

Goederenrechtelijke perikelen bij de aanleg van warmtenetten

1. Inleiding

Een belangrijk aspect van de energietransitie in Nederland wordt gevormd door het gebruik van warmtenetten. Deze warmtenetten hebben als doel om warmte die ontstaat bij bijvoorbeeld het verbranden van afval of biomassa te gebruiken om woningen of andere gebouwen te verwarmen. Op deze manier wordt warmte die ontstaat als bijproduct nuttig gebruikt. Doordat woningen (of andere gebouwen) verwarmd kunnen worden met deze (rest)warmte, hebben deze woningen geen eigen cv-ketel meer nodig en zo wordt milieuwinst behaald. Om de warmte te transporteren van de warmteopwekkingsinstallatie naar de woningen zijn warmtenetten nodig. Een warmtenet bestaat uit (geïsoleerde) buizen in de grond waar warm water doorheen stroomt. De vraag wie eigenaar is van deze warmtenetten en de infrastructuur die daarmee gepaard gaat, leidt in de praktijk tot onzekerheid. Bij warmtenetten is een groot financieel belang gemoeid, dus zekerheid omtrent de eigendomsvraag is van groot belang om de energietransitie in Nederland soepel te laten verlopen. De bestaande onzekerheid omtrent eigendom hangt voornamelijk samen met natrekkingsvraagstukken. In dit artikel verkennen wij enkele mogelijkheden om de problematiek omtrent natrekking te ondervangen. In de volgende paragraaf volgt een casus die centraal staat in dit artikel. Bij deze casus noemen wij enkele oplossingen die de praktijk hanteert om tegemoet te komen aan de onzekerheid bij netbeheerders omtrent de natrekking. Vervolgens bespreken wij die oplossingen en geven we enkele suggesties ter aanvulling van de in de praktijk gangbare methoden.¹

1.1 De centrale casus in dit artikel

Warmteleverancier A heeft een warmteopwekkingsinstallatie en wil de opgewerkte warmte gaan transporteren naar diverse huishoudens die de warmte gaan afnemen. A wil daarom een leidingnetwerk aanleggen vanaf de warmteopwekkingsinstallatie, door de grond van derden, naar de afnemers van warmte. Vervolgens worden de woningen van de afnemers op het warmtenet aangesloten via een afleverset die zich in de woning bevindt (zie figuur 1). Een afleverset gebruikt de warmte uit het warmtenet om onder meer het leidingwater van de woning te verwarmen. Een afleverset is dus een cruciaal onderdeel van het warmtenet. Zonder dat onderdeel kan de woning niet langer verwarmd worden met warmte van de warmteopwekkingsinstallatie. Om die



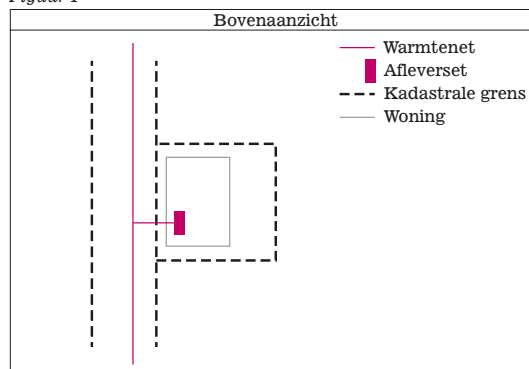
Mr. B. van der Wal*



Mr. A.J.V. Tierolff**

reden wenst A na installatie niet alleen eigenaar te zijn van het leidingnetwerk, maar ook van de afleversets. Daarnaast wenst A bevoegd te blijven om de leidingen en de afleversets in de grond en in de woningen aan te houden.

Figuur 1



* Advocaat bij Recoup Advocaten te Utrecht.

** Notaris te Ede.

1. Deze publicatie is tot stand gekomen op grond van een samenwerking tussen onderzoekers van het OO&R van de Radboud Universiteit en enkele NICO-notarissen. Wij danken S.E. Bartels, S.J.L.M. van Bergen, J. Bolhaar, M.M. Robbers, M. Jonker Roelants & A. Ten Vergert voor hun bijdrage aan de discussie.

De eigendom van het warmtenet komt toe aan de bevoegde aanlegger ex art. 5:20 lid 2 BW.² De eigendomsvraag bij de afleversets ligt ingewikkelder. Het is vooralsnog onduidelijk of deze installaties moeten worden gezien als bestanddeel van het warmtenet, als bestanddeel van de woning of als zelfstandige roerende zaken.³ Ook de Warmtewet geeft in art. 1 niet ondubbelzinnig aan hoe de afleversets precies zijn te kwalificeren.

Om deze onzekerheid te ondervangen, wordt in de praktijk gebruik gemaakt van zelfstandige opstalrechten. Deze opstalrechten worden gevestigd op de grond van de afnemers van warmte ten behoeve van de eigenaar van het warmtenet, in dit geval netbeheerder A. Het opstalrecht geeft netbeheerder A de bevoegdheid om de afleverset in de woning te houden. Daarnaast wordt het opstalrecht gebruikt als vangnet. Indien de afleverset op grond van natrekking of bestanddeelvorming in eigendom toekomt aan de afnemer van warmte, dan zorgt het opstalrecht ervoor dat de eigendom van de afleverset aan netbeheerder A toekomt. Als bijkomend voordeel geldt dat het opstalrecht ervoor zorgt dat uit de recherche naar een perceel in de Basisregistratie Kadaster (hierna: BRK) blijkt van een beperking op dat perceel. Het opstalrecht is immers zichtbaar in de BRK, maar een leidingnet met toebehoren niet, althans niet via dezelfde ingang van de BRK waarin de gerechtigdheid van het grondperceel geregistreerd is. Dat een leidingnet niet bij de recherche van een grondperceel zichtbaar is, komt door de manier waarop leidingnetten worden geregistreerd.⁴ Voor de zichtbaarheid van het warmtenet in de BRK is dus meer vereist dan enkel registratie van het warmtenet, er zal dan een beperkt of ander recht gevestigd moeten worden.

