

**BURGERLIJK
WETBOEK**
1992 - 2022

**VOOR
GED
BOEK**

Willem van Boom	Bram Akkermans	Carlos Bollen
Tycho de Graaf	Stéphanie van Gulijk	Chris Jansen
Carla Klaassen	Marco Loos	Charlotte Pavillon
Rianka Rijnhout	Harriët Schelhaas	Marnix Snel

Boomjuridisch

VOORUITGEDENKBOEK BURGERLIJK WETBOEK 1992-2022

Onder redactie van:

Willem van Boom (Nijmegen)
Bram Akkermans (Maastricht)
Carlos Bollen (Aruba)
Tycho de Graaf (Leiden)
Stéphanie van Gulijk (Tilburg)
Chris Jansen (Amsterdam VU)
Carla Klaassen (Nijmegen)
Marco Loos (Amsterdam UvA)
Charlotte Pavillon (Groningen)
Rianka Rijnhout (Utrecht)
Harriët Schelhaas (Rotterdam)
Marnix Snel (Curaçao/Nijmegen)

Boom juridisch
Den Haag
2023

Met de toevoeging van een nieuwe dimensie weer dertig jaar vooruit

Jacques Vos en Arnaud Wilod Versprille

8.1 INLEIDING

Steeds vaker lopen we tegen de grenzen van het huidige BW aan en moeten notarissen zich in bochten wringen om de gebouwde werkelijkheid van een goed juridisch kader te voorzien. De bewaarder heeft vervolgens de taak om dit op een zodanige wijze vast te leggen dat dit niet alleen past binnen het kader van het BW, maar ook binnen het kader van de Kadasterwet.

Reeds in 2016 werd in een preadvies van de KNB stilgestaan bij een aantal beklemmende rechtsvormen.¹ Daarbij werd de vraag gesteld welke verbeteringen er mogelijk en aan te bevelen zijn om ook in de 21e eeuw beter vorm te geven aan de gebouwde omgeving. Helaas is dit preadvies ergens in een bureaula op het Ministerie van Justitie en Veiligheid verdwenen, terwijl er veel goede ideeën in zijn opgenomen die redelijk eenvoudig in de wet kunnen worden verwerkt.

In deze bijdrage signaleren wij problemen in de gebouwde omgeving nu verduurzamingsthema's een steeds belangrijkere rol spelen. Daarbij wordt dezelfde grond door vele partijen gebruikt, met steeds wisselende functies. Onderzocht wordt welke instrumenten daar thans voor beschikbaar zijn en welke nadelen daaraan verbonden zijn. Daarbij wordt nagedacht over mogelijke oplossingen om deze knelpunten op te lossen. Wij willen niet alleen aandacht geven aan de juridische vormen, maar ook aan de wijze van registratie en aan de kenbaarheid voor derden.

8.2 HET NBW EN TALRIJKE VERANDERINGEN

Het is inmiddels dertig jaar geleden dat het Nieuw Burgerlijk Wetboek het levenslicht zag; een wetboek dat destijds na veel vertraging uiteindelijk werd ingevoerd en de nodige verbeteringen bracht. De gelaagdheid van het NBW gaf een duidelijke structuur en veel rechtspraak werd gecodificeerd. In het registergoederenrecht

1. Verstappen e.a. 2016.

werden talrijke veranderingen doorgevoerd. De samenwerking tussen notaris en bewaarder werd van een duidelijker wettelijk kader voorzien. Dit leidde tot praktische aanpassingen die duidelijker de derdenbescherming,² de verplichting tot het vermelden van het tijdstip van het ondertekenen van een notariële akte,³ het vermelden van het tijdstip van ontvangst van een ter inschrijving aangeboden stuk⁴ en de rangorde met betrekking tot de inschrijvingen van twee (of meer) met elkaar colliderende en gelijktijdig ingeschreven rechten⁵ regelen. Uitgangspunt is dat in principe rechten en plichten slechts dan een zakenrechtelijk karakter jegens derden hebben als de akte waarin deze rechten en plichten zijn opgenomen, is ingeschreven in de openbare registers die worden gehouden door de dienst voor het kadaster en de openbare registers (hierna: het Kadaster). Verder werd er aan de terminologie gesleuteld⁶ en vonden er duidelijke begripsafbakening plaats. De actieve novatie in de bron der verbintenis kwam te vervallen, hetgeen tot veel hoofdbreken bij het notariaat leidde en tot onbegrijpelijke teksten in notariële akten.⁷

8.3 HET NBW EN DE CONSTRUCTIE BEEKHUIS

Toch bleef er vooral ook veel hetzelfde. De *numerus clausus* bleef, zoals dat ook in veel andere goederenrechtelijke stelsels als beginsel geldt, in Nederland gehandhaafd.⁸ Achteraf gezien was de meest ingrijpende verandering misschien wel dat in Boek 5 alleen rechten staan vermeld die op zaken kunnen worden gevestigd. Dit leverde problemen op met de stapeling van zakelijke rechten. Hoe kan een ondererfpachtrecht gevestigd worden op een recht van erfpacht? Een recht van erfpacht is immers geen zaak maar een goed.

