

Wetsvoorstel Drijvende opstallen: een juridisch fundament voor bouwen op water

Deel I: Onroerende Drijvende opstallen

Inleiding

Water wordt steeds vaker betrokken in de ruimtelijke ontwikkeling, bijvoorbeeld voor woningbouwlocaties. Zo werden in het voorjaar van 2020 de eerste (van achttien) drijvende woningen te water gelaten in de Rotterdamse Nassauhaven. Het project dient als voorbeeldfunctie; om te illustreren hoe water ook een woonfunctie kan hebben. Wonen op water is natuurlijk niet nieuw. Naast de circa 10.000 woonboten met een legale ligplaats in Nederland, wordt steeds vaker gebruik gemaakt van drijvende woningen.¹ De mogelijkheid om drijvend te bouwen is niet beperkt tot woningen. Ook kan gedacht worden aan drijvende bedrijfsruimten, kassen of windturbines. Meer dan eens is de mogelijkheid voor een drijvend Schiphol geopperd. Omdat drijvend bouwen niet beperkt is tot woningen, is in deze bijdrage gekozen voor de term 'drijvende opstallen'; drijvende gebouwen en andere bouwwerken.²

Wij voorzien dat in Nederland in de nabije toekomst bouwen op het water en drijvend wonen geen luxe meer is, maar bittere noodzaak. Het vooruitzicht van klimaatveranderingen met meer regen binnen een kortere tijd, stijging van de zeespiegel, in combinatie met bodemdaling in het westen, is tamelijk dreigend. Los daarvan is reeds nu in bepaalde delen van ons land de bodem zo drassig dat kostbare maatregelen nodig zijn om bouwen mogelijk te maken. Drijvende woningen en/of bedrijfsgebouwen kunnen aan de oplossing van deze problematiek bijdragen.³ Dit hoeft niet te betekenen dat die gebouwen permanent drijven: men kan ook denken aan zogenaamde 'amfibische woningen'; woningen in gebieden die in natte perioden onderlopen en die bij het stijgen van het waterpeil tijdelijk gaan drijven.⁴

Van een ander schaalniveau dan drijvende villa's of drijvende kassen zijn ontwerpen voor drijvende eilanden in Nederlandse binnenwateren, zoals het IJsselmeer, of zelfs voor de kust. Zo werd al ruim tien jaar geleden aan de TU Delft een ontwerp voor een zogenaamde 'Floating City' gepresenteerd: een drijvend platform, van beton en piepschuim, met daarop een bol, waaronder zich diverse woningen bevinden. Dergelijke platforms kunnen vervolgens via drijvende wegen weer met elkaar, en met het vaste land, verbonden worden. Daarbij geldt het bouwen op water als een soort



Mr. dr. H.D. Ploeger*



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

blank canvas: door het ontbreken van bestaande infrastructuur, kan men gebruik maken van velerlei duurzaamheidstoepassingen, zoals het opvangen van regenwater om toiletten mee door te spoelen of het scheiden van waterstromen in grijs water (uit bijvoorbeeld vaatwasser en wasmachine) en zwart water (uit het toilet). Toepassingen die in de bestaande gebouwde omgeving veelal lastig(er) zijn te realiseren.

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

** 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)

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.

1. De drijvende woonwijk SchoonSchip, de drijvende villa's in de wijk IJburg (beide in Amsterdam), de Warande in Lelystad en het drijvend paviljoen in Rotterdam zijn slechts voorbeelden.
2. Vgl. art.6:174 lid 4 BW.
3. Het Rapport Deltacommissie 2008, Samen werken met water, p. 52 en 69 noemt drijvende woningen, of woningen op palen in de buitendijkse gebieden.
4. Zulke woningen vindt men thans in Maasbommel, in het recreatiegebied De Gouden Ham, een buitendijks gebied van de Maas: <https://www.factorarchitecten.nl/project/drijvende-woningen-maasbommel/>.

Er zijn derhalve zeer uiteenlopende redenen die pleiten voor de toepassing van drijvend bouwen op grotere schaal. Drijvend bouwen wordt tot op heden echter beperkt door een gebrek aan een passend juridisch kader. De belangrijkste oorzaak hiervoor is gelegen in het feit dat drijvende objecten naar huidig recht juridisch als schip aangemerkt worden en daarmee een roerende zaak zijn. Dit lijkt op het eerste gezicht een logische consequentie te zijn, passend in het bestaande systeem rond scheepvaart, maar het staat daarmee juist haaks op het huidige systeem, dat grond als uitgangspunt neemt bij vastgoed. Denk maar aan de zekerheidsrechten bij financiering en het juridisch instrumentarium van (zakelijke) gebruiksrechten. 'Drijvend vastgoed' creëert derhalve een spanning. Een spanning waarvoor tot op heden geen echt duurzame juridisch oplossing bestaat, met als gevolg stagnatie in de ontwikkeling ervan.

In onze bijdrage aan de discussie hierover, zullen wij in twee delen twee mogelijke oplossingen uiteenzetten om drijvend bouwen op grotere schaal te bevorderen. In deel 1 wordt de mogelijkheid besproken om drijvende opstallen (onder voorwaarden) als onroerende zaak aan te merken. Deel 2 van onze bijdrage zal de mogelijkheid bespreken om een drijvende opstal, als registergoed, te kunnen bezwaren met de zakelijke rechten genoemd in Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek. Het doel? Een passend juridisch fundament voor bouwen op water.

