsregel, wél een erfdienstbaarheid *ten behoeve* van deze percelen kunnen worden gevestigd? Wellicht simpelweg omdat artikel 5:117 lid 2 BW alleen rept over '*worden* overgedragen, verdeeld, bezwaard of uitgewonnen'. Het *verkrijgen* van een erfdienstbaarheid, dus ten behoeve van de in de splitsing betrokken percelen, valt niet onder deze opsomming. Het verlies van de zelfstandigheid lijkt dus relatief te zijn.
Misschien kunnen we het antwoord in het verlengde van het vorenstaande zoeken in basale goederenrechtelijke regels. Het *leveren* (dan wel belasten met beperkte rechten) van registergoederen door een eigenaar is een beschikkingshandeling. De eigenaar moet beschikkingsbevoegd zijn om een geldige overdracht te bewerkstelligen volgens artikel 3:84 BW. Het in levering *aanvaarden* door een verkrijger van een registergoed is wel onderdeel van een goederenrechtelijke rechtshandeling, de levering, maar is geen beschikkingshandeling. De verkrijger hoeft niet beschikkingsbevoegd te zijn om een registergoed rechtsgeldig in eigendom te verkrijgen. Zou dit ook een verklaring kunnen zijn? Niet helemaal omdat artikel 5:117 lid 2 niet een vorm van beschikkingsonbevoegdheid creëert. Het is een vorm van onoverdraagbaarheid als bedoeld in artikel 3:83 lid 1 BW, vergelijkbaar met bijvoorbeeld het gevolg van een gevestigd voorkeursrecht als bedoeld in Hoofdstuk 9 van de Omgevingswet.[7] Naast (1) een geldige titel, (2) beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder en (3) een leverings- dan wel vestigingshandeling is (4) overdraagbaarheid een voorwaarde voor een geldige overdracht van een registergoed.

Conclusie
We moeten concluderen dat het vanwege de systematiek van de wet mogelijk is om ten behoeve van in de splitsing betrokken percelen een erfdienstbaarheid te vestigen. Daarmee worden indirect alle appartementsrechten feitelijk heersend erf, zonder dat deze appartementsrechten zelf als heersend erf in de akte hoeven te worden opgenomen. Uiteraard is het verstandig dat een rangwisseling ex artikel 3:262 BW met de hypotheekhouder van het dienend erf in de akte wordt verwerkt. Dit om eventuele juridische zuivering ex artikel 3:273 BW van de erfdienstbaarheid te voorkomen als de eigenaar van het dienend erf in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor het hypotheekrecht tot waarborg strekt. Toestemming of medewerking van de hypotheekhouders op de appartementsrechten is niet nodig.

De appartementensplitsing legt als het ware een semi-permeabel membraam met eenrichtingsverkeer om de in de splitsing betrokken goederen: er kunnen geen goederen uit, maar er kan wel een erfdienstbaarheid in.

4. Eigendom werk na einde opstalrecht

Casus - vraagstelling
Iets vergelijkbaars betreft de vraag wat het gevolg is van het einde van een opstalrecht ten behoeve van een werk/zaak, bijvoorbeeld een zonnepaneel, lift of WKO-installatie, in relatie tot een appartementensplitsing. Een vraag die nu nog niet zo vaak zal spelen, maar over een aantal jaren denk ik wel. Met name de laatste jaren zijn in het kader van verduurzaming dan wel het leasen van liften veel opstalrechten gevestigd. Deze opstalrechten kunnen zijn gevestigd vóór of nadat het betreffende gebouw met (onder)grond is gesplitst in appartementsrechten.
De afgelopen tijd is er veel aandacht geweest voor de vraag of en de wijze waarop een appartementensplitsing dient te worden gewijzigd bij het onttrekken van goederen aan de splitsing dan bij wel vestigen van opstalrechten, mede in verband met het arrest van de Hoge Raad van 24 februari