Gedurende de parlementaire behandeling werd duidelijk dat er in de praktijk behoefte bestaat aan een regeling omtrent ondererfpacht, hoewel het Ontwerp Meijers hierin niet voorzag. Het vestigen van een recht van (onder)erfpacht op een recht van erfpacht druiste in tegen de door Meijers bedachte systematiek van Boek 5. Daarmee zag de constructie Beekhuis het levenslicht. Deze constructie resulteerde in de invoering van artikel 5:93 BW, waarmee het mogelijk werd een recht van ondererfpacht te vestigen. Hoewel de term ondererfpacht doet vermoeden dat dit recht rust op het 'bovenliggende' erfpachtrecht, rust het eerstgenoemde recht op de onroerende zaak zelf. Met deze constructie werd voorkomen dat het onder-

2. Art.3:24-3:26 BW en 3:86 en 3:88 BW.

3. Art. 40 lid 3 Wet op het notarisambt.

4. Art. 3:18 BW.

5. Art. 3:21 BW.

6. Een zaak werd een goed en omgekeerd, hetgeen tot op de dag van vandaag tot spraakverwarring leidt. Onroerend goed en onroerende zaak worden als termen door elkaar gebruikt.

7. De huidige oplossing is gelegen in het om baat afstand doen van een vordering (bijvoorbeeld tot betaling van de koopsom) tegen het gelijktijdig aangaan van een nieuwe vordering (meestal met de titel geldlening).

8. Zie Akkermans 2008 en Struycken 2007.

erfpacht zou komen te rusten op een vermogensrecht (het erfpachtrecht), waardoor het recht van erfpacht geen zakelijk recht meer zou zijn en een regeling in Boek 3 noodzakelijk zou zijn geworden. Met de constructie Beekhuis is met andere woorden een fictie ingevoerd: het ondererfpachtrecht rust op de onroerende zaak; dogmatisch gezien een mooie vondst die tegelijkertijd bevestigt dat de gelaagdheid van het NBW ervan uitgaat dat elk zakelijk recht een directe relatie heeft met de onroerende zaak, de grond zelf.

8.4 GROND-GERELATEERDE BELANGEN EN VERDUURZAMING

In de afgelopen dertig jaar is er in de gebouwde omgeving veel veranderd. Met name de toegenomen verstedelijking leidt ertoe dat er projecten zijn gerealiseerd waar vele partijen een belang hebben dat gerelateerd is aan de grond. Schoolvoorbeeld is al sinds jaar en dag het station Utrecht en Hoog Catharijne, waar wegen, spoorlijnen, winkels, bedrijven en woningen naast en boven elkaar zijn gebouwd. Dit leidt tot complexe situaties, maar dat is niet geheel nieuw. Hoog Catharijne is immers al voor de invoering van het NBW gebouwd.⁹ In de literatuur is eerder al opgemerkt dat recente technologische ontwikkelingen¹⁰ en nieuwe bouwtechnieken¹¹ het werk van de (notariële) vastgoedjurist in grote mate beïnvloeden.

In de meer recente jaren is er echter nóg een dimensie bijgekomen: (de versnelling van het antwoord op) het vraagstuk van de verduurzaming en circulariteit. Met de vraag om verduurzaming van de gebouwde omgeving is het opwekken, opslaan en distribueren van warmte/koude en elektriciteit inmiddels onderdeel geworden van de gebouwde omgeving. Daarnaast is het faciliteren van het (even hoogwaardig) hergebruik van grondstoffen, oftewel het creëren van circulaire afvalnetwerken, van wezenlijk belang.¹² Het is niet merkwaardig om te veronderstellen dat er met de druk op verdere verduurzaming en de noodzaak tot hergebruik van bestanddelen van de gebouwde omgeving nieuwe technologische ontwikkelingen worden gevoegd bij de reeds bestaande mogelijkheden. Het juridisch orkestreren van de toepassing van deze technologische ontwikkelingen is geen sinecure, vooral niet omdat het onroerendzakenrecht de verduurzaming belemmert¹³ en het huidige contractenrecht geen circulaire verhoudingen kent.¹⁴ De veranderende rol van de gebouweigenaar naar een gebruiker of afnemer van diensten is onderkend doordacht.¹⁵

9. Hoog Catharijne werd in 1973 geopend.

10. Zie ook De Vey Mestdagh, *WPNR* 2014/7029, p. 735-741.

11. Aldus ook Ploeger, *WPNR* 2009/6781, p. 14-17.

12. Hoops, Wever en Wilod Versprille, *WPNR* 2022/7383, p. 605-614.

13. Hoops, *NTBR* 2020, 298-311, 300-301.

14. Westrik, *WPNR* 2022/7354, p. 21-28, met een verwijzing in voetnoot 10 naar een meer uitgebreid literatuuroverzicht.

15. Zie bijv. Terry e.a., 2019, p. 69-98; Van Gulijk, *WPNR* 2021/7326, p. 409-415.

8.5 HET APPARTEMENTSRECHT NADER BESCHOUWD

Als we nadenken over een bestaande wettelijke regeling omtrent gemeenschappelijk gebruik van grond, is het logisch om titel 9 van Boek 5 over Appartementsrechten te beschouwen. Deze regeling gaat immers uit van het principe dat meerdere gerechtigden tezamen een belang hebben bij de grond en het daarop (of -onder) gerealiseerde bouwwerk. Deze gerechtigden kunnen dan vervolgens in de akte van splitsing met bijbehorend reglement regels formuleren omtrent ieders recht en medegebruik. Tevens kan in de splitsingsakte met het reglement worden bepaald wie over welke aangelegenheden kan beschikken en wie kan meebeslissen en hoe bestaande bouwwerken en het gebruik daarvan kunnen worden gewijzigd. Ook kunnen in de splitsingsakten regels worden gesteld omtrent de aard van het gebruik.