Een nadeel van het vestigen van zelfstandige opstalrechten doet zich voor bij de overdracht van het net. Stel dat netbeheerder A het warmtenet met toebehoren wil overdragen aan B. Wanneer de afleversets bestanddeel zijn van het warmtenet is er geen probleem. Door overdracht van het warmtenet, worden ook alle bestanddelen van dat warmtenet overgedragen. Het vestigen van opstalrechten is dan niet nodig. Als we ervan uitgaan dat de afleversets geen bestanddeel zijn van het warmtenet, maar zelfstandige roerende zaken, dan moeten deze afleversets apart worden overgedragen. Ook in dit geval is het vestigen van opstalrechten niet nodig. Indien tot slot geoordeeld wordt dat de afleversets bestanddeel zijn van de woning, of indirect worden nagetrokken door de grond van de afnemer van warmte, is overdracht van de afleversets niet zonder meer mogelijk. Het is wel mogelijk om opstalrechten te vestigen op de grond van de

afnemers van warmte die ervoor zorgen dat de afleversets in dit laatste geval eigendom blijven van A.⁵ Echter, bij overdracht van het warmtenet aan B moeten de opstalrechten apart worden overgedragen. Het vestigen van het opstalrecht op de grond van de afnemer van warmte zorgt er immers niet voor dat de afleverset ineens wordt nagetrokken door het warmtenet. Een opstalrecht creëert geen alternatieve natrekking. Indien overdracht van de opstalrechten wordt nagelaten, doet zich de onwenselijke situatie voor dat B eigenaar is van het warmtenet na overdracht en A rechthebbende is tot het opstalrecht en wellicht op grond daarvan eigenaar is van de afleversets.⁶ Door deze zelfstandige opstalrechten te vestigen, wordt het risico van vergeten beperkte rechten in het leven geroepen. Het warmtenet en de opstalrechten behoren dan toe aan verschillende partijen.

Ten overvloede merken we hier op dat indien de afleversets worden aangemerkt als bestanddeel van het warmtenet, de vraag zou kunnen opkomen of door het vestigen van het opstalrecht op de grond van de afnemer van warmte de bestanddeelvorming van de afleverset ten aanzien van het warmtenet ook is verbroken. Vooruitlopend op de behandeling in paragraaf 2.3, merken wij hier op dat dat niet het geval is, omdat – naast het feit dat de afleverset een te verzelfstandigen gedeelte van een zaak zou moeten zijn – daarvoor *op het warmtenet* een opstalrecht gevestigd zou moeten worden voor het verzelfstandigen van de afleverset.

2. Op grond van het wetsvoorstel 'Wet collectieve warmtevoorziening' komt de eigendom van warmtenetten in de toekomst te rusten bij openbare lichamen. De warmtebedrijven zijn dan slechts economisch eigenaar van de warmtenetten (zie art. 2.28 en 5.15 van het wetsvoorstel).
3. In hof Den Haag 16 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1541 en hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1904 werd geoordeeld dat de afleverset geen bestanddeel was van het huis van de afnemer van warmte. Nog los van eventuele bezwaren bij de motivering van dat oordeel, is door deze arresten evenmin duidelijk geworden of de afleverset dan een bestanddeel is van het warmtenet of dat de afleverset een zelfstandige roerende zaak is.
4. A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (AN nr. 120) 2018/15.12.
5. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/248c; zie ook paragraaf 2.4.
6. Dit laatste is niet onomstreden. Zoals uit paragraaf 2.3 volgt, zou het opstalrecht in deze situatie ook slechts de bevoegdheid kunnen regelen de afleverset aan te houden, zonder de eigendomsvraag te beantwoorden.

1.2 Oplossing uit de praktijk voor het probleem van vergeten rechten

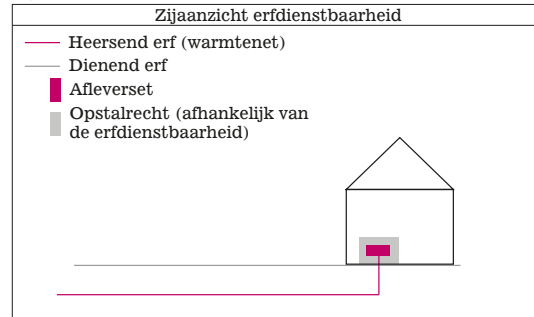
Zoals hiervoor beschreven, doet zich bij het vestigen van zelfstandige opstalrechten mogelijk een probleem voor bij overdracht van het warmtenet. Het opstalrecht wordt namelijk gevestigd op de grond van de afnemer van warmte ten behoeve van de afleverset. Door het vestigen van deze opstalrechten wordt A eigenaar van de afleverset, uitgaande van de veronderstelling dat hij dat niet reeds was.⁷ Wanneer A besluit het warmtenet over te dragen aan B, moeten de opstalrechten op de grond van de afnemers van warmte apart worden overgedragen.

Om te voorkomen dat zelfstandige opstalrechten (en dus eigendomsrechten) achterblijven na overdracht van het warmtenet, kan wellicht gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid die de wet biedt om rechten te 'koppelen' met gebruikmaking van de constructie van het afhankelijke recht. Afhankelijke rechten volgen immers het recht waaraan zij verbonden zijn ex art. 3:7 jo. 3:82 BW. Het opstalrecht kan ex art. 5:101 lid 2 BW afhankelijk worden gemaakt van een zakelijk recht, een huurrecht of een pachtrecht. De volgende zakelijke rechten komen daarvoor in aanmerking: het erfpachtrecht, het opstalrecht, het recht van vruchtgebruik en het recht van erfdienstbaarheid.⁸ Het voordeel van afhankelijkheid is dat door overdracht van het recht waarvan het opstalrecht afhankelijk is gemaakt, de verkrijger automatisch het afhankelijk opstalrecht verkrijgt.⁹ Van welke van deze wettelijke mogelijkheden zou in de praktijk gebruik kunnen worden gemaakt?

Op de grond van de afnemer van warmte kan een opstalrecht worden gevestigd dat afhankelijk is van een erfdienstbaarheid. De erfdienstbaarheid wordt gevestigd met de grond van de afnemer als dienend erf en het warmtenet als heersend erf (zie figuur 2). Het vestigen van de erfdienstbaarheid heeft op deze manier twee voordelen: de erfdienstbaarheid zorgt enerzijds voor het bevoegdelyk kunnen houden van het warmtenet in de grond (en het gebouw) van de afnemer van warmte en anderzijds fungeert de erfdienstbaarheid als recht waarvan het opstalrecht afhankelijk kan worden gemaakt. Tot slot is de erfdienstbaarheid zelf weer afhankelijk van het eigendomsrecht van het warmtenet als heersend erf.¹⁰ Dus bij overdracht van het warmtenet door A aan B, wordt B de gerechtigde van het heersend erf van de erfdienstbaarheid en gaat het opstalrecht (als afhankelijk recht van de erfdienstbaarheid) eveneens over naar B. Daarnaast belemmert deze constructie de financierbaarheid van het warmtenet niet. A kan een hypotheekrecht vestigen op het warmtenet en na executie door de hypotheek-

houder gaan de afhankelijke rechten van erfdienstbaarheid en opstal automatisch mee over naar de executiekoper.

