

In WPNR 2021/7319 is het eerste deel van een tweeluik over drijvende opstallen van de hand van Van der Plank en Ploeger verschenen. In dit nummer verschijnt het tweede en laatste deel van dit tweeluik. Deze artikelen zijn (vooralsnog) de laatste loodjes van het project rondom de KNB-preadviezen 'Boek 5 BW van de toekomst' uit 2016 over mogelijke aanpassingen van Boek 5 BW.¹ Graag verwijs ik naar de inleiding bij het eerste deel van dit tweeluik voor de voorgeschiedenis. Het Ministerie van Justitie en Veiligheid is nu aan zet.

Prof. mr. L.C.A. Verstappen*

Wetsvoorstel Drijvende opstallen: een juridisch fundament voor bouwen op water

Deel II: Boek 5 voor 'Registrigoederen'

Inleiding

In de afgelopen jaren is veel onderzoek verricht naar de mogelijkheid van het realiseren van drijvende platformen waarop meerdere gebouwen (zelfs hoogbouw) gerealiseerd kunnen worden. Toch komen deze projecten in ons land niet verder dan de tekentafel. Het succes van een bouwproject hangt niet alleen af van de bouwkundige kwaliteit; de bouwkundige aspecten en de juridische aspecten gaan hand in hand. Een van de uitdagingen van een vastgoedjurist is het in een juridisch jasje gieten van projecten waarbij nieuwe bouwtechnieken worden gebruikt. Waar technisch vrijwel alle kennis en kunde voorhanden is om op grotere schaal drijvend te bouwen,² zijn de mogelijkheden voor een passende juridische vormgeving, de 'juritectuur', beperkt.

In deel I van deze bijdrage³ is dit reeds uiteengezet. Kort samengevat: als gevolg van de ruime definitie van een 'schip' in art. 8:1 BW, en de toepassing daarvan in het *Woonark*-arrest,⁴ is een drijvend bouwwerk in de regel een roerende zaak. Dat geldt dus niet alleen voor een binnenvaartschip of de klassieke woonboot, maar ook voor een drijvende villa of bijvoorbeeld een drijvend platform met daarop vier rijtjeshuizen. Hoewel al deze schepen door teboekstelling registrigoederen worden, kunnen zij als roerende zaken niet gesplitst worden in appartementsrechten en niet bezwaard worden met de in Boek 5 genoemde beperkte zakelijke genotsrechten. Concreet: één drijvend platform met daarop één huis is goederenrechtelijk geen probleem, maar wanneer meerdere gebouwen zijn gepland op één platform, is de eigendom hiervan niet te splitsen. Dit staat in belangrijke mate in de weg aan schaalvergroting bij bouwen op water.

1. Noodzaak van wetgeving

Om drijvende ontwikkeling op grote(re) schaal mogelijk te maken is het wenselijk dat de goederenrechtelijke instrumenten die ten dienste



Mr. dr. P.J. van der Plank**



Mr. dr. H.D. Ploeger***

** Adviseur Real Estate bij Houthoff en onderzoeker aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL), Universiteit Utrecht.
(p.van.der.plank@houthoff.com)

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

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

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

* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder notarieel recht, Notarieel instituut Rijksuniversiteit Groningen, kantooradviseur bij Hekkelman advocaten en notarissen te Arnhem en Nijmegen, redacteur van het WPNR.
(l.c.a.verstappen@rug.nl)

1. L.C.A. Verstappen (red.), Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht (preadviezen KNB), Den Haag: SDU 2016. Zie ook L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), Vervolg 'Boek 5 BW van de toekomst' - De eerste vijf ontwerp-wetsvoorstellen, WPNR 2019/7227 en L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), Vervolg 'Boek 5 BW van de toekomst', Den Haag SDU 2020.