7 Heyman, Bartels en Tweehuysen, Vastgoedtransacties, Boom juridisch 2019 par. 2.2.3.b

2023[8][9]. Een van de meest bekende voorbeelden betreft het vestigen van een opstalrecht voor zonnepanelen op het dak van het in de splitsing betrokken gebouw. Vooralsnog lijkt de heersende leer in de vakliteratuur te zijn dat de ruimte waar de zonnepanelen worden geplaatst dient te worden onttrokken aan de splitsing met medewerking van alle appartementseigenaars en beperkt gerechtigden zoals hypotheekhouders. De splitsing wordt - eenvoudig weergegeven - even 'open gezet', gevolgd door het vestigen van het opstalrecht en daarna weer 'gesloten'.[10] Deze opstalrechten zullen een keer eindigen. Vandaar dat een cliënt, laten we zeggen de vereniging van eigenaars, bij het tekenen van de akte van vestiging van het opstalrecht aan de notaris maar zo de vraag kan stellen: wie wordt na het einde van het opstalrecht eigenaar van het werk dat middels het opstalrecht buiten de splitsing wordt gehouden? Een op het eerste oog eenvoudig te beantwoorden vraag.

Wordt het werk (het zonnepaneel) door het einde van het opstalrecht:

i. onderdeel van de goederen die in de splitsing zijn betrokken, door natrekking;
ii. object van een eenvoudige gemeenschap[11] van alle appartementseigenaars naast de gemeenschap van de appartementensplitsing; of
iii. eigendom van de vereniging van eigenaars (vve) als zodanig indien het werk een roerende zaak zou zijn?

Uitwerking

De gedachte dat op grond van de wet[12] het werk door natrekking onderdeel wordt van de in appartementsrechten gesplitste goederen ligt voor de hand. De vakliteratuur[13] biedt weinig tot geen aanknopingspunten. Mogelijk omdat de vraag nog geen aandacht behoeft, omdat de gevestigde opstalrechten voor zonnepanelen en WKO's nog van betrekkelijk recente datum zijn en de concrete situaties zich pas de komende jaren zullen manifesteren. Dan wel omdat andere uitkomsten dan natrekking simpelweg onbestaanbaar zijn.

Daar zou je anders over kunnen denken, onder meer vanuit de gedachte dat artikel 5:105 BW bepaalt dat de eigenaar van de onroerende zaak op het moment dat het recht van opstal eindigt, eigenaar wordt van de gebouwen, werken en beplantingen waar het opstalrecht op zag. Wie is die eigenaar bij een appartementensplitsing? De in de splitsing betrokken zaken hebben in relatieve zin hun juridische zelfstandigheid verloren en behoren als zodanig niet rechtsreeks in eigendom toe aan de appartementsrechteigenaars.

Een antwoord kan wellicht worden gevonden vanuit de volgende redenering. Stel dat het einde van het opstalrecht tot stand komt door *afstand* door de opstaller. Wie is dan , vanuit de appartementensplitsing bezien de contractspartij in de akte om de afstand te aanvaarden? Als alle appartement eigenaars volgens de heersende leer zonder 'openzetting' van de splitsing geen opstalrecht kunnen vestigen op deze goederen vanwege het bepaalde in artikel 5:117 lid 2 BW, dan is het spiegelbeeld, te weten de afstand van dat opstalrecht, conceptueel ook best een lastige dobber. Ware het niet dat de wet daar geen beperkingen in lijkt te kennen, waarover meer hiervoor in onderdeel 3.

Als je er van uitgaat dat de partij die de afstand aanvaardt de vve is en niet alle appartementseigenaars als zodanig, wordt dan niet de vve als zodanig eigenaar van het werk? En daarmee indirect de appartementseigenaars? In dat geval is er geen sprake van een rechtstreekse verkrijging door alle eigenaars. Dit zou kunnen pleiten voor optie ii. Echter, het werk zal (bestanddeel van) een onroerende zaak zijn waarbij het niet denkbaar is dat dit zonder enige registratie van eigendom dan wel beperkt recht in de openbare registers aan de vve zou kunnen toebehoren. Zwevende onroerende zaken kennen we niet dan wel willen we niet kennen.[14]