1. Probleemschets: gebrek aan passend juridisch kader

Drijvend wonen bestaat al decennialang in de vorm van woonboten en woonarken, maar kwam in een nieuwe dimensie door de ontwikkeling van (dure) watervilla's. Tot op heden gaat het bij vrijwel alle vormen van drijvend bouwen om dezelfde situatie: een enkele drijvende woning, veelal (in ieder geval in geval van woonarken of drijvende villa's) bestaande uit een betonnen bak met daarop één woning. Lange tijd bestond onduidelijkheid over de juridische kwalificatie van drijvende woningen: zijn deze bijvoorbeeld aan te merken als roerende of als onroerende zaken?⁵

In 2010 maakte de Hoge Raad een einde aan deze onduidelijkheid en oordeelde dat al hetgeen valt onder de definitie van een schip (art. 8:1 BW) in het algemeen roerend is. Een schip wordt in het Burgerlijk Wetboek gedefinieerd als: 'zaken, geen luchtvaartuig zijnde, die blijkens hun constructie bestemd zijn om te drijven en drijven of hebben gedreven.' Het feit dat deze definitie zeer ruim is, heeft tot gevolg dat in beginsel iedere drijvende constructie naar Nederlands recht

als schip en derhalve als roerende zaak wordt aangemerkt.⁶

Voor de civielrechtelijke praktijk heeft dit echter een aantal belangrijke consequenties. Zo is het niet mogelijk om de eigendom van een roerende zaak juridisch te splitsen zonder de zaak fysiek op te delen. Het is dus onmogelijk een drijvende twee-onder-een-kap juridisch zo vorm te geven dat de twee huizen aan verschillende eigenaars toebehoren. Ook kan geen gebruik worden gemaakt van wat wij in dit artikel het 'Boek 5 instrumentarium' zullen noemen: de zakelijke rechten die in Boek 5 BW zijn geregeld (erfpacht, opstal, erfdienstbaarheid, mandeligheid, appartementsrechten), en de basis vormen van de 'juritectuur', de juridische architectuur van de gebouwde omgeving.⁷ Aldus is het niet mogelijk om een drijvend complex in appartementsrechten te splitsen.⁸ Het feit dat drijvende woningen juridisch niet gelijkgesteld zijn aan woningen op land, leidt ertoe dat drijvende woningen lastig(er) te financieren zijn en slechts bepaalde banken bereid zijn leningen te verstrekken op basis van hypothecaire zekerheid⁹ met een drijvende woning als onderpand. En als een dergelijke lening al verstrekt wordt gelden hierbij andere hypotheekvoorwaarden dan voor een woning op de vaste wal.¹⁰

5. Zie bijv. J.J.A. de Groot, *WPNR* 6517 (2003), p. 83-86 die concludeert dat de watervilla, in tegenstelling tot de woonboot, een onroerende zaak is die geheel gelijkgesteld kan worden aan een huis op de vaste wal.
6. Zo oordeelde de Hoge Raad dat ook een waterwoning aangemerkt dient te worden als roerende zaak omdat het valt onder de definitie van art. 8:1 BW, zie HR 9 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8198 (*Marina*-arrest).
7. Zie o.m. H.D. Ploeger, 'De onroerende woonboot', *JBN* 2010/5, P.J. van der Plank, 'Is een woonark onroerend?' *NTBR* 2010/18, 'De introductie van drijvende percelen', *WPNR* 2015/7071, 'Een drijvende onroerende zaak?' *WPNR* 2016/7126 en 'Een eerste stap naar drijvend wonen op grotere schaal', *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2016, nummer 0708, A.H.H. Wouters, 'De toekomst van drijvend wonen: hoe te voorkomen dat de al het schip keert', *WPNR* 2017/7170.
8. Hoewel betoogd kan worden dat een woonark wel als roerende zaak ('toebehoren') betrokken kan worden in een appartementensplitsing, indien een waterperceel of een daarop gevestigd erfpachtrecht of opstalrecht in appartementsrechten wordt gesplitst, zie: P.J. van der Plank, 'Rechtsvragenrubriek: Kan een drijvende woning in appartementen worden gesplitst?', en het antwoord van L.C.A. Verstappen, *WPNR*, 2017/7150. Men zie overigens Arubaanse BW dat in art. 5:106 lid 4 BWA deze mogelijkheid expliciet noemt met primair doel time-share eigendom van cruiseschepen te faciliteren.
9. Hiervoor geldt dat de drijvende woning als schip teboekgesteld dient te zijn in de openbare registers, zodat het als registergoed bezwaard kan worden met een hypotheekrecht.
10. Zo stopte de ING Bank op 1 oktober 2016 met het verstrekken van leningen op basis van hypothecaire zekerheid t.b.v. woonarken, waardoor de Rabobank de enige bank is die woonarken financiert op basis van een hypotheekrecht op het geregistreerde schip. De Triodos Bank financiert wel op projectbasis.