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

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

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

2. Het onderscheid registergoederen en niet-registergoederen

Pas in 1992, met het huidige Burgerlijk Wetboek, is het onderscheid tussen registergoederen en niet-registergoederen geïntroduceerd in het vermogensrecht. Reden voor invoering van dit onderscheid, naast de klassieke opdeling roerend of onroerend, was volgens de Toelichting Meijers dat bepaalde voorschriften die onder het tot 1 januari 1992 geldend BW ("Oud BW") golden voor onroerende zaken, in het nieuwe BW voor een ruimere groep van goederen dienen te

gelden,⁵ namelijk ook voor teboekgestelde schepen en beperkte rechten op een registergoed (ook zijnde een registergoed).⁶ Het wordt in de Memorie van Antwoord dan ook omschreven als een "gelukkige vondst van de ontwerper."⁷

Hierbij speelde dat onder het BW 1838 de termen 'goederen' en 'zaken' niet op een zeer consequente wijze werden gehanteerd. Of zoals de parlementaire geschiedenis van het BW 1992 het verwoordt: ten aanzien van de term zaken "lijdt het bestaande BW aan een ontbreken van elk systeem."⁸ De invoering van de dichotomie registergoed versus niet-registergoed creëerde een nieuwe onderscheiding van goederen, naast het bestaande onderscheid roerend/onroerend. Dat laatste is immers in het nieuwe vermogensrecht systematisch voorbehouden aan zaken, d.w.z. stoffelijke voorwerpen. Onder Oud BW konden ook rechten onroerend zijn. Zo waren het recht van vruchtgebruik en gebruik van onroerende zaken, de erfdienstbaarheden, het recht van opstal, het erfpachtrecht en grondrenten (hetzij in geld of in natura verschuldigd) onroerende rechten.^{9,10}

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

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

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

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

9. Zie art. 564 Oud BW.

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

Hoewel de dichotomie registergoed/niet-registergoed in plaats van 'de primitieve onderscheiding roerend – onroerend'¹¹ een fundamentele modernisering van de dogmatiek achter het vermogensrecht betekent, blijkt de praktische uitwerking minder consequent en meer aan de traditie vast te houden. De systematiek van het huidige BW is immers niet gebaseerd op het onderscheid registergoed/niet-registergoed, maar op het onderscheid goederen en zaken: in Boek 3 vindt men de goederenrechtelijke rechten (pandrecht, hypotheekrecht en vruchtgebruik) die zowel op een zaak als op een vermogensrecht¹² kunnen rusten, en Boek 5 regelt de zakelijke rechten. Dat betekent dat de daarin genoemde rechten alleen kunnen rusten op een (onroerende) zaak. Hoewel dat beperkingen met zich brengt voor wat betreft de toepassing van het Boek 5-instrumentarium, lag volgens de ontwerpers deze keuze voor de hand. Zo was volgens de Toelichting Meijers er "nooit behoefte gebleken aan erfpacht op rechten", zodat het recht van erfpacht beperkt werd tot zaken.¹³

De keuze voor deze systematiek leidde evenwel tot het uitgangspunt dat de Boek 5-rechten in beginsel niet 'gestapeld', c.q. op elkaar gevestigd kunnen worden.¹⁴ Bijvoorbeeld ondererfpacht zou onmogelijk zijn. In het navolgende zullen wij, mede aan de hand van praktische voorbeelden, betogen dat de beperking van Boek 5 tot zaken niet past bij de huidige tijd van complexe vastgoedprojecten, waarbij meervoudig ruimtegebruik centraal staat. Wij pleiten aldus – met een knipoog naar het KNB-preadvies van 2016¹⁵ – voor een echt 'Boek 5 van de Toekomst', te weten een Boek 5 dat toepassing vindt op alle registergoederen. Een belangrijke consequentie hiervan is dat ten aanzien van drijvende opstallen geen specifieke, en daarmee complexe, bepalingen nodig zijn. Immers, indien het goederenrechtelijke instrumentarium van Boek 5 gebruikt kan worden om drijvende platformen (zijnde registergoederen) juridisch vorm te geven, is niet langer sprake van het in de inleiding geschetste uitgangspunt die de juritectuur van (complexen met) drijvende bouwwerken beperkingen oplegt. Tevens zou de door ons voorgestelde wijziging van Boek 5 niet alleen de problematiek omtrent drijvende opstallen oplossen, maar ook het zakenrecht bevrijden van meerdere gewrongen constructies.

3. De ficties van Boek 5

De wetssystematische beperking dat Boek 5-rechten enkel gevestigd kunnen worden op zaken, riep bij het ontwerp van het nieuwe vermogensrecht reeds praktische bezwaren op. Zo moest een erfpachter wel een erfdienstbaarheid kunnen vestigen, een in appartementsrechten gesplitst eigendoms- of erfpachtrecht wel bezwaard kun-

nen worden met een Boek 5-rechten moest ook het vestigen van een ondererfpacht- en/of onderopstalrecht mogelijk zijn. Om de systematiek van het BW in stand te laten, moest in al deze gevallen de fictie gecreëerd worden dat het desbetreffende beperkte recht rust op een onroerende zaak.