Een vergelijkbaar effect zien we als na de uitponding van een appartementencomplex nog een appartementsrecht dat recht geeft op een parkeerplaats over blijft. Dat appartementsrecht wordt dan vaak aan de vve als zodanig (en niet aan de appartementseigenaars) overgedragen en wordt daarmee een algemene parkeerplaats. Daarmee is die parkeerplaats de facto gemeenschappelijk eigendom van alle appartementsrechteigenaars. Niet omdat het rechtstreeks tot de goederen behoort die in de splitsing zijn betrokken, maar indirect omdat de vve als zodanig de parkeerplaats heeft verkregen. Zou het met afstand van een beperkt recht niet hetzelfde kunnen zijn als de vve de partij is die de afstand van het opstalrecht aanvaardt? Verschil met het voorbeeld van de parkeerplaats is uiteraard wel dat het opstalrecht niet door de vve wordt verkregen, want het opstalrecht is juist geëindigd door de afstand. De vve zou dan het werk zelf in eigendom hebben verkregen (optie iii.), maar alleen indien het gaan om een roerende zaak. Ook roerende zaken kunnen kwalificeren als toebehoren en daarmee in een appartementensplitsing betrokken zijn.[15] Hoewel dat niet is uitgesloten, zal een werk waarvoor een opstalrecht wordt gevestigd in het algemeen geen roerende zaak zijn. Als er sprake van is van een (bestanddeel van een) onroerende zaak, wat nagenoeg altijd het geval zal zijn, is er sprake van natrekking en vallen we terug op optie i. Als voorbeeld een zonnepaneel: deze zal in de meeste gevallen hetzij bestanddeel zijn van het gebouw (artikel 3:4 BW), dan wel via indirecte vereniging met de grond onroerend zijn (artikel 3:3 BW).

8 Arrest van de Hoge Raad van 24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:286, NJ 2023/258, met noot van m.nt. F.M.J. Verstijlen
9 Zie over dit arrest onder meer Peutz, Simonse en Braakhuis WPNR 2023/7435
10 Conform artikel 5:117 lid 3 BW en 5:139 BW
11 Titel 3.7 BW
12 Artikel 5:3 en artikel 5:20 BW
13 Onder meer P.J. van der Planck, Natrekking door onroerende zaken, diss. 2016, Wolters Kluwer.
14 Vergelijkbaar met drijvende opstallen, waarover Mes, Ploeger en Janssen in een preadvies uit 2016: Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht, onderdeel IV.5.
15 Artikel 5:106 BW

Conclusie
Bij gebreke van aannemelijke andere opties zal optie i. als uitgangspunt gelden. Door natrekking wordt het werk/de zaak welke voorheen door het opstalrecht was verzelfstandigd na het einde van het opstalrecht onderdeel van de in de splitsing betrokken goederen. Ook dit is weer een voorbeeld van het eenrichtingsverkeer dat hiervoor bij casus 3 is besproken. Dat betekent wel dat een werk/zaak in de splitsing wordt betrokken welke niet is omschreven in de splitsingsakte, hetgeen overigens op zichzelf niet per se problematisch hoeft te zijn. In het voorbeeld is uitgegaan van een zonnepaneel, maar het zou ook om een compleet los staand gebouw kunnen gaan en dan wordt het toch een ander verhaal. De splitsingsakte en de splitsingstekening zullen mogelijk moeten aangepast op grond van artikel 5:109 BW om duidelijk te maken dat het nagetrokken werk/de zaak, zeker in het geval van een gebouw, gemeenschappelijk is dan wel tot een privé-gedeelte behoort.

5. Aanbiedingsregeling in splitsingsreglement en goederenrechtelijke werking

Casus – vraagstelling
Een notaris moet een appartementsrecht overdragen dat recht geeft op het uitsluitend gebruik van een parkeerplaats. In het splitsingsreglement is een bepaling opgenomen die kort gezegd inhoudt dat een parkeerplaatsappartementsrecht niet los van een woonappartementsrecht in hetzelfde complex kan worden overgedragen. Het parkeerplaatsappartementsrecht moet dan eerst worden aangeboden binnen de vereniging van eigenaars.