Het is veelal lastig uit te leggen dat een drijvende villa, die wat betreft comfort, grootte en prijs vergelijkbaar is met een woning op de vaste wal, juridisch geheel anders behandeld wordt; naast moeilijker te financieren, geniet de huurder van een drijvende woning geen huurbescherming, geldt bij de koop van een drijvende woning geen schriftelijkheidsvereiste en geen wettelijke bedenktijd in de zin van art. 7:2 BW en is het niet mogelijk een drijvende woning te bezwaren met een zakelijk recht zoals een recht van erfpacht, erfdienstbaarheid of recht van opstal.^{11, 12}

Dit alles is het gevolg van het feit dat ieder drijvend gebouw of bouwwerk naar huidig recht als roerende zaak aangemerkt wordt. Een en ander heeft tevens tot gevolg dat ten aanzien van drijvend bouwen eigenlijk geen schaalvergroting plaatsvindt. Een drijvend appartementencomplex? Lastig: het is een grote roerende zaak en het is niet mogelijk dit te splitsen in appartementsrechten. Een viertal drijvende rijtjeshuizen op één drijflichaam? Dit is naar huidig recht juridisch één groot roerend schip en de eigendom van de verschillende woningen kan niet gesplitst worden.

Het recht staat dus in belangrijke mate in de weg aan het gebruik van water als reëel alternatief voor bouwgrond. Het is derhalve tijd voor een andere koers. En nu de hoop vervlogen lijkt dat de Hoge Raad drijvende bouwwerken toch als onroerende zaken aan gaat merken,¹³ is het tijd om voor drijvende opstallen een afzonderlijk juridisch kader te creëren.

2. Het proces tot nu toe

Al langer is nagedacht over een passend(er) juridisch kader voor drijvende opstallen. Zo werd in 2008 door Ploeger in zijn oratie, voortbouwend op eerdere gedachten gedeeld in kleine kring, voorgesteld om voor drijvende opstallen een afzonderlijke categorie registergoederen te creëren in het Burgerlijk Wetboek. Dit zou de basis kunnen bieden voor een eigen regeling losgemaakt van de regeling omtrent schepen in Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek, die immers is toegesneden op bedrijfsmatig geëxploiteerde schepen. Door een eigen categorie registergoederen voor drijvende opstallen te creëren, kan aansluiting worden gezocht bij gebouwen op de vaste wal.

In het preadvies van de KNB (2016)¹⁴ presenteerden Mes en Ploeger een eerste voorstel van wet (hierna: het voorstel Mes/Ploeger) om de status van drijvende bouwwerken die een vaste ligplaats hebben nader te regelen in een nieuwe titel 11 in te voeren in Boek 5. Dit voorstel ging uit van de mogelijkheid een drijvend bouwwerk door middel van een in de openbare registers ingeschreven notariële akte tot drijvend regis-

tergoed te bestemmen. Het eerste lid van het voorgestelde art. 5:153 BW luidde: 'De eigenaar van een constructie van enige omvang van hout, steen, metaal of ander materiaal, die naar zijn aard bestemd is om al dan niet permanent te drijven en bedoeld is om ter plaatse te functioneren, kan deze bestemmen tot drijvende opstal bij notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers.'¹⁵ Met een drijvend registergoed werd, blijkens het voorgestelde art. 5:149 BW bedoeld: 'een ligplaats en de zich binnen die ruimte bevindende drijvende opstal.' Voor deze drijvende registergoederen zouden, aldus het voorstel, in beginsel de regels voor onroerende zaken gelden.

Het voorstel Mes/Ploeger is – samen met een aantal andere geselecteerde voorstellen uit het KNB preadvies – ter consultatie gezonden aan diverse maatschappelijke organisaties en praktici. Uit deze consultatieronde kwam een aantal (onzes inziens terecht) bezwaren tegen dit voorstel naar voren. Een belangrijk argument tegen het gepresenteerde voorstel was het feit dat de juridische status van een drijvend object afhankelijk was van de wil van de gerechtigde: indien hij de ligplaats en drijvende constructie door middel van een notariële akte bestemde tot drijvend registergoed werd het een onroerende zaak, maar liet hij dit achterwege, zou dit als 'schip' een roerende zaak blijven. Dit leidt tot een zekere willekeur. Wanneer men in een kanaal een aantal woonarken ziet liggen, kan het zijn dat de ene woonark onroerend is, terwijl een andere woonark (wellicht in grote mate lijkend op de ene woonark) niet bestemd is tot drijvend registergoed, en derhalve op grond van het Woonarkarrest als roerende zaak aangemerkt wordt. Dit laatste zou zelfs gelden al zou de woonark eveneens ingeschreven zijn in de openbare registers, maar dan als teboekgesteld schip in het scheepsregister.