Figuur 2



2. Enkele vraagstukken bij de oplossing uit de praktijk

2.1 Inleiding

Teneinde de hiervoor beschreven constructie te kunnen realiseren, is allereerst nodig dat het warmtenet als heersend erf in de zin van art. 5:70 BW kan worden aangemerkt. Vervolgens komt de vraag aan de orde of samenloop van art. 5:20 lid 2 BW en het opstalrecht, die intreedt doordat een opstalrecht wordt gevestigd ten behoeve van de afleversets die mogelijk onderdeel zijn van het net, tot problemen leidt. Tot slot wordt de situatie behandeld waarin de afleverset als bestanddeel van de woning moet worden aangemerkt. Het is dan immers de vraag of het in dat geval mogelijk is om de afleverset door een opstalrecht te verzelfstandigen.

2.2 Kan een net heersend erf zijn?

De erfdienstbaarheid wordt geregeld in titel 5.6 BW en heeft als algemene omschrijving: een last waarmee een onroerende zaak – het dienende erf – ten behoeve van een andere onroerende zaak – het heersende erf – is bezwaard.¹¹ De last op het dienende erf kan inhouden iets dulden of

7. Zie over het verzelfstandigen van de afleverset ook paragraaf 2.4.

8. S.E. Bartels, V. Sagaert, V. Tweehuysen & F.J. Vonck, 'If it ain't broke, don't fix it', in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst* (preadvies KNB), Den Haag: SDU 2016, p. 330-336; Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:101 BW, aant. 2.2 (online in Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 1 februari 2020).

9. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/8.

10. Hijma & Olthof, *Compendium Nederlands vermogensrecht* 2017/243; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/170.

11. Art. 5:70 lid 1 BW.

niet doen, het aanbrengen van bepaalde gebouwen, werken of beplantingen op het dienende erf ten behoeve van de erfdienstbaarheid en een verplichting om de gebouwen, werken of beplantingen op het dienende erf te onderhouden.¹²

Het erf van de afnemer van warmte kan aangemerkt worden als dienend erf. De eigenaar van het dienend erf hoeft enkel te dulden dat het warmtenet en/of de afleverset als onderdeel van het warmtenet in/op zijn grond (en woning) aanwezig is. Voorts kan het warmtenet worden gezien als zelfstandige onroerende zaak, zodat het warmtenet in beginsel als heersend erf aangemerkt kan worden.¹³ Het probleem ligt echter mogelijk bij het gebruik van het woord 'erf'. Kan een net als erf worden aangemerkt in de zin van art. 5:70 lid 1 BW? Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat aan het woord 'erf' geen strikte betekenis toegekend moet worden. De hoofdzin van art. 5:70 lid 1 BW spreekt van een onroerende zaak en dat is de kern van het artikel. Het woord 'erf' is slechts opgenomen om tegemoet te komen aan het indertijd bestaande juridische spraakgebruik.¹⁴ Het is immers mogelijk om een erfdienstbaarheid te vestigen ten behoeve van onroerende zaken die niet tevens als erf kwalificeren. In de parlementaire geschiedenis werd bijvoorbeeld gewezen op de mogelijkheid dat een opstal, los van de grond waarop de opstal is aangebracht, een erf kan zijn evenals een perceel met water.¹⁵ Ondanks dat het woord 'erf' de betekenis heeft van een grondstuk, moet het mogelijk worden geacht om een net als zelfstandige onroerende zaak te betrekken bij het vestigen van een erfdienstbaarheid.¹⁶ Daarbij maakt het onzes inziens niet uit of het net als heersend of als dienend erf wordt aangemerkt, aangezien de kwalificatie voor beide 'erven' in art. 5:70 lid 1 BW dezelfde is. Beide erven moeten ex art. 5:70 lid 1 BW onroerende zaken zijn.

Janssen komt in haar proefschrift tot dezelfde conclusie. Zij meent dat de wettelijke definitie geen belemmering hoeft te vormen bij het vestigen van een erfdienstbaarheid op een net en evenmin bij het vestigen van een erfdienstbaarheid ten behoeve van een net.¹⁷ Met andere woorden: een net kan zowel een heersend erf als een dienend erf zijn in de zin van art. 5:70 lid 1 BW.

Tot slot zou in de casus zoals beschreven in paragraaf 1.1 een erfdienstbaarheid ook op een andere manier gevestigd kunnen worden. In de parlementaire geschiedenis werd bij de erfdienstbaarheid aangegeven dat er omstandigheden denkbaar zijn waarin het heersend erf en het dienend erf niet direct naast elkaar gelegen zijn. Ter illustratie werd gewezen op de situatie dat een waterleiding- of energiebedrijf op grote afstand als heersend erf wordt aangemerkt, waar-

bij het dienend erf de leidingen in zijn grond moet dulden.¹⁸ Toegepast op de casus zou A als exploitant van het warmtenet een erfdienstbaarheid kunnen vestigen ten behoeve van het erf waarop de warmteopwekkingsinstallatie staat, waarbij de dienende erven de leidingen in hun grond moeten dulden. Vervolgens zouden van die erfdienstbaarheid afhankelijke opstalrechten kunnen worden gevestigd op de grond van de afnemers van warmte. Door overdracht van het erf waarop de warmteopwekkingsinstallatie staat, gaat de erfdienstbaarheid automatisch mee over door de afhankelijkheid van de erfdienstbaarheid van het eigendomsrecht van het heersend erf. De opstalrechten op de grond van de afnemers van warmte gaan eveneens automatisch mee over door afhankelijkheid van de opstalrechten van de erfdienstbaarheid. Deze situatie zou uitkomst kunnen bieden in de praktijk waarin het warmtenet altijd inclusief de warmteopwekkingsinstallatie en de afleversets zou worden overgedragen. In een praktijk waarin het warmtenet afzonderlijk van de warmteopwekkingsinstallatie moet worden overgedragen, is het beter om de erfdienstbaarheid te vestigen ten behoeve van het warmtenet als heersend erf.

2.3 Indien de afleverset een bestanddeel is van het warmtenet, is het vestigen van een opstalrecht op de grond van de afnemer van warmte dan nog mogelijk?

De uit de praktijk voortkomende oplossing kan aanleiding geven tot de vraag of een opstalrecht kan worden gevestigd op de grond van de afnemer van warmte voor een afleverset, indien de afleverset bestanddeel is van het warmtenet.

12. Art. 5:71 lid 1 en 2 BW.

13. *Kamerstukken II* 2005/06, 29834, nr. 9, p. 6.

14. Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 253.

15. Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 245 & 253. Zie ook: P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (Onderneming en recht nr. 94), Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 1.6.3; J.G. Gräler, *Mandeligheid en erfdienstbaarheden* (Mon. BW nr. B27), Deventer: Kluwer 2014, nr. 33; J.G. Gräler, *Mandeligheid* (Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht) (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, par. 16.

16. Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 122.

17. Janssen, *Wie heeft de leiding?* (R&P nr. VG1) 2010/6.1.2.2; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/170.

18. Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 252.

In dat geval wordt door de afnemer van warmte op zijn grond een opstalrecht gevestigd teneinde een gebouw of werk op de grond van de afnemer van warmte in eigendom toe te laten komen aan de netbeheerder. De netbeheerder is evenwel reeds eigenaar van dat gebouw of werk op grond van art. 5:20 lid 2 BW, indien de afleverset als bestanddeel van het warmtenet wordt gezien.¹⁹

Dat het opstalrecht in dit geval niet zorgt voor doorbreking van natrekking, is geen probleem. In de literatuur wordt ervan uitgegaan dat het vestigen van een opstalrecht mogelijk is, ook indien het werk waarvoor het opstalrecht wordt gevestigd bestanddeel is van een andere onroerende zaak. Het is dus mogelijk om een opstalrecht te vestigen voor de afleverset, ook als de afleverset een bestanddeel is van het warmtenet. Huijgen bespreekt in zijn artikel dat het opstalrecht er in dit geval niet hoofdzakelijk toe dient om de eigendom van het werk aan een ander te doen toekomen. Het opstalrecht moet hier vooral worden gezien als middel om de bevoegdheden die normaal aan de eigenaar toekomen, toe te kennen aan de opstaller.²⁰ Daarnaast betoogt Huijgen dat, indien het opstalrecht wordt gevestigd als grondslag voor de bevoegdheid een net aan te leggen, het opstalrecht een ander karakter heeft. Het opstalrecht als grondslag voor de bevoegdheid leidt dan niet tot het verschaffen van de eigendom van het net. De eigendom van het net wordt immers toegewezen aan de bevoegde aanlegger op grond van art. 5:20 lid 2 BW. Het opstalrecht houdt dan niet meer in, dan slechts vast te stellen wie de bevoegde aanlegger van het net is.²¹ In de optiek van Huijgen moet art. 5:20 lid 2 BW dan ook worden gezien als *lex specialis* ten opzichte van het opstalrecht uit art. 5:101 BW, waardoor het opstalrecht bij de aanleg van netten niet langer de eigendom van een net reguleert. Tot slot meent Huijgen dat deze kwalificatie van het opstalrecht meebrengt dat bij overdracht van het net, het opstalrecht niet mee overgedragen hoeft te worden. Het opstalrecht reguleert immers niet de eigendom van het net, maar is slechts gevestigd om de bevoegdheid van de aanlegger van het net vast te stellen.²²

Het is dus mogelijk om een opstalrecht op de grond van de afnemer van warmte te vestigen voor de afleverset, ook indien de afleverset bestanddeel is van het warmtenet. Het opstalrecht fungeert dan slechts als grondslag voor de bevoegdheid om het net en de afleverset aan te leggen en in/op de grond te houden. De eigendomsvraag wordt dan beantwoord door art. 5:20 lid 2 BW. Dit is een oplossing voor de situatie waarin het onduidelijk is of een afleverset een bestanddeel is van het net of bestanddeel van de woning, omdat, overeenkomstig de opvatting

van Huijgen, in beide gevallen een opstalrecht gevestigd kan worden. Samenloop van art. 5:20 lid 2 BW en het opstalrecht hoeft er dus niet toe te leiden dat het vestigen van opstalrechten in bepaalde gevallen onmogelijk is. Het opstalrecht kan dus als vangnet voor eigendom blijven fungeren, ook als de eigendom van netten wordt geregeld door art. 5:20 lid 2 BW.

2.4 Indien de afleverset een bestanddeel is van de woning van de afnemer van warmte, kan de afleverset dan door het opstalrecht verzelfstandigd worden?

Stel nu dat de afleverset geen bestanddeel is van het warmtenet, maar van de woning. Dan doet zich de vraag voor of de afleverset alsnog in eigendom toe kan komen aan de eigenaar van het warmtenet. Daarnaast is het mogelijk dat een zaak geen bestanddeel is van de woning op grond van art. 3:4 BW, maar wel onroerend is op grond van art. 3:3 BW door (indirecte) natrekking.²³ Is het mogelijk om de (onroerende) afleverset te verzelfstandigen ten opzichte van de woning en/of de grond? Zoals in paragraaf 1.2 al kort naar voren kwam, is het in theorie mogelijk om bepaalde bestanddelen van een onroerende zaak te verzelfstandigen door het vestigen van een opstalrecht. In de literatuur bestaat evenwel onduidelijkheid over wat precies door middel van een opstalrecht verzelfstandigd kan worden.²⁴

19. Zie ook: Van Loenhoud, 'Eigendomssituatie WKO-systeem na einde tijdelijk opstalrecht', *WPNR* 2019/7221, p. 2-8; Van Drunen, 'Verhouding opstalrecht tot geregistreerd telecommunicatienetwerk', *WPNR* 2012/6914, p. 30-35 & Vonck, 'Eigendom van onbevoegd of in eigen grond aangelegde netten', *WPNR* 2015/7071, p. 654-661; Huijgen, 'Art. 5:20 lid 2 BW en het opstalrecht', *WPNR* 2008/6771, p. 754-757; Stein, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:4 BW, aant. 3 (online in Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 15 december 2018).
20. Huijgen, *WPNR* 2008/6771, p. 754-757; Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, titel 8 Boek 5 BW, aant. 2 (online in Kluwer Navigator, laatst bijgewerkt op 1 februari 2020); Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/248, Van Drunen, *WPNR* 2012/6914, p. 30-35.
21. In dezelfde zin: Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/90d.
22. Huijgen, *WPNR* 2008/6771, p. 754-757.
23. E.F. Verheul, 'Eigendomsvoorbehoud, bestanddeelvorming en natrekking', *WPNR* 2015/7053, p. 237-244; Bartels & Heyman, *Vastgoedtransacties*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 73-77; HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2256, *JOR* 2019/48, m.nt. Steneker.
24. P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (Onderneming en recht nr. 94), Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 1.6.1.