Is deze in het splitsingsreglement opgenomen aanbiedingsverplichting een regeling met goederenrechtelijke werking, en zo ja, heeft dat onoverdraagbaarheid tot gevolg bij niet-nakoming? Bij een bevestigende beantwoording zal de notaris dienst moeten weigeren op grond van artikel 21 Wet op het Notarisambt en de toepasselijke beroeps- en gedragsregels. Meestal wordt het beding niet in het splitsingsreglement opgenomen, maar als zuiver verbintenisrechtelijke regeling met kettingbeding in de akte(n) van levering.

Uitwerking
Artikel 3:83 BW bepaalt dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet. Een voorbeeld van (relatieve) onoverdraagbaarheid is artikel 5:91 BW. Relatief omdat door verlenen van toestemming het erfpachtrecht wel overdraagbaar is. Een ander voorbeeld betreft Hoofdstuk 9 van de Omgevingswet (voormalige Wet voorkeursrecht Gemeenten). Zoals hiervoor in dit artikel is aangegeven, is overdraagbaarheid de vierde voorwaarde voor een geldige overdracht van een registergoed naast de drie voorwaarden die voortvloeien uit artikel 3:84 BW. Er bestaat geen wetsbepaling die aangeeft dat een aanbiedingsregeling in een splitsingsreglement goederenrechtelijke werking als bedoeld in artikel 3:83 BW heeft.

Artikel 5:112 BW bepaalt wat wel en niet in het reglement kan worden geregeld. Mertens schrijft in de GS Zakelijke rechten dat artikel 5:112 lid 4 BW de basis voor een aanbiedingsregeling kan geven. Echter: Als iets op zichzelf geldig in een reglement kan worden geregeld, heeft het daarmee nog niet de goederenrechtelijke werking als hiervoor beschreven in de zin van onoverdraagbaagbaarheid. Van Velten schrijft [16] dat algemeen wordt aangenomen dat aanbiedingsverplichtingen met goederenrechtelijke werking kunnen worden opgenomen, onder verwijzing naar een uitspraak van een lagere rechter uit 2006. In die uitspraak lees ik niets over goederenrechtelijke werking in de zin van onoverdraagbaarheid. Integendeel: er wordt bepaald dat (uitsluitend) een boete wordt verbeurd bij overtreding, hetgeen mijns inziens juist geen onoverdraagbaarheid impliceert.

In Asser/Bartels & Van Velten 5 2017[17] schrijft Van Velten:
'Aan te nemen valt bijv. dat ook een aanbiedingsplicht dan wel een arbitragebeding of een beding tot bindend advies in beginsel rechtverkrijgenden bindt; men mag immers veronderstellen dat dit een zo integrerend deel van de splitsing en het appartementsrecht vormt, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is.'

Wellicht bedoelt Van Velten met goederenrechtelijke werking niet meer dan dat het rechtverkrijgenden bindt op basis van een soort zaaksgevolg en dat overtreding een verbintenisrechtelijk tekort komen oplevert, maar niet dat de overdracht in strijd met de regeling *onoverdraagbaarheid* tot gevolg heeft. Dat zou ik een plausibele uitleg vinden. Over dit specifieke punt heb ik weinig tot geen literatuur van andere schrijvers kunnen vinden.[18]

Conclusie
Vooralsnog hou ik het er op dat een aanbiedingsregeling in het splitsingsreglement geen goederenrechtelijke werking in de vorm van onoverdraagbaarheid als bedoeld in artikel 3:83 BW tot gevolg heeft. Overigens betekent dat niet dat wij als notaris dan zomaar mogen passeren als wij weten dat de procedure van de aanbiedingsregeling niet is nageleefd. We zullen partijen in elk geval goed moeten belehren en de regels uit het Novitaris-arrest[19] daarop los moeten laten. Zonder dat op deze plek nader uit te werken, zou mijn eerste reactie zijn dat de notaris moet passeren als de procedure van de aanbiedingsregeling niet is nageleefd. Dat wordt anders inzien de notaris is gebleken dat een van de in het arrest genoemde uitzonderingen van toepassing is: (1) er is sprake van onrechtmatig handelen, of (2) er is sprake van een sterker recht op levering.
Het enkel profiteren van eventuele wanprestatie levert nog geen onrechtmatig handelen op[20]. Een aanbiedingsregeling