11. Schepen kunnen wel bezwaard worden met een hypotheekrecht, door een schip teboek te stellen in het scheepsregister, waardoor het een registergoed wordt (art. 3:10 BW).
12. Daarbij is het bijna niet uit te leggen dat een grote drijvende villa roerend is, terwijl bijvoorbeeld een stacaravan op een vakantiepark veelal onroerend is. Zie onder meer: HR 24 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AQ7093.
13. HR 9 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8198, BNB 2012/155 (*Marina* arrest).
14. A.J. Mes, H.D. Ploeger en B.A.M. Janssen, 'Eigendom van onroerende zaken, met name natrekking: Flexibele eigendomsverhoudingen in het vastgoedrecht'. In L.C.A. Verstappen (editor), Boek 5 BW van de toekomst: Over vernieuwingen in het zakenrecht. Den Haag: SDU. 2016. p. 145-217. (KNB Preadviezen).
15. Het tweede lid van dit artikel bepaalde in aanvulling hierop: 'Het voorgaande lid is niet van toepassing op een schip dat wordt gebruikt voor verblijf en dat is bestemd en wordt gebruikt voor de vaart.'

Daarbij ging het aanvankelijke voorstel uit van een vorm van 3D-eigendom: niet alleen de drijvende opstal zou als onroerend worden aangemerkt, maar ook de ligplaats, hetwelk gedefinieerd was als 'de ruimte boven het water dat zich boven de grond bevindt en in een open gemeenschap staat met het water op eens anders erf, binnen welke ruimte de eigenaar van de ligplaats vrij is om met uitsluiting van een ieder een drijvende opstal te houden en te gebruiken.'¹⁶ Mede gelet op de ontvangen reacties op dit eerdere concept van wet menen wij nu dat het invoeren van 3D-eigendom ten behoeve van de drijvende opstallen, althans voor nu, te ambitieus is en het te ver strekt om dit concept in het Nederlandse goederenrecht te introduceren.

Op basis van de op- en aanmerkingen die uit de consultatieronde naar voren zijn gekomen, zijn wij tot de conclusie gekomen dat een aangepast voorstel voor een juridisch kader met betrekking tot drijvende opstallen noodzakelijk is. Hierbij is het uitgangspunt een zo eenvoudig mogelijke regeling, die aansluit op het bestaande vermogensrechtelijke stelsel.

3. Twee opties

Zoals gezegd vallen woonarken momenteel juridisch tussen wal en schip: hoewel ze grote overeenkomsten vertonen met woningen op het land, worden ze juridisch gelijkgesteld aan schepen. Vanwege de kwalificatie als roerende zaak staat het Boek 5 instrumentarium niet ter beschikking bij de juridische vormgeving van drijvende projecten. Om bouwen op water op grotere schaal te faciliteren is het noodzakelijk dat hier verandering in komt. Er zijn twee opties: óf drijvende opstallen worden (onder voorwaarde) gelijkgesteld aan onroerende zaken, óf het goederenrechtelijk systeem wordt aangepast in die zin dat bij drijvende opstallen hoewel zij roerend zijn het Boek 5 instrumentarium wel toegepast kan worden. Wij zijn ons ervan bewust dat deze tweede optie vereist dat bestaande goederenrechtelijke kaders worden losgelaten, en aldus een ingrijpendere wetswijziging vereist. Echter dit zou naar onze mening daadwerkelijk kunnen leiden tot het 'Boek 5 BW van de Toekomst'.

Maar laten we aanvangen met optie 1: het gelijkstellen (onder voorwaarde) van drijvende opstallen aan onroerende zaken.

4. De uitgangspunten voor inpassing van drijvende opstallen binnen het huidige goederenrechtelijke systeem

Zoals hierboven is beschreven, heeft de Hoge Raad in het Woonarkarrest voor de vraag of een woonark roerend of onroerend is, aansluiting gezocht bij de schepen in de zin van Boek 8 BW.

Boek 8 is getiteld 'verkeersmiddelen en vervoer'. De regels die daarin neergelegd zijn, zijn dan ook primair geschreven voor beroepsmatig geëxploiteerde schepen: binnenschepen, zeeschepen, zeiljachten enzovoort. De regels zien derhalve op schepen met een *vervoersfunctie*. Bij deze functie sluit de kwalificatie als roerende zaak naadloos aan. Dit ligt anders voor drijvende opstallen. Zij hebben geen vervoersfunctie, maar worden juist gekenmerkt door het gegeven dat zij bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven,¹⁷ namelijk drijvend boven een bepaald waterperceel. Hoewel het mogelijk is om bijvoorbeeld een woonark op een zeker moment te verplaatsen naar een andere ligplaats, zal het na verplaatsing wederom de bedoeling zijn de woonark op de nieuwe plek weer duurzaam ter plaatse te laten blijven. Deze drijvende opstallen vertonen in hun functie derhalve meer overeenkomsten met gebouwen op het vaste land waarop Boek 5 BW ziet, dan met de schepen waarop Boek 8 BW ziet. De vergelijking met een caravan ligt hier voor de hand: de caravan waarmee men in de zomer voor enkele weken op een camping recreëert is roerend, terwijl een stacaravan die een jaarplek op diezelfde camping heeft onroerend is.¹⁸ Dit alles pleit om onderscheid te maken tussen schepen met een vervoersfunctie en drijvende gebouwen en bouwwerken (volgens Boek 8 óók schepen) die bestemd zijn ergens duurzaam te liggen. Schepen met een vervoersfunctie blijven roerend, terwijl drijvende opstallen als onroerend moeten worden aangemerkt.