8.6 HET PROBLEEM VAN HET UITSLUITEND GEBRUIK

Toch ontstaan er in de huidige formulering een aantal problemen. Allereerst gaat de splitsing in appartementsrechten ervan uit dat alleen gerechtigden tot een appartementsrecht direct rechten ontlene aan de splitsingsakte. Een appartementsrecht wordt immers gedefinieerd als 'een aandeel in de goederen die in de splitsing zijn betrokken, dat de bevoegdheid omvat tot het uitsluitend gebruik van bepaalde gedeelten van het gebouw die blijkens hun inrichting bestemd zijn of worden om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt'.¹⁶

Uit de omschrijving blijkt dat er een locatie in het gebouw moet zijn die als afzonderlijk geheel wordt gebruikt. Echter, voor duurzame voorzieningen hoeft er helemaal geen ruimte te zijn die als afzonderlijk geheel wordt gebruikt. Bronnen in de grond en kabels en leidingen die grondwater transporteren zijn nergens aan te duiden als een afzonderlijk geheel. Toch zijn deze steeds vaker in eigendom bij een derde. Die derde noemen wij hierna de Technisch Eigenaar.

Indien elke woon- of bedrijfsunit met een eigen warmtepomp het water verwarmt, kan de gerechtigdheid tot deze bronnen, leidingen en technische voorzieningen dus niet als apart appartementsrecht worden aangemerkt. De Technisch Eigenaar zal dus een ander juridisch recht moeten krijgen. In het kader van de financiering is het van belang dat dit een zakelijk recht is dat als onderpand kan dienen. Een stevige zekerheid reduceert immers het risico van de financier, waarmee de rentekosten van de financiering voor de Technisch Eigenaar worden gedrukt.

Soms wordt een afzonderlijke ruimte gebruikt voor een technische voorziening. In dat geval kan in de splitsingsakte en het bijbehorende reglement daaraan een appartementsrecht worden toegekend inclusief bepalingen omtrent gerechtigdheid tot bronnen, kabels en leidingen die met deze ruimte zijn verbonden. Dit apparte-

16. Art. 5:106 lid 4 BW.

mentsrecht kan toekomen aan de Technisch Eigenaar. Een groot nadeel bij kabels, leidingen, bronnen en andere bij technische voorzieningen behorende onderdelen is dat deze niet zichtbaar worden gemaakt op de splitsingstekening. Deze vermeldt immers, naast de overige gedeelten van de gebouwen en de grond, slechts de gedeelten die bestemd zijn voor afzonderlijk gebruik.¹⁷

Waar de duurzame voorziening kan worden gezien als een zelfstandige functionele eenheid en daarmee een netwerk betreft, biedt artikel 5:20 lid 2 BW een uitweg voor de bevoegde aanlegger of diens rechtsopvolger. Immers, de bevoegde aanlegger is daar van rechtswege eigenaar van. Daarmee is echter nog niet altijd duidelijk waar het net begint en eindigt. Bovendien is er omtrent onderhoud en installatie geen eenduidige regeling.¹⁸ Hoewel de Hoge Raad op 3 december 2021¹⁹ oordeelde dat een WKO-voorziening een netwerk vormt in fiscale zin, wordt ook daar verwezen naar leidingen, installaties en hulpmiddelen voor toe- of afvoer van warmte. De voorziening waarmee energie wordt opgewekt is hieronder blijkbaar niet begrepen, terwijl dit juist een essentieel onderdeel is van een duurzame voorziening.²⁰

8.7 HET PROBLEEM VAN SNELLE TECHNISCHE VERNIEUWING

Technische oplossingen hebben de neiging om snel te wijzigen. Waar nu gekozen wordt voor een verwarming door bronnen met een warmtepomp, kan het goed zijn dat over vijftien jaar voor een compleet andere duurzame technische voorziening wordt gekozen, bijvoorbeeld op basis van fotonvoltaïsche thermische panelen, windturbines of waterstof. Indien de Technisch Eigenaar met betrekking tot die nieuwe voorziening ook als rechthebbende geregistreerd wil staan, moet de splitsingsakte duidelijkheid geven omtrent de gerechtigdheid daarvan. Eenzelfde probleem doet zich voor bij een bestanddeel van een gebouw dat 'een voldoende mate van zelfstandigheid' heeft, zoals bijvoorbeeld een relatief eenvoudig weg te nemen en te vervangen gevel.^{21,22} Alleen artikel 5:108 BW verplicht de Technisch Eigenaar om de inrichting in stand te houden in overeenstemming met het in de akte van splitsing bepaalde. Een substantiële wijziging in de (duurzame) technische voorziening moet dan gevolgd worden door een wijziging van de splitsingsakte, met alle consequenties van dien. Hierdoor is het nu niet logisch om de rechten en plichten van de Technisch Eigenaar te beschrijven in de splitsingsakte.

17. Art. 5:109 lid 2 BW, art. 20 Kadasterwet en art. 6 Uitvoeringsregeling Kadasterwet 1994.

18. Zie over de problematiek van netwerken: Verstappen e.a. 2016, p. 145-216, 194 en 202.

19. HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1813.

20. Vonck in: *Groene Serie Zakelijke rechten*, par. 8.4.4.

21. Van der Plank & De Jong, *WPNR* 2019/7224, p. 64-70.

22. In deze bijdrage scharen wij het (duurzame of circulaire) bestanddeel met een voldoende mate van zelfstandigheid eveneens onder de term 'duurzame technische voorziening'.

8.8 HET PROBLEEM VAN OPSTALRECHTEN OP GEMEENSCHAPPELIJKE RUIMTEN

Daarom wordt thans veelal een recht van opstal voor het mogen hebben en houden van de technische voorziening ten behoeve van de Technisch Eigenaar gevestigd. Dit lijkt een eenvoudige oplossing. De Technisch Eigenaar heeft een eigen zakelijk recht en kan dit met zekerheidsrechten belasten. Bovendien kan het opstalrecht zo worden ingekleed dat de voorziening door de Technisch Eigenaar kan worden aangepast. Daarbij kunnen ook de belangen van de rechthebbenden op de appartementsrechten worden meegenomen door bijvoorbeeld in de opstalakte te bepalen dat voor wijziging de toestemming van deze rechthebbenden nodig is. Na splitsing in appartementsrechten kan dit een lastige klus zijn, omdat alle appartementsgerechtigden daarover moeten meebeslissen. Vandaar dat vaak de bevoegdheid tot het verlenen van toestemming in de opstalakte wordt gedelegeerd aan het bestuur van de VvE.