Ploeger en Bounjouw zijn van mening dat het opstalrecht gebruikt kan worden voor alle constructies met een zekere zelfstandigheid. Zij noemen daarbij als voorbeelden dat het verzelfstandigen van een aangebouwde serre, centrale verwarming, lift, kerkorgel, historische gevelsteen en een niet-geïntegreerd zonnepaneel mogelijk moet zijn. Machines of andere apparatuur die geplaatst zijn in of aan fabrieksgebouwen, kunnen door het opstalrecht eveneens een afzonderlijk voorwerp van eigendom zijn, net zoals een stelsel van leidingen binnen een gebouw. Daarentegen is het niet mogelijk om bakstenen of dakpannen te verzelfstandigen.²⁵ In de parlementaire geschiedenis is daarnaast expliciet terug te vinden dat een opstalrecht ook gevestigd kan worden voor leidingen die door een gebouw van een ander lopen.²⁶ Ook Bartels meent dat een opstalrecht gebruikt kan worden om te voorkomen dat objecten worden nagetrokken door onroerende zaken.²⁷ Van der Plank meent voorts dat zelfs voor keukens, deuren of badkuipen in huizen een opstalrecht gevestigd kan worden.²⁸ Vonck noemt in zijn dissertatie nog een wat abstractere maar bredere toets om te beoordelen wanneer een object voldoende individualiseerbaar is om door een opstalrecht afgescheiden te worden. Vonck meent dat naast de vraag of een object voldoende zelfstandigheid bezit, ook het criterium geldt dat de splitsing door het opstalrecht in economisch opzicht acceptabel is. Dit laatste criterium leidt ertoe dat er ruimte is voor de afsplitsing van niet geheel zelfstandige onderdelen, indien daartoe behoefte bestaat in de praktijk.²⁹

Op basis van het voorgaande, menen wij dat het mogelijk moet worden geacht om de afleverset te verzelfstandigen door het vestigen van een opstalrecht op de grond van de afnemer van warmte. De afleverset is onzes inziens niet minder zelfstandig dan een centrale verwarming, ingebouwde apparatuur of leidingen in een gebouw en voor deze objecten is reeds aangenomen dat ze voldoende individualiseerbaar zijn om afgescheiden te worden door middel van een opstalrecht. Daarnaast biedt het criterium van Vonck nog meer ruimte, omdat de afleverset economisch gezien meerwaarde biedt voor de woning. Door het aansluiten van de woning op het warmtenet, is een belangrijke stap gezet in de richting van het loskoppelen van de woning van het gasnet. Deze verduurzamingsslag zorgt ervoor dat door de aansluiting op het warmtenet door middel van een afleverset de woning toekomstbestendiger is en gunstiger in de markt zal liggen.

3. Alternatieve oplossingen voor het probleem van vergeten rechten

3.1 Inleiding

Hiervoor zijn wij er steeds van uitgegaan dat de eigendom van het warmtenet met toebehoren in het geheel wordt overgedragen door netbeheerder A aan B. Zoals besproken wordt deze overdracht gecompliceerder op het moment dat onderdelen van het warmtenet, die niet als bestanddeel aangemerkt kunnen worden, altijd met het warmtenet mee overgedragen moeten worden. In deze paragraaf bespreken wij een tweetal andere oplossingen die tegemoetkomen aan het risico van vergeten beperkte rechten, zoals omschreven in paragraaf 1.1.

3.2 Rechtspersoon als eigenaar van het warmtenet

Een voor de hand liggend alternatief voor de constructie zoals beschreven in paragraaf 1.2 is het oprichten van een rechtspersoon, waarbij wij abstraheren van alle fiscale aandachtspunten die dat met zich kan brengen. De netbeheerder kan alle bevoegdheden met betrekking tot het warmtenet overdragen aan een nieuw op te richten rechtspersoon. Onder bevoegdheden kan bijvoorbeeld worden verstaan: de eigendom van het net, zelfstandige opstalrechten voor de afleversets in de woningen van afnemers van warmte, kwalitatieve verplichtingen op grond waarvan de afnemers van warmte de aanwezigheid van het warmtenet of een afleverset moeten dulden of andere verbintenisrechtelijke aanspraken zoals warmteleveringscontracten.

Toegepast op de casus uit paragraaf 1.1 zou netbeheerder A bijvoorbeeld een bv op kunnen richten en vervolgens het warmtenet in eigendom kunnen overdragen aan deze bv. Vervolgens zou A ook de (zelfstandige) beperkte rechten die zijn gevestigd ten behoeve van het warmtenet kunnen overdragen aan de bv. Denk daarbij bijvoorbeeld aan zelfstandige opstalrechten ten behoeve van

25. H.D. Ploeger & H. Bounjouw, *Erfpacht en opstal* (Monografieën. BW nr. B28), Deventer: Wolters Kluwer 2019/63.

26. C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 5, Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 359.

27. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/249.

28. P.J. van der Plank, 'Is het mogelijk art. 3:4 BW bestanddelen te verzelfstandigen door middel van het vestigen van een recht van opstal?', *WPNR* 2016/7108, p. 399-403 (met literatuurverwijzingen); P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (O&R nr. 94), Deventer: Wolters Kluwer 2016/1.6.4.

29. F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, Den Haag: BJu 2013, p. 59-64.

de afleversets. Netbeheerder A kan daarna eenvoudigweg de aandelen in het kapitaal van deze bv overdragen aan verkrijger B om daarmee indirect het warmtenet met alle toebehoren over te dragen. Het voordeel van deze methode is dat heel precies geselecteerd kan worden wat wel en niet wordt overgedragen aan de bv. Daarnaast is het in dit geval niet nodig om te werken met ingewikkelde constructies met van elkaar afhankelijke rechten en kan minder gebruik worden gemaakt van beperkte rechten. Deze eenvoudigere gang van zaken kan leiden tot minder fouten in de praktijk. Aangezien afhankelijkheid van de rechten niet langer noodzakelijk is, kan bijvoorbeeld ook gebruik worden gemaakt van een kwalitatieve verplichting (art. 6:252 BW).³⁰ Zo zou de kwalitatieve verplichting gebruikt kunnen worden om de afnemer van warmte de aanwezigheid van de afleverset in zijn woning te laten dulden, maar de kwalitatieve verplichting zou eveneens kunnen worden gebruikt om de verplichting tot het dulden van het warmtenet in de grond van derden vast te leggen. Daarnaast kan zelfs gekozen worden voor overeenkomsten met een kettingbeding. Het oprichten van een rechtspersoon die gerechtigde is tot alle rechten en bevoegdheden met betrekking tot het warmtenet, kan de praktijk dus veel flexibiliteit bieden. Het nadeel is evenwel dat het oprichten van een rechtspersoon, louter om het warmtenet te kunnen overdragen, wel wat omslachtig is. Allereerst moeten alle bevoegdheden aan de rechtspersoon worden overgedragen en vervolgens moeten de aandelen in die rechtspersoon worden overgedragen. Indien het net evenwel nog dient te worden aangelegd, kan de registratie van het net en de vestiging van de opstalrechten rechtstreeks op naam van de speciaal daarvoor opgerichte bv gebeuren. Tot slot kan als nadeel worden benoemd dat een overdracht van een gedeelte van het warmtenet niet eenvoudigweg door een aandelenoverdracht bewerkstelligd kan worden.