Ook voor huidige woonarkbewoners betekent dit dat de juridische status van hun woonark, vergelijkbaar zal zijn met een woonhuis op land. In de praktijk zal dit echter niet heel veel veran-

16. Zie ontwerp art. 5:150.

17. Met deze woorden wordt het bestemmingscriterium ingevuld. Het criterium dat gebruikt wordt voor de vraag of een gebouw of werk duurzaam verenigd is met de grond in de zin van art. 3:3 lid 1 BW. Uit het Woonarkarrest blijkt dat de Hoge Raad van mening was dat men indien een zaak een schip is in de zin van art. 8:1 BW niet meer toekomt aan art. 3:3 lid 1 BW en het daarbij behorende bestemmingscriterium.

18. HR 24 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AQ7093
Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI4813.

deren, behalve dat de financiering ervan wellicht eenvoudiger wordt als de juridische status van woonarken een duidelijke inbedding krijgt in het Burgerlijk Wetboek.

Voor nieuw te realiseren projecten heeft de voorgestelde wetswijziging echter wel zeer belangrijke consequenties: hierdoor kan immers gebruik worden gemaakt van hetzelfde goederenrechtelijke instrumentarium als voor opstallen op land: zo kan een drijvend gebouw in appartementsrechten worden gesplitst en indien meerdere woningen op een drijvend platform worden gebouwd, kunnen zij door verticale splitsing juridisch van elkaar worden gescheiden en door middel van het vestigen van opstalrechten ook horizontaal van elkaar worden gesplitst. Hiermee wordt de deur geopend naar drijvende ontwikkelingen op grote(re) schaal.

5. De toevoeging van drijvende opstallen aan art. 3:3 lid 1 BW

Om drijvende opstallen als onroerend aan te merken is een wetswijziging noodzakelijk. Art. 3:3 BW geeft de definitie van een onroerende zaak en bepaalt:

'Onroerend zijn de grond, de nog niet gewonnen delfstoffen, de met de grond verenigde beplantingen, alsmede de gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken.'

Uit het Portacabinarrest¹⁹ volgt dat indien een gebouw of werk geen fundering heeft, maar los geplaatst is op de grond, dit gebouw of werk onroerend kan zijn, indien het naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven. Een vergelijkbare maatstaf kan gehanteerd worden ten aanzien van drijvende opstallen: drijvende opstallen zijn onroerend, indien zij naar aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven. Een mogelijkheid kan daarom zijn om aan art. 3:3 lid 1 BW toe te voegen

'alsmede drijvende opstallen, zijnde teboekgestelde schepen die naar aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven.'

Bij toevoeging van deze zinsnede rijst (in ieder geval) een drietal vragen: 1) wanneer is een drijvende opstal naar aard en inrichting bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven, 2) wat betekent dit voor de verticale natrekkingsregel en 3) waarom het vereiste van inschrijving in de openbare registers (teboekstelling)? Deze vragen worden in het navolgende besproken worden.

6. Wanneer is een drijvende opstal naar aard en inrichting bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven?

In het Portacabinarrest formuleerde de Hoge Raad – voor constructies op het land – twee aanwijzingen om te bepalen of voldaan wordt aan het bestemmingscriterium: zowel de bedoeling van de bouwer, als de bestemming om duurzaam ter plaatse te blijven dienen naar buiten kenbaar te zijn.²⁰ Praktische betekent dit dat aan de hand van de uiterlijke kenmerken van het gebouw of werk afgeleid moet worden of het een duurzame bestemming ter plaatse heeft of niet.²¹ Toepassing van het bestemmingscriterium leidt ertoe dat datgene wat eruitziet alsof het lange tijd ter plaatse zal blijven als onroerend aangemerkt wordt. Zo is een pipowagen die op een bouwplaats als schaftkeet wordt gebruikt roerend, terwijl eenzelfde pipowagen die duurzaam op een kampeerplaats staat als onroerende zaak kan worden aangemerkt.²²

Na de voorgestelde aanvulling van art. 3:3 lid 1 BW kunnen de portacabin criteria op eenzelfde wijze toegepast worden op drijvende opstallen: een binnenvaartschip dat in IJmuiden gelost wordt is een roerende zaak, terwijl eenzelfde binnenvaartschip dat omgebouwd is als woonhuis en een ligplaats heeft aan de Borneokade in Amsterdam een onroerende zaak is. De duurzame bestemming bij drijvende opstallen wordt derhalve in eerste instantie afgeleid uit de uiterlijke kenmerken. Bij twijfel zal naar verkeersopvatting beoordeeld moeten worden of een drijvende opstal is bestemd ergens duurzaam ter plaatse te blijven. Voor het gros van de drijvende woningen zal dit een goed bruikbare maatstaf zijn: wie langs de drijvende villa's in de wijk SchoonSchip (Amsterdam), IJburg (Amsterdam) of Nassauhaven (Rotterdam) fietst, zal geen twijfel hebben dat deze woningen bestemd zijn duurzaam ter plaatse te blijven. Hetzelfde geldt voor de overgrote meerderheid van de in Nederland gelegen woonschepen en woonarken. Er zullen ongetwijfeld randgevallen bestaan, maar dit is voor opstallen op land niet anders.