Art. 5:84 BW

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

*"Hij die een recht van erfpacht of van vruchtgebruik op een onroerende zaak heeft, kan op deze zaak een erfdienstbaarheid vestigen."*¹⁶

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

"hij die een recht van erfpacht, opstal of vruchtgebruik heeft op een onroerende zaak, deze kan belasten met een erfdienstbaarheid."

Het woord 'deze' slaat terug op 'onroerende zaak', en niet op het recht van erfpacht, opstal of vruchtgebruik dat bezwaard wordt.¹⁷

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

12. Denk aan een pandrecht op een vordering.

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

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

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

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

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

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

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

Art. 5:93 BW: ondererfpacht en onderopstal
Zoals gezegd was Meijers van mening dat de praktijk geen behoefte had aan erfpacht op rechten. Plantenga¹⁸ concludeerde dat nu een recht van erfpacht dient te rusten op een zaak, ondererfpacht uitgesloten was. Ondererfpacht werd echter wel mogelijk geacht indien 'men dit recht zo construeert, dat het door de erfpachter op (een deel van) de onroerende zaak wordt gevestigd.' En om die reden bepaalt art. 5:93 BW:

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

In lid 2 van art. 5:93 BW is vervolgens de bepaling opgenomen dat bij het einde van de erfpacht, in beginsel ook de ondererfpacht tenietgaat. Deze constructie is bekend als 'de constructie Beekhuis', naar J.H. Beekhuis die van 1964 tot 1972 als regeringscommissaris Boek 5 nieuw BW was en de regeling van art. 5:93 BW nader uitwerkte.^{19,20}

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

Art. 5:118a BW

Ook bij Titel 9, omtrent de appartementensplitsing, leidde de beperking van Boek 5 tot zaken tot dogmatische uitdagingen. Een appartementsrecht is een zelfstandig registergoed (zie art. 5:117 lid 1 BW), maar geen onroerende zaak.²¹

Art. 5:118a BW bepaalt derhalve:

“Een appartementseigenaar kan, voor zover in de akte van splitsing niet anders is bepaald, zonder medewerking van de overige appartementseigenaars en beperkt gerechtigden op het gedeelte van de onroerende zaken dat bestemd is om als afzonderlijk geheel door hem te worden gebruikt, een recht van erfpacht en, behoudens voor zover het betreft in de splitsing betrokken gebouwen, werken en beplantingen, een recht van opstal vestigen.”

Ook dit is opmerkelijk, nu een appartementseigenaar ten aanzien van het gedeelte waartoe hij een exclusief gebruiksrecht heeft (het fysieke appartement) slechts mede-eigenaar is, en niet beschikkingsbevoegd is ten aanzien van een gedeelte van de gesplitste zaak.²² Waartoe hij gerechtigd is, is zijn appartementsrecht, hetgeen hij bijvoorbeeld kan bezwaren met een hypotheekrecht. Een hypotheekrecht kan immers wel rusten op dit zelfstandige registergoed, maar de Boek 5 rechten niet.

4. Van fictie naar non-fictie

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

18. W.B. Plantenga en W.C. Treurniet, erfpacht en erfpachtsvoorwaarden, Preadviezen ter behandeling in de algemene vergadering van de Broederschap der Candidaat-Notarissen 1957, BCN, Arnhem 1957.
19. Zie voor de opvatting van Beekhuis: Asser/Beekhuis, Zakenrecht – Bijzonder deel 1963, p. 263.
20. Bartels, Sagaert, Tweehuysen en Vonck wijzen erop dat het niet geheel zuiver is om deze systematiek van het bezwaren van de onderliggende onroerende zaak door de beperkt gerechtigde geheel aan Beekhuis toe te wijzen. Zie: S.E. Bartels, V. Sagaert, V. Tweehuysen & F.J. Vonck, “VI Erfpacht en opstal (titels 7 en 8). If it ain't broke, don't fix it”, in: L.C.A. Verstappen (red.), Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht (KNB preadviezen), Den Haag: Sdu Uitgevers 2016, p. 314 en 315.
21. Een appartementsrecht bestaat uit een medegerechtigdheid tot het gesplitste goed (eigendom, erfpacht, opstalrecht of een ander appartementsrecht) dat betrekking heeft op grond, eventueel met gebouw, een exclusief gebruiksrecht van een gedeelte van het gesplitste en een (verplicht) lidmaatschap in de VvE.
22. Daarbij rust een beperkt recht in beginsel altijd op het gehele recht, en niet slechts op een gedeelte ervan.