De vraag dient te worden beantwoord of de technische voorziening een bestanddeel van de onroerende zaak is of slechts onroerend omdat deze bestemd is de onroerende zaak duurzaam te dienen.²³ Zo kan aan een gevel een zekere mate van zelfstandigheid dan wel individualiseerbaarheid worden toegekend en wordt bepleit dat een recht van erfpacht kan worden gevestigd op een bestanddeel van een gebouw waarbij het genot van de erfpachter beperkt blijft tot dat bestanddeel.²⁴ Tegelijkertijd bestaat discussie in de literatuur over het antwoord op de vraag of de natrekking kan worden doorbroken als het gaat om zaken die een bestanddeel vormen op grond van artikel 3:4 BW.²⁵

Bovendien lopen we tegen een paar praktische problemen aan. Zo is het niet mogelijk om, nadat een splitsing in appartementsrechten heeft plaatsgevonden, een opstalrecht te vestigen op gemeenschappelijke ruimten; een probleem dat snel moet worden opgelost en al eerder is gesignaleerd.²⁶ Daarnaast exploiteert de Technisch Eigenaar de technische voorziening mogelijk enkel voor bepaalde tijd: de exploitatieperiode. Zodra deze periode is verlopen zal de technische voorziening door een andere partij moeten worden geëxploiteerd of dient een nieuwe technische voorziening te worden aangebracht. Indien het opstalrecht voor bepaalde tijd wordt gevestigd, komt het door verloop van tijd van rechtswege te vervallen. De eigendom van de voorziening komt dan toe aan de gezamenlijke appartementseigenaren krachtens natrekking.

23. Verstappen & Vonck 2019, p. 57.

24. Van der Plank & De Jong, *WPNR* 2019/7224, p. 64-70.

25. Zie voor een uitgebreid overzicht met verwijzingen naar voor- en tegenstanders van het doorbreken van natrekking bij bestanddelen Van der Plank & De Jong, *WPNR* 2019/7224, p. 64-70, voetnoten 6 en 7.

26. Verstappen e.a. 2016, p. 351-434, p. 395.

Ook voor dit probleem is er een oplossing in de praktijk. Er wordt een opstalrecht voor onbepaalde tijd gevestigd bij een partij. Dit opstalrecht is breed van aard, wordt ruim geformuleerd en omvat huidige en toekomstige voorzieningen.²⁷ De opstaller is bevoegd onderopstalrechten te verlenen, al dan niet met toestemming van het bestuur van de Vereniging van Eigenaren (VvE) namens de grondeigenaar. Vervolgens wordt de eigendom, belast met het recht van opstal, gesplitst in appartementsrechten en ontstaat de VvE. Het opstalrecht wordt vervolgens overgedragen aan de VvE, waarna de VvE vervolgens onderopstalrechten kan uitgeven aan nieuwe exploitanten, al dan niet voor bepaalde tijd. Voor het geval de voorziening als netwerk kwalificeert, is ook de overdracht van het netwerk en de koppeling met het opstalrecht nog een uitdaging. In dat geval kan ook voor een recht van erfpacht worden gekozen.²⁸

8.9 HET PROBLEEM VAN TEGENGESTELDE BELANGEN

En toch wringt het. Er is immers sprake van één bouwwerk dat een veelheid aan functies kan omvatten. Zo bestaan bij station Utrecht de functies uit openbaarvervoersvoorzieningen, parkeerdek, warmtebronnen, openbaar park, verschillende winkellagen, woontorens, zonnepanelen aan de gebouwen en boven op het dak naast de zonnepanelen ook nog zendmasten, diverse sensoren en kasten met windturbines en warmtepompen. Waarschijnlijk is deze opsomming niet eens volledig. Dit wordt nu opgelost met (onder)opstalrechten en hoofd- en ondersplitsingen. Er is een woud aan akten dat nauwelijks te ontwarren is. Weliswaar zijn al deze akten ingeschreven in de openbare registers, maar de registratie en ontsluiting van de informatie uit dit type akten vormt soms een ware uitdaging.

Alle partijen zijn weliswaar afhankelijk van hetzelfde gebouw, zij staan echter niet in een directe contractuele relatie tot elkaar. Als een gerechtigde tot een opstalrecht voor zonnepanelen op het gebouw A (een apart ondergesplitst appartementsrecht) last heeft van de schaduw van een nieuw geplaatste zendmast op het gebouw B (eveneens een apart ondergesplitst gebouw), zullen er nog wat hordes moeten worden genomen om deze bouwer van de zendmast aan te spreken, zelfs als vooraf was overeengekomen dat dit niet mocht. Het ontbreken van een directe relatie met elkaar breekt hier op.²⁹ Mocht er later over een voorziening worden geprocedeerd, dan worden in een procedure nooit de belangen van alle bij het gebouw betrokken partijen meegewogen, maar alleen van die partijen die in de procedure zijn betrokken. Dit kan tot een kluwen met tegengestelde belangen lei-

27. Zie over de wijziging van erfpachtvoorwaarden, de inschrijfplicht en de werking jegens derden Vonck, 2013, p. 201 en verder.