19. HR 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2478, NJ 1998, 97 (Portacabinarrest).

20. Zie r.o. 3.3.

21. P.J. van der Plank, 'Natrekking door onroerende zaken', (diss. Nijmegen) Deventer: Kluwer 2016, p. 26 en 27.

22. Vgl. over straatverharding: H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 1997, nr. 71.

Door toevoeging van drijvende opstallen aan de definitie van een onroerende zaak in art. 3:3 lid 1 BW wordt een onderscheid gecreëerd tussen schepen met een vervoersfunctie en drijvende opstallen die juist bestemd zijn ergens duurzaam ter plaatse te blijven. Er is echter wel een belangrijk verschil: een opstal op het land wordt verticaal nagetrokken door de grond.

7. Natrekking door de grond

7.1. Argumenten tegen natrekking van drijvende opstallen door de grond

Onroerende zaken worden gekenmerkt door hun connectie met de grond. Art. 3:3 lid 1 BW, waarin de definitie opgenomen staat van een onroerende zaak, noemt de grond als eerste. De (duurzame) verbinding die een zaak (gebouw, werk, beplanting) heeft met de grond waarop of -in deze zich bevindt, maakt een zaak onroerend.²³ De vaststelling dat een zaak onroerend is, leidt ertoe dat het (in beginsel) behoort tot de eigendom van de grond op grond van art. 5:20 lid 1 BW. Anders gezegd: een onroerende zaak wordt - wettelijke uitzonderingen daargelaten - nagetrokken door de grond. Deze regel dient primair de rechtszekerheid,²⁴ waarbij aangesloten wordt bij de omstandigheid dat in de regel de grondeigenaar zelf met eigen middelen op zijn grond heeft gebouwd.²⁵

Is er voor de verticale natrekkingsregel bij opstallen op het vaste land een duidelijke ratio, deze ontbreekt bij drijvende opstallen. Daar zal in de regel juist de bezitter van de drijvende opstal, geen eigenaar zijn van het ondergelegen waterperceel, maar op andere wijze bevoegd zijn de drijvende opstal op die plek te hebben. Deze bevoegdheid vloeit veelal voort uit het hebben van een publiekrechtelijke ligplaatsvergunning, of een zakelijk recht, zoals een erfpachtrecht op het waterperceel.²⁶

Bij drijvende gebouwen is natrekking door de grond ook lang niet altijd wenselijk. Laten wij als voorbeeld een gemeente noemen. Zij zal niet staan te springen als alle woonarken in de grachten na de voorgestelde wetswijziging nagetrokken worden door de grond. De bodem van de gracht is immers gemeentegrond. Deze natrekking kan vanzelfsprekend doorbroken worden door het vestigen van een opstalrecht op het waterperceel ten behoeve van iedere woonark, maar onze inschatting is dat dit voor de gemeente geen wenselijke situatie is: daar waar de eigenaars van woonarken thans gerechtigd zijn tot hun ligging op basis van een ligplaatsvergunning, verkrijgen zij in deze situatie een goederenrechtelijk recht op het onderliggende waterperceel, met de sterke positie die daarbij hoort. Daarmee zou de gemeente in één keer een belangrijk deel

van haar goederenrechtelijke gerechtigdheid tot de grachten verliezen. Aan de andere kant zullen de eigenaars van woonboten en woonarken de transactiekosten voor de verkrijging van een opstalrecht moeten dragen: kosten voor de benodigde notariële akte en inschrijving daarvan in de openbare registers, en de verschuldigde overdrachtsbelasting.

Maar als doorslaggevend argument tegen natrekking van drijvende opstallen door de grond (in casu het waterperceel) geldt onzes inziens het essentiële verschil tussen een drijvend bouwwerk en een bouwwerk op land. Voor een drijvende opstal is het fundament niet de grond, maar het water boven de grond. Daar waar bij grond het wettelijk uitgangspunt dat de eigenaar van de grond ook eigenaar is van de daarmee verenigde onroerende gebouwen en bouwwerken aansluit bij de maatschappelijke verwachtingen, zal men er bij een drijvende woning over het algemeen niet van uitgaan dat de eigenaar van de grond in de regel ook eigenaar van de drijvende opstal is.

Alles in overweging nemende verdient het de voorkeur dat de kwalificatie van een drijvende opstal als onroerende zaak niet per definitie ook natrekking door het onderliggende waterperceel tot gevolg heeft. Hiermee onderscheidt een drijvende opstal zich in belangrijke mate van opstallen die zich op land bevinden, waar immers de Romeinsrechtelijke regel 'superficies solo cedit' geldt, vrij vertaald als 'de opstal volgt de grond' (art. 5:20 BW). Het fenomeen dat een onroerende zaak niet nagetrokken wordt door de eigendom van de grond, is ons zakenrecht echter niet vreemd.