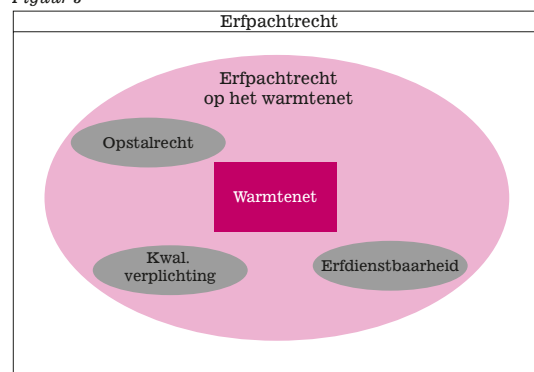
3.3 Het in erfpacht uitgeven van het warmtenet

3.3.1 Inleiding

Door creatief om te springen met het bestaande goederenrecht, zou een andere gedachte onzes inziens kunnen zijn dat het in de praktijk gebruikelijk wordt om niet de eigendom van het net over te dragen, maar een (eeuwigdurend) erfpachtrecht op het net te vestigen. In deze paragraaf verkennen wij de mogelijkheid om alle bevoegdheden van een eigenaar van een warmtenet door middel van een erfpachtrecht te bundelen en vervolgens toe te kennen aan een andere partij. Zoals uit deze paragraaf volgt, biedt deze oplossing de praktijk onzes inziens meer flexibiliteit dan de gang van zaken uit paragraaf 1.2 en bovendien kan door deze oplossing gemakkelijk geïnvesteerd worden in de aanleg van warmtenetten.

Voor de behandeling hanteren wij de volgende situatieschets. Netbeheerder A is eigenaar van een warmtenet en tevens gerechtigd om het warmtenet en de afleversets in/op de grond van derden aan te houden op grond van (zelfstandige) opstalrechten en erfdienstbaarheden. In deze paragraaf gaan wij ervan uit dat de afleversets geen bestanddeel zijn van het warmtenet, maar bestanddeel van de woningen van de afnemers van warmte. Netbeheerder A wil zijn warmtenet in erfpacht uitgeven aan B, daarnaast wil A de bevoegdheden om het warmtenet en de afleversets aan te houden in/op de grond van derden ook laten toekomen aan B onder het erfpachtrecht. B verkrijgt zodoende door het erfpachtrecht de bevoegdheid om het volledige warmtenet – dus inclusief alle bevoegdheden van A – te beheren en B kan deze bevoegdheden gemakkelijk laten overgaan op rechtsopvolger C door het erfpachtrecht over te dragen. In deze situatie gebruiken we het erfpachtrecht dus als middel om bevoegdheden van eigenaar A te bundelen die verder gaan dan slechts de bevoegdheden die de eigenaar heeft op grond van zijn eigendomsrecht. Een eigenaar kan immers veel meer bevoegdheden verkrijgen door het uitbreiden van zijn eigendomsrecht met beperkte rechten en kwalitatieve verplichtingen. Dit is schematisch weergegeven in figuur 3. In deze paragraaf verkennen wij een mogelijke toepassing hiervan bij warmtenetten, omdat deze toepassing de praktijk veel meer flexibiliteit kan bieden dan de huidige gang van zaken zoals beschreven in paragraaf 1.2.

Figuur 3



30. Wij bespreken de kwalitatieve verplichting niet inhoudelijk in dit artikel. Voor meer informatie over de kwalitatieve verplichting verwijzen wij naar de volgende bronnen: Asser/Sieburgh 6-III 2018/550-560; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/170a; N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006.

3.3.2 Een erfpachtrecht als bundel van rechten

In een erfpachttakte kunnen vrijwel alle bevoegdheden die de eigenaar van het warmtenet heeft, worden toegekend aan de erfpachter. In art. 5:89 lid 1 BW staat immers dat de erfpachter in beginsel dezelfde bevoegdheden heeft als de eigenaar. Bij bevoegdheden die toegekend kunnen worden aan de erfpachter kan ook gedacht worden aan de bevoegdheid van de eigenaar van het warmtenet om op grond van bijvoorbeeld kwalitatieve verplichtingen of opstalrechten het warmtenet in de grond van een ander aan te houden en om de afleversets van het warmtenet te beheren, zonder dat de afleversets bestanddeel zijn van het warmtenet. Het voordeel van een erfpachtrecht is dat de bevoegdheden die de eigenaar heeft ten aanzien van het warmtenet niet los overgedragen hoeven te worden en ook niet afhankelijk hoeven te zijn van het eigendomsrecht van het warmtenet om tot eenvoudige verhandelbaarheid van het net te komen. Het is dus niet zo relevant of deze bevoegdheden ten aanzien van het net zijn toegekend op basis van beperkte rechten. We gebruiken het erfpachtrecht namelijk om al deze bevoegdheden te bundelen. Vervolgens kan eenvoudigweg het erfpachtrecht worden overgedragen om een nieuwe netbeheerder de volledige gebruiksrechten van het net te verschaffen. De eigenaar van het warmtenet en van de afleversets hoeft daarom niet in alle gevallen de constructie te gebruiken die in paragraaf 1.2 is behandeld. Dat betekent dat de eigenaar van het warmtenet ook kan kiezen voor andere middelen dan beperkte rechten om bevoegdheden te verkrijgen ten aanzien van het net, aangezien de afhankelijkheid van deze bevoegdheden niet langer noodzakelijk is. A kan als eigenaar van het warmtenet ten aanzien van de afleversets bijvoorbeeld ook gebruik maken van een kwalitatieve verplichting (art. 6:252 BW) en kan daarnaast zelfstandige opstalrechten vestigen of overeenkomsten met een kettingbeding aangaan met afnemers van warmte. Dit lijkt netbeheerder A meer vrijheid te bieden voor maatwerk. Vervolgens kunnen al deze afzonderlijke bevoegdheden door het erfpachtrecht gebundeld worden en daardoor toekomen aan de erfpachter. Daarnaast is een recht van erfpacht voor opvolgend netbeheerder B niet direct nadelig, omdat hij hetzelfde genot heeft van het warmtenet als eigenaar A ex art. 5:89 lid 1 BW en het erfpachtrecht vatbaar is voor overdracht en bezwaring.³¹