28. Van Loenhoud, *WPNR* 2019/7221, p. 2-8.

29. Verstappen e.a. 2016, p. 145-216, 194 en 202. Daarin wordt tevens gesproken over het toevoegen van erfdienstbaarheden, kwalitatieve verplichtingen en kettingbedingen om dit probleem te ondervangen.

den met steeds verschillende, elkaar tegensprekende, gerechtelijke uitspraken, waarbij het risico bestaat dat er in de loop van de jaren allerlei wijzigingen zijn aangebracht in de voorzieningen die niet bij alle partijen bekend zijn. Het is immers niet kenbaar welke verschillende technische voorzieningen waar precies zijn gelegen of gesitueerd. Deze technische voorzieningen zijn namelijk niet kenbaar uit de openbare registers, nu zij daar ook niet zijn ingeschreven. Eventuele wijzigingen in de aanleg van de technische voorzieningen bij opstalakten gaan (daarmee) buiten de openbare registers om. Dit is vragen om ongelukken en vormt zowel bij procedures als bij wijziging in de voorziening een zeer kostbare en omslachtige aangelegenheid.

8.10 EÉN AKTE VOOR DE JURIDISCHE RELATIES TUSSEN ALLE PARTIJEN

Het appartementsrecht was ooit ingevoerd om de belangen van alle partijen die bij een gebouw betrokken zijn te kunnen dienen, waarbij de redelijkheid en billijkheid bij de besluiten van de organen van de VvE een belangrijke rol spelen.^{30,31} Waarom is er niet één akte waarin de rechten en plichten van alle partijen die bij het gebouw betrokken zijn kunnen worden omschreven, die dan tevens alle in een directe juridische relatie tot elkaar staan? Ze zijn immers alle van elkaar afhankelijk.³² Bovendien is er dan één juridisch stuk waaruit alle rechten en plichten van partijen blijken. Het wijzigen van allerlei verschillende onderdelen los van elkaar is dan ook niet meer mogelijk. Daarbij past het om de (technische) tekening van het gebouw inclusief alle technische voorzieningen op één plaats te bewaren zodat ook daar geen ongelukken ontstaan.

Het stellen van de vraag is deze beantwoorden. Dan rest nog de vraag hoe we dat juridisch moeten inrichten. Er kunnen grote systeemwijzigingen worden doorgevoerd en mooie juridische vergezichten gebouwd met driedimensionale oplossingen³³ of de verdienstelijking van de gebouwde omgeving, maar de evolutionaire theorie waarbij kleine wijzigingen worden doorgevoerd in reeds bestaande kaders gaat vaak veel eenvoudiger en met minder problemen gepaard. Het bestaande wordt immers niet weggegooid maar aangepast, zodat bestaande jurisprudentie, modellen en gebruiken slechts beperkt hoeven te worden aangepast. Voorkomen wordt dat de eigenaar van een gebouw de gebruiker wordt en dat een veelheid aan contracten moet worden gesloten tussen deze gebruiker, het gebouw (met al zijn

30. Art. 2:8 BW.

31. Zie Vonck, 2013, p. 172-174, over de vraag of in de verhouding eigenaar/erfpachter de redelijkheid en billijkheid een rol spelen, inclusief de uitspraak HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879, NJ 1999/446 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./s-Gravenhage*).

32. Ofwel de producent (in ons voorstel: de gerechtigde tot het appartementsrecht dat betrekking heeft op het uitsluitend gebruik van de technische voorziening) contracteert met alle kernspelers en de gebruiker(s). In de 'samenhang' in het gebouw is met de regeling van de splitsing in appartementsrechten meteen voorzien. Zie Westrik, *WPNR 2022/7354*, p. 21-28, p. 22.

33. Mes, *WPNR 2014/7043* p. 1189-1199.

onderdelen) en de opvolgende gebruikers, zoals (ook) wordt beoogd te voorkomen met een wettelijke regeling voor de verdienstelijking van bouwwerken.³⁴

8.11 EEN KLEINE AANPASSING IN HET APPARTEMENTSRECHT

In dat kader pleiten wij voor een kleine aanpassing in de wettelijke regeling van het appartementsrecht. We stellen voor dat ook een specifieke voorziening een appartementsrecht kan zijn. Eerder verwezen we immers naar het toekennen van een zekere mate van zelfstandigheid dan wel individualiseerbaarheid aan een gevel en het kunnen vestigen van een recht van erfpacht op een bestanddeel van een gebouw.³⁵ Een recht van erfpacht kan in een splitsing in appartementsrechten worden betrokken. Indien dit wordt aangenomen lijkt het ons nog eenvoudiger om de technische voorziening als een zelfstandig appartementsrecht vorm te geven in plaats van het voorafgaand aan de splitsing vestigen van een recht van erfpacht ten behoeve van deze voorziening. Om dit mogelijk te maken worden in artikel 5:106 lid 4 enkele woorden (hierna vetgedrukt weergegeven) ingevoegd, waardoor het artikel zou kunnen komen te luiden als volgt:

‘Onder appartementsrecht wordt verstaan een aandeel in de goederen die in de splitsing zijn betrokken, dat de bevoegdheid omvat tot het gebruik van bepaalde gedeelten **of duurzame voorzieningen** van het gebouw, die blijkens hun inrichting bestemd zijn of worden om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt.’

Ook overige wetsartikelen waarin gesproken wordt over gedeelten worden de woorden ‘of duurzamevoorzieningen’ toegevoegd.