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

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

De belangrijkste wijziging die plaats dient te vinden om alle registergoederen als object te laten dienen voor de Boek 5-rechten, zijn de definities van de verschillende Boek 5-rechten en de appartementsplitsing.²³

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

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

Wat betreft het recht van erfpacht en het opstalrecht biedt dit de mogelijkheid zogenaamde ‘kruisstapeling’ mogelijk te maken. Naar huidig recht is het niet mogelijk een recht van erfpacht op een opstalrecht of een opstalrecht op een erfpachtrecht te vestigen: het zogenoemde verbod op kruisstapeling. Althans niet zonder eerst een van de rechten te splitsen in appartementsrechten. Hier is al veelvuldig over geschreven.²⁴ Dit is niet de plek om deze discussie uitvoerig uiteen te zetten. Feit is dat de onmogelijkheid om een erfpachtrecht en opstalrecht op elkaar te vestigen in belangrijke mate voortkomt uit de beperking van Boek 5 dat het object een onroerende zaak moet zijn en niet op een ander registergoed gevestigd kan worden. De door ons in deze bijdrage voorgestelde wijziging van Boek 5 naar alle registergoederen geeft de mogelijkheid een streep te zetten door het verbod op kruisstapelen.

De definities van het recht van erfpacht (art. 5:85 BW) en het opstalrecht (art. 5:101 BW) worden dan als volgt gewijzigd:

“Erfpacht is een beperkt recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders registergoed te houden en te gebruiken.”²⁵

“Het recht van opstal is een beperkt recht om in, op of boven een registergoed van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen.”²⁶

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

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

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

25. Art. 5:85 BW.

26. Art. 5:101 BW.

'appartementseigenaar' gerechtigd is tot een erfpachtrecht dat gesplitst is in appartementsrechten. Dit is dan ook de reden waarom wel gediscussieerd wordt in hoeverre een opstaller eenzelfde eigendomsrecht verkrijgt als een 'echte' (art. 5:1 BW) eigenaar.²⁷ Om die reden zou het wellicht fraaier zijn ten aanzien van het opstalrecht de definitie te wijzigen in:

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

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

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

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

*"Zaken zijn het voorwerp van vermogensrechten; met een vorderingsrecht, een auteursrecht staat niet een zaak, maar de eigendom van een zaak op één lijn."*²⁸

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

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

5. Het recht: niet statisch, maar dynamisch

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

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

6. Nog één beletsel: art. 8:788 BW

In het bovenstaande is betoogd dat een fundamentele verbreding van de toepasselijkheid van Boek 5 niet alleen leidt tot een dogmatisch zuiverder systeem van goederenrechtelijke rechten, maar ook het nodige instrumentarium aanreikt voor de juridische vormgeving van het drijvend bouwen, met name om grootschalige projecten te faciliteren. Desondanks blijft één beletsel

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

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

bestaan dat verband houdt met het feit dat de bestaande regelgeving is geschreven vanuit het perspectief van schepen met een commercieel doel. Art. 8:788 BW beperkt immers de zakelijke rechten die op een teboekgesteld schip kunnen rusten tot eigendom, vruchtgebruik en hypotheek. Hierbij is er voor aanpassing van de wetgeving een complicatie. Art. 8:788 BW berust namelijk op een verdrag, meer bepaald art. 3 van het Eerste protocol bij de Overeenkomst inzake de inschrijving van binnenschepen.²⁹ Dit verdrag regelt het houden van scheepsregisters door de verdragsstaten en de inschrijving van binnenvaartschepen daarin. De omschrijving van 'schip' in art. 1 van de Overeenkomst³⁰ is zo ruim dat ook de drijvende opstallen er onder vallen. De huidige verdragstekst biedt in art. 21 wel mogelijkheden om de toepasselijkheid van het verdrag uit te sluiten op specifiek genoemde soorten schepen, in het bijzonder schepen die gebruikt worden door de overheid en niet voor commerciële exploitatie zijn bestemd. Echter, de mogelijkheid van een uitzondering voor niet-commerciële schepen in het algemeen, laat staan drijvende opstallen, is niet voorzien. Dit noopt strikt genomen tot aanpassing van het genoemd verdrag.