16 Privaatrechtelijke aspecten van Onroerend Goed (2018), 10.10.2
17 Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/424
18 Zie over overdraagbaarheid in het algemeen en met diverse voorbeelden: Heyman, Bartels en Tweehuysen, Vastgoedtransacties, Boom juridisch 2019 par. 2.2 e.v.
19 Arrest van de Hoge Raad van 3 april 2025 (ECLI:NL:HR:2015:831)
20 Arrest van de Hoge Raad van 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (Curacao/Boyé)

kan volgens het Novitaris-arrest nog geen sterker recht op levering als bedoeld in artikel 3:298 BW opleveren.

6. Mandeligheid en beperkte rechten

Casus – vraagstelling
De rechtsfiguur van mandeligheid (artikel 5:60 e.v. BW) is onderwerp van diverse boeken en artikelen. Een mogelijke beperking bij de toepassing ervan is de combinatie van volle eigendom en beperkte rechten welke zich op meerdere manieren kan manifesteren:

1. De hoofdpercelen zijn zelf onderwerp van beperkte rechten, bijvoorbeeld een opstalrecht of erfpachtrecht, waarbij een perceel dat in volle eigendom is bij deze beperkt gerechtigden mandelig dient te worden gemaakt.
2. De hoofdpercelen betreffen vol eigendom en een perceel dat aan de eigenaren in gemeenschappelijke erfpacht is uitgegeven dient mandelig te worden gemaakt.
3. De hoofdpercelen betreffen vol eigendom. Het mandelige perceel is bij de gezamenlijke gerechtigden van de hoofdpercelen eveneens in vol eigendom en op dat mandelige perceel dient een beperkt recht te worden gevestigd.

Over de eerste twee combinaties is het nodige geschreven. Als ik het goed zie lijkt er een voorzichtige tendens waarneembaar in de vakliteratuur die - met een flexibele geest - beide combinaties in min of meerdere mate mogelijk acht. Ik ga daar op deze plaats niet nader op in.

Mijn bijdrage gaat over de op dit moment veel voorkomende vraag of de derde combinatie kan worden toegepast. Concreet gaat het om een nieuwbouwproject met bedrijfshallen en een mandelig perceel dat toegang geeft van en naar de openbare weg. Als het grootste gedeelte van de bedrijfshallen is overgedragen komt de vraag op van de ontwikkelaar aan de notaris om ten behoeve van een nutsbedrijf of een andere derde een opstalrecht en/of erfdienstbaarheid van weg te vestigen ten laste van het mandelige perceel. Hoe moet de notaris om gaan met dit verzoek?

Uitwerking
De eerste reactie is dat daartoe de klassieke weg dient te worden bewandeld: het opheffen van de mandeligheid door de gezamenlijke eigenaren met toestemming dan wel medewerking van de hypotheekhouders, vervolgens vestigen van het beperkte recht en daarna het gemeenschappelijke perceel wederom tot gemeenschappelijk nut van de hoofderven bestemmen. Al met al een bewerkelijke klus. De vraag is of het ook anders zou kunnen, te weten: door het mandelig perceel met het beperkte recht te belasten.

Voor het antwoord op die vraag beginnen we bij artikel 3:83 lid 1 BW dat als volgt luidt: '*Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet.*' Zou mandeligheid volgens de wet of naar haar aard onoverdraagbaarheid van het betreffende perceel met zich meebrengen? Een andere vraag is of door de mandeligheid een vorm van beschikkingsonbevoegdheid (artikel 3:84 BW) van de mede-eigenaren wordt opgeworpen.