Die voorziening moet dan wel, net als de appartementsrechten die recht geven op een afzonderlijk gedeelte, op een duidelijke wijze raadpleegbaar worden gemaakt na inschrijving in de openbare registers, gehouden door het Kadaster.³⁶ Vastlegging bij notariële akte en inschrijving in de openbare registers zorgen immers voor de vereiste kenbaarheid voor derden. Ten behoeve van de duidelijkheid naar derden dient de inschrijving van de notariële akte gepaard te gaan met de vooraf door de bewaarder goedgekeurde splitsingstekening.³⁷

Gezien de toenemende complexiteit van de gebouwde omgeving en het feit dat deze tekening een tweedimensionale, schetsmatige weergave betreft van het gebouwde of te bouwen object van splitsing, is gesteld dat nader onderzoek naar de inschrijving van een driedimensionale weergave noodzakelijk is.³⁸ Ten tijde van

34. Zie bijv. Van Gulijk, 2019; Van Gulijk, *NJB* 2019/42; Terryn e.a. 2019, p. 69-98; Van Gulijk, *WPNR* 2021/7326, p. 409-415.

35. Van der Plank & De Jong, *WPNR* 2019/7224, p. 64-70.

36. Daarvoor moet de Kadasterwet en overige wetgeving nog worden aangepast.

37. Art. 5:109 lid 2 BW.

38. Mes, *WPNR* 2012/6951, p. 812-818.

het schrijven van deze bijdrage wordt een haalbaarheidsonderzoek³⁹ uitgevoerd door de (in oprichting zijnde) Stichting BIM Legal en het Kadaster.

Onderzocht wordt de haalbaarheid van de inschrijving en informatieverstrekking van een driedimensionale weergave van één of meerdere in appartementsrechten gesplitste objecten.⁴⁰ Deze weergave dient als middel om (rechten met betrekking tot) voorzieningen (beter) zichtbaar te maken en daarmee derden over de verschillende rechten met betrekking tot het gebouw⁴¹ te kunnen informeren. Een Bouw Informatie Model (BIM-model) is een digitale weergave van de functionele en/of fysieke eigenschappen van een bouwwerk, gebouw, infrastructuur of onderdelen daarvan in al zijn verschijningsvormen.⁴² Een BIM-model kan een veelheid aan gegevens en productspecificaties van het bouwwerk bevatten, bijvoorbeeld ten aanzien van de kosten van onderhoud en de levensduur van onderdelen van het gebouw.⁴³ Daarmee kan het ontwerp- en bouwproces (verder) worden gedigitaliseerd en kan de uitwisseling en samenwerking tussen partijen worden verbeterd. Aan een BIM-model kan (dus) ook informatie worden toegevoegd met betrekking tot de juridische rechten en plichten bij elk van de betreffende onderdelen van het gebouw, de (samenhang tussen de) bestanddelen van het gebouw en de omgeving van het bouwwerk. Vanwege de toevoeging van juridische informatie wordt de term BIMLegal gebruikt.

Uit het lopende onderzoek blijkt reeds ten tijde van het schrijven van deze bijdrage dat bij de totstandkoming van het ontwerp van een dergelijke driedimensionale weergave van het object de notaris en de bewaarder al in vroeg stadium betrokken dienen te worden. Zo zal de notaris reeds bij het voorlopig ontwerp van de te realiseren splitsing de juridische voetangels en klemmen dienen te onderkennen en deze tekstueel dienen te beschrijven in zowel de akte van splitsing als in de tekst die onderdeel uitmaakt van de driedimensionale weergave. Aldus ontstaat een BIMLegal-bestand.

Dit bestand zal na afronding van een succesvol onderzoek waarschijnlijk (in eerste instantie) naast de splitsingsakte en de bijbehorende splitsingstekening mede worden ingeschreven in de openbare registers. Voorafgaand aan die inschrijving moeten de tekening en het additionele bestand in depot worden gegeven. Het bestand heeft te gelden als een extra document met een uitsluitend informatief karakter. Aan de inhoud van het bestand kunnen dan ook geen rechten worden ontleend; de

39. Zie 'Online 3d visualisatie van juridische informatie', Kadaster, 19 januari 2022, [kadaster.nl](https://www.kadaster.nl).

40. Het object van splitsing kan bestaan uit een veelvoud van objecten, onderliggende percelen en betrokken zakelijke rechten.

41. Het haalbaarheidsonderzoek richt zich, gezien de thans beperkte mogelijkheden van een duidelijke representatie van het gesplitste object en de betrokken rechten, (voornamelijk) op de splitsing in appartementsrechten. Niettemin kan BIMLegal in potentie ook ingezet worden voor een visuele representatie of verduidelijking van de rechten met betrekking tot en verbonden aan grondgebonden woningen in een nieuwbouwproject.

42. Bruggeman 2020, hoofdstuk 2; Adriaanse e.a. 2020 hoofdstuk 2.

43. Bruggeman 2020, p. 15.

splitsingstekening is in deze fase leidend. Inschrijving van zo'n BIMLegal-bestand zal eerst mogelijk zijn na enkele in omvang relatief beperkte wijzigingen in wettelijke regelingen.⁴⁴

De bewaarder beoordeelt de (thans gewone) splitsingstekening en de driedimensionale weergave van het te splitsen object op een aantal voorgeschreven kenmerken en zal, ten behoeve van een ophanden zijnde inschrijving van een splitsingsakte, beide bestanden na goedkeuring vervolgens in depot nemen. Beide juristen, notaris en bewaarder, verworden daarmee steeds meer tot 'juritect' zoals reeds eerder onderkend.⁴⁵

Op termijn, in fase 2 van het haalbaarheidsonderzoek, is het niet ondenkbaar dat de thans gebruikelijke splitsingstekening – na wijziging van de wet – kan worden vervangen door een driedimensionale weergave van het object van splitsing. De tekst van de akte en/of een uitleg in minder juridische bewoordingen kan onderdeel uitmaken van het BIMLegal-bestand.