In haar proefschrift gaat Janssen in op de mogelijkheid om een net in erfpacht uit te geven. De erfpachter verkrijgt daarna hetzelfde genot van het net als de neteigenaar had.³² Voor het vestigen vereist art. 5:85 lid 1 BW slechts dat het moet gaan om een onroerende zaak. Zoals reeds

in paragraaf 2.2 is behandeld, is een net in de zin van art. 5:20 lid 2 BW een zelfstandige onroerende zaak. De inhoud van het erfpachtrecht wordt vervolgens voor een belangrijk deel bepaald door de vestigingsakte. In de vestigingsakte kunnen de toepassingen uit titel 5.7 BW zijn verwerkt, maar daarin kunnen ook aanvullende onderwerpen worden opgenomen. Die aanvullende onderwerpen zijn evenwel alleen onderdeel van het erfpachtrecht, indien zij voldoende verband houden met het wezen van het erfpachtrecht. Ontbreekt het voldoende verband met het erfpachtrecht, dan hebben de aanvullende onderwerpen slechts verbintenisrechtelijke werking tussen partijen en gelden ze dus niet voor rechtsopvolgers van de erfpachter.³³

In de literatuur wordt aangenomen dat het erfpachtrecht niet op een opstalrecht gevestigd kan worden.³⁴ Daardoor zou het niet mogelijk zijn om het erfpachtrecht te vestigen op het opstalrecht op de afleverset. Echter, dat lijkt ons in de onderhavige situatie ook niet nodig. De bevoegdheid om de afleverset te houden en te gebruiken op de grond van de afnemer van warmte kwam door het opstalrecht reeds toe aan A. A kent deze bevoegdheden vervolgens toe aan B door middel van een erfpachtrecht dat is gevestigd op het warmtenet. Het erfpachtrecht op het warmtenet wordt zodoende uitgebreid met extra bevoegdheden, er is dus geen sprake van een erfpachtrecht op het opstalrecht. Het uitbreiden van het erfpachtrecht is mogelijk, zolang de bevoegdheden voldoende verband houden met het erfpachtrecht en niet in strijd zijn met het wezen van het erfpachtrecht.³⁵ De vraag rest dus of gebruiks- en beheersbevoegdheden met betrekking tot toebehoren bij een net – die mogelijk geen bestanddelen zijn van dat net – die aan de eigenaar van het net toekomen, ook onder het erfpachtrecht kunnen vallen. Met andere woorden is het dus de vraag of netbeheerder A, als eigenaar van een warmtenet en als rechthebbende van opstal-

31. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/224.

32. Janssen 2010, par. 6.1.2.3.

33. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/216-217; Ploeger, *Erfpacht en opstal* (Mon. BW nr. B28) 2019/12.

34. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/215.

35. Van Zeben, Du Pon & Olthof (red.), *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 296-299; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/216-217; Ploeger, *Erfpacht en opstal* (Mon. BW nr. B28) 2019/12 & 15.

rechten en kwalitatieve verplichtingen om het warmtenet en de afleversets aan te mogen houden in/op de grond van derden, deze aanvullende bevoegdheden kan opnemen in het erfpachtrecht.

Ploeger meent dat van een voldoende verband met het erfpachtrecht kan worden gesproken, indien de aanvullende bevoegdheden min of meer rechtstreeks verband houden met de essentialia van het erfpachtrecht. Onder de essentialia die Ploeger noemt, valt ook het genot van de zaak.³⁶ Struycken meent daarnaast dat aanvullende verplichtingen de kerneigenschappen van het erfpachtrecht moeten ondersteunen, maar dat aanvullende bevoegdheden over het algemeen tot de inhoud van het erfpachtrecht moeten kunnen behoren.³⁷ Een kerneigenschap van het erfpachtrecht is het genot van de zaak uit art. 5:89 BW. Het warmtenet met toebehoren wordt ter beschikking gesteld aan de erfpachter. De aanvullende bevoegdheden houden dus rechtstreeks verband met het genot van de zaak, waardoor deze bevoegdheden dus mogelijk tot het erfpachtrecht behoren. Mollema noemt in haar proefschrift nog dat aanvullende rechten en verplichtingen wel vatbaar moeten zijn voor overgang op rechtsopvolgers en dat de rechten en verplichtingen enig nut moeten vertegenwoordigen voor de waarde van het met erfpachtrecht belaste goed.³⁸ Wij verwachten weinig problemen met de overdraagbaarheid van de bevoegdheid de afleverset aan te houden op de grond van de afnemers van warmte en evenmin met de overdraagbaarheid van de bevoegdheid om het net in de grond van een ander aan te houden. Die bevoegd zal veelal gebaseerd zijn op een opstalrecht of kwalitatieve verplichting en die zijn beide voor overdracht vatbaar. Indien gebruik is gemaakt van afhankelijke rechten, dan zou hier evenwel een probleem kunnen ontstaan. Voorts biedt de bevoegdheid gebruik te maken van de afleversets de erfpachter van het warmtenet een voordeel. Zonder afleversets is het warmtenet immers van weinig waarde.

Verdaas geeft een overzicht van de vijf maatstaven uit de literatuur en jurisprudentie waaraan getoetst moet worden of een beding onderdeel uitmaakt van een beperkt recht.³⁹ Het gaat om de volgende maatstaven, het beding:

1. mag niet in strijd zijn met de dwingendrechtelijke inhoud van het recht;
2. mag niet in strijd zijn met de wettelijke definitie van het recht;
3. moet een zodanig verband met het recht hebben, dat een goederenrechtelijke behandeling gerechtvaardigd is;
4. moet voor overgang vatbaar zijn; en
5. moet enig nut hebben voor de waarde van het beperkte recht.

Zoals hiervoor aangegeven, voldoen de bevoegdheden van eigenaar A met betrekking tot de toebehoren bij het warmtenet aan deze eisen. Dat zou betekenen dat er in beginsel niets op tegen is om deze bevoegdheden als onderdeel aan te merken van het erfpachtrecht van het warmtenet. Erfpachter B verkrijgt daarmee onder het erfpachtrecht, naast het recht het warmtenet te gebruiken, ook de bevoegdheid de afleversets aan te houden en te gebruiken, zelfs indien de afleversets geen bestanddeel zijn van het warmtenet. A blijft dan eigenaar van het net en de afleversets en A blijft als rechthebbende van opstalrechten of kwalitatieve verplichtingen bevoegd om het net in de grond van derden aan te houden.