De artikelen 3:7 BW en 3:82 BW geven daar mijns inziens geen rechtstreeks antwoord op. Daaruit volgt slechts dat een afhankelijk recht (mandeligheid) een recht is dat aan een ander recht (het hoofdperceel) zodanig verbonden is, dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan en dat het afhankelijk recht het hoofdrecht volgt waaraan zij verbonden is. Artikel 5:63 BW bepaalt dat het recht op een mandelige zaak kan niet worden gescheiden van de eigendom van de erven. Uit artikel 5:66 BW volgt dat een mede-eigenaar van een mandelige zaak zijn aandeel in die zaak ook afzonderlijk van zijn erf aan de overige mede-eigenaren overdragen. Dit laatste impliceert dat een mede-eigenaar zijn aandeel in de mandelige zaak niet aan een ander dan een mede-eigenaar kan overdragen, want anders zou deze wettekst geen betekenis hebben. De eerstgenoemde wetsartikelen sluiten niet expliciet uit dat alle mede-eigenaren samen de gehele mandelige zaak aan een derde kunnen overdragen, waarmee de bestemming tot gemeenschappelijk nut van de voormalige hoofdpercelen zou komen te vervallen. Overigens kan deze onzekerheid eenvoudig worden ondervangen door in de leveringsakte op te nemen dat alle eigenaren van de hoofdpercelen de bestemming tot gemeenschappelijk nut opheffen[21], gevolgd door de overdracht van het perceel. Ook is niet expliciet de mogelijkheid uitgesloten om het mandelig perceel met een beperkt recht te kunnen bezwaren. Naar verwachting zal in de nieuwe druk van Asser V (eigendom en beperkte rechten), welke in dit najaar wordt verwacht, een genuanceerd standpunt ter zake worden ingenomen.

Als notaris kunnen wij niet bij wijze van experiment een juridische onzekerheid invullen. Dat betekent dat wij vooralsnog de hiervoor genoemde klassieke weg moeten volgen bij het vestigen van een beperkt recht op een mandelig perceel. Mijns inziens is er ook een andere weg denkbaar die minder bewerkelijk zou kunnen zijn. Die komt er kort gezegd op neer dat de eigenaren van de hoofdpercelen tezamen het beperkte recht vestigen op de hoofdpercelen én op het mandelig perceel. Daarbij wordt in de akte van vestiging duidelijk gemaakt dat het de bedoeling is dat uitsluitend het mandelig perceel met een opstalrecht en/of een erfdienstbaarheid wordt belast en dat het naar de huidige inzichten niet mogelijk - althans onzeker -is om dat te realiseren. De akte biedt dus uitleg van hetgeen wordt bedoeld te bewerkstelligen voor het geval de akte door een rechter dient te worden beoordeeld. Om die reden wordt dan het beperkte recht gevestigd op het hoofdperceel én het mandelig perceel. De kracht van deze eenvoud verdient niet de schoonheidsprijs en een stukje kadastrale vervuiling moeten we op de koop toenemen, maar het sorteert denk ik wel het beoogde effect. Als de beoogde opstalhouder er zeker van wil zijn dat het opstalrecht niet door zuivering ex artikel 3:273 BW vervalt als de eigenaar van het hoofderf in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor het hypotheekrecht tot waarborg strekt zal, net als bij de klas-

21 Artikel 5:61 lid 1 aanhef en onder b BW.

sieke weg, ook hier een rangwisseling[22] nodig zijn. Geen rangwisseling met de mandeligheid[23], maar rangwisseling tussen het hypotheekrecht en het opstalrecht.

Uit een informeel vragenrondje maak ik op dat de aanbieding bij de Dienst voor het Kadaster en de Openbare Registers (het Kadaster) van de akte van vestiging van een beperkt recht op een mandelig perceel waarschijnlijk niet zal leiden tot een verzoek tot verbetering dan wel een attendering niet-inschrijving omdat de akte voldoet aan de inschrijvingsvoorwaarden. De notaris is verantwoordelijk voor het juridische gevolg van de inschrijving van de akte. Onder omstandigheden zou het Kadaster nog een waarschuwing ex artikel 3:19 lid 4 BW aan de notaris en partijen kunnen versturen.

7. Hypotheek op een mandelig perceel

Casus – vraagstelling
In het verlengde van de bespreking van casus 6 ter zake het vestigen van beperkte rechten op een mandelig perceel, tot slot nog een aloude praktijkvraag: dient bij het vestigen van een hypotheekrecht op een hoofdperceel het daarbij behorend aandeel in een mandelig perceel in de akte te worden opgenomen, en zo ja, op welke wijze?