In een verdergaande visie zou, in fase 3, zelfs kunnen worden overwogen om te bezien in welke mate de akte van splitsing kan worden vormgegeven in de hiervoor bedoelde driedimensionale weergave van het te splitsen object. De akte van splitsing zou komen te vervallen en maakt in dat vergezicht onderdeel uit van het BIMLegal-bestand waarin zowel visueel als woordelijk de inhoud van de splitsing in appartementen wordt weergegeven. Ook met de gevolgen van dit vergezicht zou rekening kunnen worden gehouden bij de totstandkoming van een digitale notariële akte, waarbij in het kader van het vennootschapsrecht ten tijde van het schrijven van deze bijdrage een wetsvoorstel aanhangig is.⁴⁶ Voorlopig richt het onderzoek zich echter op de (on)mogelijkheden om de juridische rechten en plichten met betrekking tot de (betreffende onderdelen van) het gebouw en zijn omgeving toe te voegen aan de driedimensionale (technische) weergave van het BIMLegal-model.

Onderdeel van het vervolgonderzoek is de wijze waarop een dergelijk BIMLegal-bestand kan worden ondertekend, ingeschreven en gepubliceerd in (of bij) de openbare registers. De openbare registers geven de juridische status van een object met betrekking tot de daarop gevestigde zakelijke rechten weer. De openbare registers bevatten geen actualisatie anders dan via een brondocument. Een brondocument mag mede om die reden dan ook geen data-connectie bevatten met een ander document of object. De basisregistratie kadaster wordt bijgewerkt conform

44. Naast art. 5:109 lid 2 BW en art. 6 Uitvoeringsregeling Kadasterwet 1994 valt te denken aan de Wet op het Notarisambt, waar aansluiting kan worden gevonden bij de wijziging van Boek 2 BW en de Wet op het Notarisambt met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht (*Kamerstukken II 2021/22*, 36085 nr. 2).

In verband met de verdergaande digitalisering en het voornemen om een digitale notariële akte tot stand te brengen, lijkt het raadzaam de (ontwikkeling in verband met de verdergaande) visualisatie van complexe situaties hiervan onderdeel te laten zijn.

45. Ploeger, *WPNR 2009/6781*.

46. *Kamerstukken II 2021/22*, 36085, nr. 2.

het brondocument en niet conform wijzigingen die mogelijk nadien zijn aangebracht of ontstaan met betrekking tot het in de akte vermelde object. Nu een digital twin een data-connectie kan vormen met zijn fysieke evenknie⁴⁷ is gekozen voor het gebruik van een BIMLegal-model in plaats van een digital twin.

8.12 AFHANKELIJKHEID GEBOUW EN VOORZIENING

In veel gevallen zijn de Technisch Eigenaar en de gebruikers van een gebouw van elkaar afhankelijk. Een niet werkende WKO-voorziening of een WKO-voorziening waarvan de gebruikers geen warmte of koude kunnen afnemen, levert voor de gebruikers van het gebouw serieuze problemen op. De WKO-voorziening levert dan geen inkomsten op maar heeft wel veel geld gekost.⁴⁸ Met het toekennen van een appartementsrecht aan een specifieke voorziening worden alle problemen en vragen in één klap opgelost. Alle gerechtigden, zowel tot ruimten als tot voorzieningen, moeten zich redelijk en billijk naar elkaar gedragen en er is één document dat alle partijen bindt. De voorgestelde wettelijke aanpassing zet contractenrechtelijk én wettelijk alle partijen aan dezelfde tafel.

De procedure voor aanpassing van de voorziening kan in de splitsingsakte beschreven worden. Een aanpassing in de voorziening moet vervolgens in de openbare registers worden ingeschreven. Om aanpassingen in de technische voorziening eenvoudig mogelijk te maken en tevens een regeling te hebben die ook in wijziging voorziet indien dit niet in het reglement is voorzien, stellen wij voor artikel 5:119 BW aan te passen. Artikel 5:119 lid 1 BW (inclusief de voorgestelde wijzigingen vetgedrukt weergegeven) zou dan als volgt kunnen luiden:

'Een appartementseigenaar mag zonder toestemming van de overige appartementseigenaars in een gedeelte dat of ten behoeve van een duurzame voorziening die bestemd is om als afzonderlijke geheel door hem te worden gebruikt, veranderingen aanbrengen, mits deze geen nadeel aan een ander gedeelte of een andere duurzame voorziening toebrengen. Voor het geval wel nadeel wordt toegebracht aan een gedeelte of andere duurzame voorziening mag dit slechts met schriftelijke toestemming van de rechthebbenden op dit gedeelte of deze duurzame voorziening.'

Daarmee is ook als het reglement hierin niet voorziet een wettelijke regeling voorhanden.

Het huidige appartementsrecht kent al de mogelijkheid om bij niet-nakoming van de verplichtingen het gebruiksrecht te beëindigen. Deze regel kan prima worden toegepast indien een exploitant van een technische voorziening zijn verplichtingen jegens de overige appartementseigenaren niet nakomt. Er kan dan een opzegging

47. Bruggeman & Hoogendoorn, *TBR* 2021/42.

48. Van Drunen, Bachasingh & Hoving, *WPNR* 2022/7373, p. 436-441.

van het gebruik plaatsvinden en een nieuwe partij worden aangewezen. Het verdient wel aanbeveling daarvoor enkele specifieke bepalingen op te nemen in de wet. De financiering van de duurzame technische voorziening kan plaatsvinden door een hypotheekrecht te vestigen op het appartementsrecht. De huidige *numerus clausus* kan worden gehandhaafd; een *Reallast*, waarbij het recht bij vervreemding in principe op de bezwaarde onroerende zaak blijft rusten, in verbinding met de gebouwgebonden financiering⁴⁹ is dan ook niet noodzakelijk en voorkomt potentiële onduidelijkheden in geval van zuivering en executie.