3.3.3 Mogelijke knelpunten bij het gebruiken van het erfpachtrecht als bundel van rechten

Binnen de hiervoor besproken toepassing van het erfpachtrecht zou zich een probleem kunnen voordoen omtrent de eis dat het erfpachtrecht het genot van de zaak geeft die de eigenaar van die zaak heeft op grond van art. 5:89 lid 1 BW. De aanvullende bevoegdheden houden namelijk niet direct verband met het eigendomsrecht van het warmtenet. De aanvullende bevoegdheden van A vinden immers niet direct hun grondslag in het eigendomsrecht van A, maar vinden hun grondslag in andere beperkte rechten of kwalitatieve verplichtingen waartoe A gerechtigd is. A heeft deze bevoegdheden, maar of erfpachter B deze bevoegdheden ook kan krijgen onder het erfpachtrecht is onduidelijk. Toch menen wij dat daar in beginsel niets op tegen is door de ruime mogelijkheden van het toekennen van extra bevoegdheden aan de erfpachter. Dat betekent dat netbeheerder A een erfpachtrecht kan vestigen op het warmtenet ten behoeve van B. B krijgt daardoor alle bevoegdheden ten aanzien

36. Ploeger, *Erfpacht en opstal* (Mon. BW nr. B28) 2019/12, 13 & 15.

37. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 395, 412-413, 428-434.

38. Mollema, *Het beperkte recht : een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud*, Deventer: Kluwer 2013, p. 272.

39. Verdaas, 'Partijautonomie bij pand en hypotheek', in: Biemans, Kolkman & Verstappen (red.), *Uitleg van notariële akten*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 74.

van het warmtenet die A ook had, zonder het risico dat een beperkt recht wordt vergeten. Tenslotte kan B het erfpachtrecht op het warmtenet ook eenvoudig overdragen aan C, wederom zonder het risico van vergeten beperkte rechten.

Het toekennen van aanvullende bevoegdheden ten aanzien van het warmtenet aan de erfpachter leidt onzes inziens niet tot problemen. Het erfpachtrecht biedt zoals gezegd voldoende ruimte. Er kunnen evenwel problemen ontstaan bij erfpachter A. Deze constructie heeft alleen zin als A alle bevoegdheden ten aanzien van het net onder zich houdt, zodat A deze bevoegdheden kan bundelen in een erfpachtrecht ten behoeve van B. Als A nadien enkele van deze bevoegdheden kwijtraakt, bijvoorbeeld door overdracht, dan is het nog maar de vraag of erfpachter B deze bevoegdheden dan onder zijn erfpachtrecht kan blijven uitoefenen. Wij menen op het eerste gezicht van niet. De erfpachter heeft in beginsel dezelfde bevoegdheden als de eigenaar. Maar als de eigenaar een bevoegdheid verliest, bijvoorbeeld door het eindigen van een opstalrecht, dan verliest de erfpachter deze bevoegdheid onzes inziens ook. Dit is dus een risico voor de erfpachter die zich met name doet gelden bij faillissement van A. Als de curator van A de verschillende rechten ten aanzien van het net overdraagt aan verschillende partijen, dan verliest B de bevoegdheid om deze rechten uit te oefenen onder zijn erfpachtrecht op het warmtenet.

Bij erfpachtrechten bestaat tot slot nog het probleem dat er altijd een eigenaar van het warmtenet achterblijft die daarnaast rechthebbende is tot alle aanvullende rechten die bij het warmtenet horen. In de casus uit de inleiding zal dat netbeheerder A zijn. Het is maar de vraag of netbeheerder A zit te wachten op deze constructie, aangezien A het warmtenet wilde overdragen. Het vestigen van erfpachtrechten zal dus niet voor iedere situatie de gewenste oplossing zijn, maar naar onze mening kan het in bepaalde gevallen zeker uitkomst bieden. Daar komt nog bij dat A bij het vestigen van het erfpachtrecht een canon kan bedingen ex art. 5:85 lid 2 BW als tegemoetkoming voor eventuele ongemakken. Daarnaast maakt deze constructie het mogelijk om alle bevoegdheden van netbeheerder A onder te brengen in X bv. Vervolgens bundelt X alle bevoegdheden ten aanzien van het warmtenet in een erfpachtrecht dat gevestigd is op het warmtenet ten behoeve van B. B betaalt voor zijn erfpachtrecht een canon aan X en daarmee wordt X bv een beleggingsobject. Op deze manier kunnen beleggers eenvoudig investeren in de aanleg van warmtenetten, zonder dat daarmee het beheer van het warmtenet en de overdraagbaarheid van het warmtenet worden belemmerd.

4. Conclusie

Door de omvang en complexiteit van warmtenetten en de vele beperkte rechten die daarmee gepaard gaan, bestaat in de praktijk het risico dat een van deze beperkte rechten wordt vergeten bij overdracht van het warmtenet. Dat kan tot lastige vragen leiden, bijvoorbeeld over wie bevoegd is of over wie eigenaar is van dat gedeelte van het net. Deze complexe vraagstukken belemmeren de aanleg van warmtenetten en daarmee de energietransitie binnen Nederland. In deze bijdrage hebben wij enkele oplossingen aangedragen om tegemoet te komen aan deze problematiek.

Allereerst hebben wij een constructie uitgewerkt die in de praktijk wordt gehanteerd, waarbij gebruik wordt gemaakt van afhankelijke rechten. Deze constructie sluit onzes inziens nauw aan bij de mogelijkheden die het geldend recht biedt en voorkomt dat beperkte rechten ten aanzien van warmtenetten worden vergeten. Een nadeel van deze constructie is evenwel dat er weinig ruimte is voor maatwerk. Aangezien de rechten met betrekking tot het warmtenet allemaal van elkaar afhankelijk moeten zijn, zal de netbeheerder gebruik moeten maken van afhankelijke opstalrechten en erfdienstbaarheden.

In paragraaf 3 hebben wij vervolgens twee alternatieve oplossingen besproken die meer flexibiliteit bieden. Allereerst zouden alle bevoegdheden met betrekking tot het warmtenet kunnen worden ondergebracht in een rechtspersoon, waarna het warmtenet eenvoudig overgedragen kan worden door overdracht van de aandelen in het kapitaal van deze rechtspersoon. Tot slot hebben wij een nieuwe toepassing verkend van het recht van erfpacht. Binnen deze toepassing gebruiken wij het erfpachtrecht om de bevoegdheden die de beheerder van het warmtenet heeft te bundelen. De erfpachter verkrijgt zodoende alle beheersbevoegdheden met betrekking tot het warmtenet, ook die bevoegdheden die de eigenaar van het warmtenet heeft verkregen door aanvullende beperkte rechten of kwalitatieve verplichtingen. Ondanks de besproken nadelen van deze toepassing, menen wij dat deze oplossing de praktijk veel flexibiliteit kan bieden en daarnaast leidt deze oplossing tot de mogelijkheid om eenvoudig te investeren in de aanleg van warmtenetten.

Tot slot is het goed om voor ogen te houden dat de wetgeving rondom warmte- en andere netten nog betrekkelijk jong en sterk aan verandering onderhevig is. De praktijk, jurisprudentie en voortschrijdend inzicht zullen naar verwachting de toepassingsgebieden nader inkleuren.