Uitwerking[24]
Vanuit de traditionele gedachte dat een hypotheekrecht niet op een afhankelijk recht als zodanig kan worden gevestigd omdat het mandelig perceel als zodanig niet overdraagbaar is (art. 3:228 BW), bestaat van oudsher het goed notarieel gebruik om het aandeel in het mandelig perceel niet in de hypotheekakte op te nemen bij de omschrijving van het onderpand, welk gebruik overigens bepaald niet door elke notaris wordt gehanteerd. Daarmee wordt 'en passant' voorkomen dat op het mandelige perceel diverse hypotheekrechten worden geregistreerd en zo wordt 'kadastrale vervuiling' en onnodig recherchewerk enigszins beperkt.

Gebleken is dat het Kadaster en in de Basisregistratie Kadaster de wijze van de koppeling tussen de hoofdpercelen en mandelige percelen heeft gewijzigd. Voorheen werden de gerechtigden van de hoofdpercelen in het register Hypotheken 4 ook vermeld als gerechtigden bij het mandelig perceel. Voor zover ik dat heb kunnen zien worden thans in register Hypotheken 4 bij het mandelig perceel uitsluitend de kadastrale nummers van de hoofdpercelen geregistreerd, zonder vermelding van de eigenaren daarvan. De hypotheekinschrijvingen in het register Hypotheken 3 worden evenwel ook geregistreerd bij het mandelig perceel indien dit mandelig perceel in de hypotheekakte is opgenomen, zo is mij gebleken.

De vraag is of het juist is om in de hypotheekakte het mandelig perceel als onderpand op te nemen en wat de toegevoegde waarde is. Opname van het aandeel in het mandelig perceel in de hypotheekakte is strikt genomen niet nodig vanwege het afhankelijk karakter van de mandeligheid. Indien het hoofdperceel wordt overgedragen, gaat het aandeel in het mandelig perceel van rechtswege mee over op de nieuwe gerechtigde van het hoofdperceel, ook bij een executieverkoop door een hypotheekhouder. De vermelding van het aandeel in het mandelig perceel in de hypotheekakte zou wellicht nut kunnen hebben ten aanzien van het einde van de mandeligheid. Dan is de kans dat de hypotheekrechten op het voormalig mandelig perceel worden aangetekend in de Basisregistratie Kadaster, en daarmee de kenbaarheid van deze inschrijvingen, groter.

In de hypotheekakte wordt dan bij voorkeur niet vermeld dat het hypotheekrecht wordt gevestigd *op* hoofdperceel X én *op* het aandeel in mandelig perceel Y. Er dient te worden vermeld dat het hypotheekrecht wordt gevestigd *op* hoofdperceel X, *aan welk perceel is verbonden* het aandeel in mandelig perceel Y. Daarmee wordt dus niet beoogd het hypotheekrecht te vestigen op het aandeel in het mandelig perceel, hetgeen wellicht ook niet mogelijk is, maar wordt beoogd duidelijk te maken wat de situatie is voor het geval de mandeligheid eindigt.

Conclusie
Bij het vestigen van een hypotheekrecht op een hoofdperceel hoeft het daarbij behorend aandeel in een mandelig perceel niet in de akte te worden opgenomen. Het toevoegen van het aandeel in het mandelig perceel zou toegevoegde waarde kunnen hebben mits de akte op juiste wijze wordt vormgegeven.

8. Slot

Met bovenstaande casusbeschrijvingen heb ik getracht enkele vraagpunten in de notariële registergoederenpraktijk te verduidelijken en van een praktische oplossing te voorzien. Reacties worden op prijs gesteld.
atierolff@vpvanotarissen.nl.

22 Artikel 3:262 BW
23 Als dat al mogelijk zou zijn, waarover onder meer in een preadvies uit 2016: Van Oostrom-Streep, Verstappen en Van Vliet: Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht, onderdeel V.3.8
24 Zie over de mogelijkheid om een hypotheekrecht op een mandelig perceel te vestigen onder meer een preadvies uit 2016: Van Oostrom-Streep, Verstappen en Van Vliet: Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht, onderdeel V.3