8.13 CONCLUSIE

Met een wijziging dat een appartementsrecht ook recht kan geven op een duurzame technische voorziening, waarbij onder zo'n voorziening een technische installatie en/of een zelfstandig identificeerbaar of individualiseerbaar duurzaam bestanddeel dient te worden verstaan, brengen we een geheel nieuwe dimensie aan in de wettelijke regeling van het appartementsrecht.

De gefaseerde implementatie van een driedimensionale weergave van het gebouwde of te bouwen object van splitsing resulteert in het eenvoudig inzichtelijk maken van technische voorzieningen voor alle contractspartijen en derden / raadgevers van de openbare registers. Daardoor blijven bestaande modellen en regelingen (zo veel mogelijk) intact maar kunnen we toch weer dertig jaar vooruit.

De notaris en de bewaarder kunnen in samenwerking en ieder op hun eigen vakgebied als juristen op een goede wijze de belangen, rechten en plichten van de belanghebbenden vastleggen in evenwichtige regelingen en deze vervolgens registreren en naar derden op een eenduidige wijze kenbaar maken.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Adriaanse 2020

A.M. Adriaanse, E.M. Bruggeman & J.T. Voordijk, *Digitale transformatie van het bouwproces en haar juridische en organisatorische aspecten*, Den Haag: IBR 2020.

Akkermans 2008

B. Akkermans, *The principle of numerus clausus in European property law* (oratie Maastricht), Maastricht: Maastricht University 2008.

Bruggeman 2020

E.M. Bruggeman, *Handboek juridische aspecten van werken met BIM*, Den Haag: IBR 2020.

Bruggeman & Hoogendoorn TBR 2021/42

E.M. Bruggeman & J.R. Hoogendoorn, 'Een eerste inventarisatie van juridische aandachtspunten bij het gebruik van digital twins: Twinning is winning', TBR 2021/142.

49. Staal, *WPNR* 2021/733, p. 501-510.

De Vey Mestdagh, *WPNR* 2014/7029

C.N.J. de Vey Mestdagh, 'Vertrouwen in de toekomst: notariële betrouwbaarheidsdiensten in de informatiesamenleving', *WPNR* 2014/7029.

Hoops, Wever en Wilod Versprille, *WPNR* 2022/7383

B. Hoops, M. Wever en A.H.G. Wilod Versprille, 'Circulaire afvalnetwerken en het goederrecht', *WPNR* 2022/7383, p. 605-614.

Hoops, *NTBR* 2020/41

B. Hoops, 'Een rechtseconomisch perspectief op natrekking in de energietransitie en de transitie naar de circulaire economie', *NTBR* 2020/41, p. 298-311.

Mes, *WPNR* 2012/6951

A.J. Mes, 'Juridische aspecten van de invoering van een driedimensionaal kadaster in Nederland', *WPNR* 2012/6951.

Mes, *WPNR* 2014/7043

A.J. Mes, 'Driedimensionaal eigendom', *WPNR* 2014/7043 p. 1189-1199.

Ploeger, *WPNR* 2009/6781

H.D. Ploeger, 'Modern vastgoed: De vastgoedjurist in de eenentwintigste eeuw', *WPNR* 2009/6781.

Van Drunen, Bachasingh & Hoving, *WPNR* 2022/7373

M.M.G.B. van Drunen, S.D.K. Bachasingh & I.C.J. Hoving, 'Verduurzaming van gebouwen met een WKO of WKK', *WPNR* 2022/7373, p. 436 e.v.

Van Gulijk 2019

S. van Gulijk, *Circulair en veilig bouwen. Verantwoordelijkheid is geen estafettestokje* (oratie Tilburg), Tilburg: PrismaPrint 2019.

Van Gulijk, *NJB* 2019/42

S. van Gulijk, 'Op weg naar een veilige en circulaire bouwpraktijk', *NJB* 2019/42, p. 3161-3168.

Van Gulijk, *WPNR* 2021/7326

S. van Gulijk, 'De juridische kwalificatie van verdienstelijking in de gebouwde omgeving', *WPNR* 2021/7326, p. 409-415.

Van Loenhoud, *WPNR* 2019/7221

M.E.A. van Loenhoud, 'Eigendomssituatie WKO-systeem na einde tijdelijk opstalrecht', *WPNR* 2019/7221, p. 2-8.

Mes, *WPNR* 2014/7043

A.J. Mes, 'Driedimensionaal eigendom', *WPNR* 2014/8043, p. 1189-1199.

Mes, *WPNR* 2012/6951

A.J. Mes, 'Juridische aspecten van de invoering van een driedimensionaal kadaster in Nederland', *WPNR* 2012/6951, p. 812-818.

Van der Plank & De Jong, *WPNR* 2019/7224

P.L. van der Plank & D. de Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen', *WPNR* 2019/7224, p. 64-70.

Staal *WPNR* 2021/733

J. Staal, 'Gebouwgebonden financiering door invoering van een beperkt zakelijk recht in het BW vergelijkbaar met de Duitse Reallast', *WPNR* 2021/733, p. 501-510.

Struycken 2007

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

Terryn 2019

E. Terryn (red.), *Preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

Verstappen 2016

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

Verstappen & Vonck 2019

L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Duurzaam Wonen* (KNB Preadviezen 2019), Den Haag: Sdu 2019.

Vonck 2013

F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 201.

Vonck, in: *Groene Serie Zakelijke rechten* 2022

F.J. Vonck, '8.4.4 WKO-systemen', in: F.J. Vonck (red.) *Groene Serie Zakelijke rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2022 (online in Kluwer Navigator).

Westrik *WPNR* 2022/7354

R. Westrik, 'Circulariteit en privaatrecht. Een nieuw eigendomsconcept, of een Circulariteitswet?', *WPNR* 2022/7354, p. 21-28.