

Tijdschrift voor
ZAKENRECHT

JAARGANG 7 - JUNI 2024

1/2

mr. A. Visschedijk

Huurafhankelijk opstalrecht en een recht van huur

mr. G.G.J. Zondag

Natrekking door indirecte vereniging en opstalrecht

Annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 5 maart 2024,

ECLI:NL:GHARL:2024:1599

Sophie Brandse en Floris Brandse

Jurisprudentieoverzicht

Tijdschrift voor ZAKENRECHT

JAARGANG 7 - JUNI 2024 - NUMMER 1/2

Tijdschrift voor Zakenrecht
Postbus 325, 7400 AH Deventer
tel. 0570 - 751225
e-mail: info@denhollander.info
www.denhollander.info

Hoofredactie
mr. M.K. Daverschot (DLA Piper Nederland N.V.)
mr. P.L. Visser (Loyens & Loeff)

Redactie
mr. P.G. Bekkers
mr. M.K. Daverschot (DLA Piper Nederland N.V.)
mr. H.R.P. Dumatubun (Dentons)
mr. J.W.A. Hockx (Lexence N.V.)
prof. mr. L.P.W. van Vliet (Universiteit van Maastricht)
mr. D. Wumkes (NautaDutilh)

Redactiesecretaris
mr. M. Monroij (QGMLaw)

Vaste medewerkers
prof. mr. F.J. Vonck (VU, Loyens & Loeff (peer review))
mr. dr. L.F.A. Welling-Steffens (Loyens & Loeff, Universiteit van Amsterdam en Universiteit Leiden)

Abonnementsprijs
Zie: <https://denhollander.info/>

Nieuwe abonnementen
Abonnementen kunnen via de website worden afgesloten
Abonnementen kunnen worden gestart per 1 januari van een kalenderjaar. Valt de aanvraag van een abonnement niet samen met het begin van een kalenderjaar, dan wordt op aanvraag het tarief voor het lopende jaar naar rato berekend indien het abonnement ook in het jaar daaropvolgend wordt afgenomen. Op al onze abonnementen zijn de Algemene voorwaarden van toepassing

Adreswijziging
Bij adreswijziging wordt u verzocht deze zo spoedig mogelijk en bij voorkeur schriftelijk door te geven aan de uitgeverij onder vermelding van: adreswijziging Tijdschrift voor Zakenrecht.

Beëindiging abonnement
Abonnementen kunnen alleen schriftelijk, tot 1 december van het lopende abonnementsjaar, worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voor een kalenderjaar verlengd.

© Uitgeverij Den Hollander B.V.
Alle rechten voorbehouden. Behoudens de in de auteurswet opgenomen uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd (waaronder het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, ongeacht op welke wijze, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Citeerwijze
TvZ 2024, nr. 1/2
ISSN: 2589-269X

- 3 *mr. A. Visschedijk*
Huurafhankelijk opstalrecht en een recht van huur
- 8 *mr. G.G.J. Zondag*
Natrekking door indirecte vereniging en opstalrecht
Annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 5 maart 2024, ECLI: NL:GHARL:2024:1599
- 13 *Sophie Brandse en Floris Brandse*
Jurisprudentieoverzicht



Huurafhankelijk opstalrecht en een recht van huur

mr. A. Visschedijk¹

Artikel 5:101 lid 2 BW biedt de mogelijkheid om een opstalrecht te vestigen dat afhankelijk is van een ander zakelijk recht of van een recht van huur of pacht op de onroerende zaak (het zogenaamde 'hoofdrecht'). Een dergelijk afhankelijk opstalrecht is een afhankelijk recht in de zin van artikel 3:7 BW. Dit betekent dat het opstalrecht zodanig aan het hoofdrecht is verbonden dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan. Binnen de categorie afhankelijke opstalrechten komt mijns inziens het zogenaamde huurafhankelijke opstalrecht in de praktijk het meeste voor. In algemene zin wordt in de literatuur het nut en bestaansrecht van een dergelijk huurafhankelijk opstalrecht in twijfel getrokken². Indien de voordelen van het rechtsfiguur al worden ingezien dan zijn het de sterkere rechtspositie in faillissement van huurder en het centraliseren van de opstalaansprakelijkheid op grond van artikel 6:174 BW bij de huurder die als voordelen worden genoemd.³