23. Voor de volledigheid merken we nog op dat in lid 1 de delfstoffen afzonderlijk noemt. Zij maken echter geologisch deel uit van de grond zelf. Zie Ploeger 1997, nr. 50. Gelet op het economisch belang en het belang van overheidsregulering om winning van delfstoffen te stimuleren en te ordenen zijn zij traditioneel voorwerp van een functioneel rechtsgebied, het mijnrecht, waarin mijnbouwpolitiek leidend is en privaatrechtelijke beginselen een minder prominente rol spelen.

24. Zie voor een uitgebreide bespreking hiervan: P.J. van der Plank, 'Natrekking door onroerende zaken', (diss. Nijmegen) Deventer: Kluwer 2016, p. 136-140.

25. Ploeger 1997, nr. 116.

26. Dit is een veelgebruikte constructie voor de drijvende woningen in IJburg Amsterdam, maar bijvoorbeeld ook voor de drijvende woonwijk SchoonSchip in Amsterdam.

7.2. Eigendom van drijvende opstallen

Reeds art. 5:20 zelf kent een uitzondering op de regel dat een onroerende zaak (in beginsel) nagetrokken wordt door de eigendom van de grond. Het tweede lid bepaalt dat kabel- en leidingnetwerken in, op of boven de grond van een ander, die door een bevoegd aanlegger zijn aangelegd, in eigendom toekomen aan de bevoegd aanlegger ervan.

Art. 5:20 lid 1 sub e BW bepaalt voorts meer in zijn algemeenheid dat de eigendom van de grond omvat 'voorzover de wet niet anders bepaalt'. Dit betekent dat alleen bij wettelijke regeling afgeweken kan worden van de regel dat een onroerende zaak nagetrokken wordt door de eigendom van de grond. Onze aanbeveling luidt om aan art. 5:20 BW een derde lid toe te voegen waarin wordt bepaald dat de drijvende opstal niet wordt nagetrokken door de eigendom van de grond, maar toebehoort aan degene die in het scheepsregister als zodanig geregistreerd staat:

'In afwijking van lid 1 behoort een drijvende opstal in eigendom toe aan degene(n) die als zodanig geregistreerd staat in de openbare registers.'

De voorgestelde toevoeging van een derde lid aan art. 5:20 BW leidt ertoe dat er geen sprake is van eigendomsverlies indien een schip onroerend wordt.

8. Drijvende opstallen in de openbare registers

In de door ons voorgestelde aanvulling van art. 3:3 BW wordt voor toepasselijkheid van de nieuwe regeling tevens vereist dat er sprake moet zijn van een *teboekgesteld* schip. De inschrijving is een noodzakelijke voorwaarde om de drijvende opstal tot onroerende zaak te kunnen bestemmen. Dat brengt ons op de rol van de inschrijving in de openbare registers bij drijvende opstallen.

Onroerende zaken zijn registergoederen: inschrijving in de openbare registers is nodig voor overdracht en bezwaring van de zaak, en daartoe is kadastrale identificatie noodzakelijk.²⁷ Aldus rijst de vraag hoe de drijvende opstallen in het bestaande stelsel van openbare registers en Basisregistratie kadaster kunnen worden ingepast. Hiertoe hebben wij verschillende opties onderzocht:

1. De drijvende opstal wordt ingeschreven in de openbare registers voor onroerende zaken en wordt kadastraal 'gekoppeld' aan het waterperceel waarboven het drijft.
2. Voor drijvende opstallen wordt een afzonderlijk openbaar register gecreëerd; een 'drij-

vende opstal register'. Inschrijving in dit register zou dan als gevolg hebben dat de drijvende opstal als onroerende zaak gekwalificeerd wordt.²⁸

3. De drijvende opstallen blijven schepen en worden in het scheepsregister teboekgesteld.

Als nadeel van de eerste optie geldt dat zojuist uiteengezet is dat drijvende opstallen nu juist niet nagetrokken worden door de grond waarboven zij drijven. Deze koppeling met het ondergelegen waterperceel ligt om deze reden onzes inziens niet voor de hand.

Ook de tweede optie kent naar onze mening nadelen. Allereerst is het zo, dat veel van de bestaande woonarken en watervilla's reeds in het scheepsregister ingeschreven zijn. Door een nieuw register te creëren, ontstaat de situatie dat de ene drijvende woning in het nieuwe register geregistreerd staat als drijvende opstal, terwijl een andere (wellicht identieke) drijvende woning in het scheepsregister geregistreerd staat. Dat leidt tot een zekere mate van willekeur in de kwalificatie van drijvende bouwwerken als onroerende zaak. Is de drijvende opstal geregistreerd in het drijvende opstal register is het een onroerende zaak. Is het (enkel) geregistreerd in het scheepsregister is het een roerende zaak. Tenzij de mogelijkheid voor registratie in het scheepsregister niet langer openstaat voor drijvende opstallen, maar wat doe je dan met als die drijvende woningen die reeds in het scheepsregister staan? Wellicht maakt een afzonderlijk register voor drijvende opstallen een en ander alleen maar nodeloos gecompliceerd.