7. Welk voorstel verdient de voorkeur?

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

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

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

wel registergoederen zijnde. Laatstgenoemde optie is uitgewerkt in deel II van deze bijdrage.

Welke optie verdient onzes inziens de voorkeur? Dit is een lastige vraag. Beide opties kennen voor- en nadelen. In de eerste optie, wordt juridisch een onderscheid aangebracht tussen schepen, die met name een vervoersfunctie hebben en drijvende gebouwen en bouwwerken, die naar aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven. Hierbij wordt aansluiting gezocht bij de bestaande aanwijzingen voor de kwalificatie als onroerende zaak, zoals de Hoge Raad heeft neergelegd in het *Portacabin*-arrest, kort gezegd de bestemming (naar aard en inrichting) om duurzaam ter plaatse te blijven. In ons eerste voorstel hebben wij bepleit dit criterium ook te gebruiken om een onderscheid te maken tussen schepen (zijnde roerende zaken) en drijvende opstallen. Die schepen die naar aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven, zijn onroerend. Op zich past dit voorstel onzes inziens dogmatisch mooi in het bestaande systeem. Caravans zijn bijvoorbeeld in beginsel ook roerende zaken, tenzij deze naar aard en inrichting bestemd zijn om ergens duurzaam ter plaatse te blijven, zoals bepaalde stacaravans, dan kunnen deze toch als het ware 'van kleur verschieten' en onroerend worden. Een vergelijkbaar systeem ligt bij drijvende opstallen voor de hand.

Er is echter een belangrijk verschil tussen de stacaravans en de drijvende opstallen. Indien een gebouw of werk onroerend is, wordt deze in beginsel nagetrokken door de eigendom van de grond (art. 5:20 lid 1, aanhef en sub e, BW). Een belangrijke reden daarvoor is bescherming van de rechtszekerheid: wanneer iemand een stuk

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

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

grond koopt, mag men ervan uitgaan dat alle daarmee duurzaam verenigde gebouwen en werken behoren tot de eigendom van die grond, tenzij uit de openbare registers anders blijkt.

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

Vereist is echter wel dat de eigendom uit een daartoe bestemd openbaar register blijkt. Om die reden is voorgesteld als vereiste voor de kwalificatie als onroerende zaak op te nemen dat het moet gaan om een teboekgesteld schip. Dat heeft tot gevolg dat je verschillende soorten schepen krijgt:

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

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

Wat heeft de kwalificatie als onroerende zaak voor een drijvende opstal tot gevolg? Het doel van dit wetsvoorstel is om schaalvergroting van drijvende bouwwerken mogelijk te maken, bijvoorbeeld meerdere gebouwen op een drijvend platform. Door de drijvende opstal als onroerende zaak aan te merken, behoeft het Burgerlijk Wetboek niet gewijzigd te worden wat betreft de mogelijkheden om beperkte rechten te vestigen. De Boek 5-rechten worden immers op een onroerende zaak gevestigd, waardoor de onroerende drijvende opstal bijvoorbeeld bezwaard kan worden met een recht van erfpacht of een opstal-

recht. Dit leidt tot de situatie dat er een eigenaar is van het platform, bijvoorbeeld een gemeente of investeerder, die vervolgens zakelijke rechten – van erfpacht op opstal bijvoorbeeld – uitgeeft ten behoeve van de gebouwen en bouwwerken op het platform.

'Verkaveling' van een groot drijvend platform kan geschieden door gebruik te maken van een appartementensplitsing. Hiertoe dient aan art. 5:106 lid BW toegevoegd te worden dat niet alleen het recht op een gebouw (met bijbehorende grond) of een stuk grond (lid 2), maar ook de drijvende opstal gesplitst kan worden in appartementsrechten. Op deze wijze kan de eigendom gesplitst worden, indien zich bijvoorbeeld meerdere woningen of gebouwen bevinden op een groot drijvend platform, eventueel gecombineerd met verdere ondersplitsingen.

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

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

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

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