Het vasthouden aan de registratie in het scheepsregister, ook voor drijvende opstallen, is onzes inziens op dit moment de optie die het beste aansluit bij de huidige systematiek van goederenrecht enerzijds en openbare registers anderzijds. Derhalve: (geregistreerde) schepen die naar aard en inrichting bestemd zijn om

27. H.D. Ploeger in: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/480.

28. Dit is min of meer de weg die in het voorstel Mes/Ploeger werd gevolgd.

duurzaam ter plaatse te blijven zijn onroerende zaken. Er wijzigt door deze kwalificatie niets in de eigendomssituatie: diegene die als eigenaar in het scheepsregister staat, is (en blijft) eigenaar, indien de kwalificatie als roerende zaak verandert in die als onroerende zaak. Op het teboekgestelde schip gevestigde hypotheekrechten blijven in stand, ook al wordt het schip door de wetwijziging een onroerende zaak.

9. Overige vragen

Het gewenste resultaat van de wetwijziging is het verkleinen van het onderscheid tussen gebouwen en werken die drijven enerzijds en gebouwen en werken op de wal anderzijds, ten einde de juridische vormgeving van drijvende bouwwerken mogelijk te maken en drijvend bouwen op grote(re) schaal te bevorderen. Wij realiseren ons dat het kunstgrepen vergt om het gewenste resultaat te bereiken. De in deze bijdrage uiteenzette kunstgrepen bestaan eruit dat bepaalde schepen, te weten drijvende opstallen, als onroerende zaken, c.q. onroerende schepen aan te merken. Dit roept echter nieuwe vragen op. Een aantal van deze vragen kwam reeds naar voren in de consultatieronde die plaats heeft gevonden ten aanzien van het voorstel Mes/Ploeger. In hoeverre is voor de vraag of een drijvend gebouw of werk onroerend is van belang of er een publiekrechtelijke, dan wel zakenrechtelijke bevoegdheid is om ergens duurzaam ter plaatse te liggen? Is dit een *conditio sine qua non*? Is in het Scheepsregister zichtbaar of een schip roerend of onroerend is? Aan welke vereiste dient te worden voldaan indien een drijvende opstal wordt bezwaard met een zakelijk recht? Dient uit de openbare registers voor registergoederen te blijken dat zich boven een bepaald waterperceel een drijvende opstal bevindt? Dit is slechts een kleine selectie van de vragen die rijzen indien drijvende opstallen als onroerend worden aangemerkt.

Alvorens nader in te gaan op deze vragen, zal in deel 2 van deze bijdrage een andere optie voor een passend juridisch kader voor drijvende opstallen onderzocht worden, te weten de optie dat al hetgeen drijft roerend blijft, maar dat de mogelijkheid gecreëerd wordt ook op roerende registergoederen het Boek 5 instrumentarium toegepast kan worden.

Conclusie

Drijvende opstallen zijn in hun maatschappelijk functioneren gelijk te stellen aan gebouwen en werken op de wal. Naar huidig recht is echter iedere drijvende constructie een roerende zaak. De goederenrechtelijke instrumenten die ons Burgerlijk Wetboek biedt om vastgoedprojecten vorm te geven, vereisen echter zonder uitzonde-

ring dat sprake is van een onroerende zaak. Dit leidt ertoe dat drijvend bouwen in Nederland eigenlijk niet verder komt dan één zelfstandige drijvende eenheid, waardoor (tot op heden) drijvende rijtjeshuizen, drijvende appartementencomplexen, of andere grotere drijvende objecten niet ontwikkeld (kunnen) worden.

Binnen het bestaande systeem van het vermogensrecht kan deze problematiek op twee manieren opgelost worden: door drijvende opstallen als onroerende zaken aan te merken, of door het mogelijk te maken ook de Boek 5 rechten ook op andere registergoederen dan onroerende zaken toe te passen.

Zoals hiervoor is opgemerkt worden onroerende zaken gekenmerkt door hun verbinding met de grond. Drijvende opstallen vallen in deze systematiek buiten de boot. Het is bij drijvende opstallen nu juist het (veelal) ontbreken van een vereniging met de grond, dat ertoe heeft geleid dat ze tot nu toe als roerende zaken aangemerkt worden. Dat betekent dat er enkele kunstgrepen nodig zijn om drijvende opstallen juridisch anders te gaan behandelen dan andere schepen en deze als onroerende zaken aan te merken.

Wij hebben hier de mogelijkheid uitgewerkt om drijvende opstallen toe te voegen aan de definitie van een onroerende zaak in art. 3:3 lid 1 BW: een drijvende opstal is onroerend indien deze teboekgesteld is als schip en naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven. De teboekstelling is noodzakelijk omdat hiermee de eigendom van de drijvende opstal wordt vastgelegd. Opstallen op land worden in beginsel nagetrokken door de eigendom van de grond. Voor drijvende opstallen is dit echter geen gewenste consequentie. Om deze reden zullen de openbare registers leidend zijn (en blijven) voor de vraag wie eigenaar is van de drijvende opstal.

Men kan vraagtekens plaatsen bij de toch wat gekunstelde manier om drijvende opstallen binnen de bestaande kaders van het goederenrecht te plaatsen en ze als onroerende zaken aan te merken.

De vraag is daarmee of het of de voorkeur heeft drijvende opstallen niet binnen de bestaande kaders proberen te passen, maar juist die bestaande kaders aan te passen. Dit zal in het tweede deel van dit tweeluik worden behandeld.