1. Inleiding

In de praktijk komt het voor dat een huurovereenkomst tot stand komt terwijl de huurrelatie ten aanzien van het registergoed op een later moment ingaat. Bijvoorbeeld doordat de ingangsdatum van de huurovereenkomst en de datum van totstandkoming uit elkaar liggen of er gebruik wordt gemaakt van een opschortende voorwaarde of totstandkomingsvoorbehoud. Dit zal zich veelal voordoen bij nog te realiseren vastgoed dat voorgaand aan start realisatie reeds wordt verhuurd.⁴ In dergelijke gevallen is het de vraag op welk moment artikel 5:101 lid 2 BW toestaat dat er een huurafhankelijk opstalrecht wordt gevestigd. Aangezien het een huurafhankelijk opstalrecht betreft, zal immers er sprake moeten zijn van een 'recht van huur' zoals bedoeld in artikel 5:101 lid 2 BW voordat het van het recht van huur afhankelijke huurafhankelijk opstalrecht kan worden gevestigd bij notariële akte en inschrijving van een afschrift daarvan in de openbare registers.

De vraagstelling kan worden vervat in het navolgende voorbeeld. Ontwikkelaar A heeft een (nog te bouwen) logistiek project met eigen tankstation op de locatie in ontwikkeling. Ontwikkelaar A heeft voor het project reeds een huurovereenkomst gesloten met logistiek bedrijf B. De huurovereenkomst gaat in zodra de ontwikkelaar A het project aan logistiek bedrijf B heeft opgeleverd. Om het risico van opstalaansprakelijkheid uit hoofde van artikel 6:174 BW (verder) te beperken komen partijen overeen dat

ontwikkelaar A zal zorgdragen voor de vestiging van een huurafhankelijk opstalrecht ten aanzien van het tankstation ten behoeve van logistiek bedrijf B. De overeenkomst om een huurafhankelijk opstalrecht te vestigen wordt overeenkomstig opgenomen in de huurovereenkomst die ontwikkelaar A en logistiek bedrijf B sluiten.

Het huurafhankelijk opstalrecht is blijkens artikel 5:101 lid 2 BW dus afhankelijk van 'een recht van huur'. Is sprake van 'een recht van huur' zodra de huurovereenkomst is getekend? Of is dit pas het geval indien de huurovereenkomst is ingegaan? Wanneer kan in mijn voorbeeld ontwikkelaar A het huurafhankelijk opstalrecht vestigen ten behoeve van de huurder, logistiek bedrijf B? Hieronder schets ik eerst de achtergronden van artikel 5:101 lid 2 BW (par. 2) en tracht ik daaropvolgend een antwoord te geven op bovenstaande vraag (par. 3). De bijdrage wordt afgesloten met een conclusie (par. 4).

2. Opstalrecht als afhankelijk recht

Artikel 5:101 lid 2 BW bevat een limitatieve opsomming van de hoofdrechten waarvan een opstalrecht afhankelijk kan worden gemaakt.⁵ Het is dus enkel mogelijk om een opstalrecht afhankelijk te maken van een (ander) zakelijk recht (zoals een erfpachtrecht of recht van vruchtgebruik) of een recht van huur of pacht op de onroerende zaak.⁶ Met de woorden 'op de onroerende zaak' in artikel 5:101

1. Mr. A. Visschedijk is kandidaat-notaris te Amsterdam (ax el.visschedijk@dlapiper.com)
2. T.E. Booms, 'De oorsprong der soorten en het afhankelijke opstalrecht', *WPNR* 2015/7075, p. 757 en D.L. Rodrigues Lopes, *Eigendom en beperkte rechten (Recht en Praktijk nr. VG5)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 4.3.1.
3. P.L. Visser en F.J. Vonck, 'De toegevoegde waarde van het huurafhankelijke opstalrecht', *TvHB* 2013/2, p. 85 en E.H.H. Schelhaas, 'Aansprakelijkheid van de verhuurder voor door de huurder aangebrachte opstallen', *TvHB* 2018/5, p. 288.

4. Zie over de huurrechtelijke aandachtspunten die alsdan spelen: I.E. Riemert en M.L. Timmerman, 'Huur van te (her)ontwikkelen bedrijfsruimte: een praktische handleiding', *TvHB* 2023/1, p. 5 – 19.
5. Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht*, 2019, nr. 669 en A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed (Ars Notariatus nr. 120)*, Deventer: Kluwer 2018/12.5.
6. H.D. Ploeger & H. Bounjouh, *Erfpacht en opstal (Monografieën. BW nr. B28)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 60.

lid 2 BW wordt bedoeld dat het hoofdrecht op dezelfde zaak moet zien als het afhankelijke opstalrecht.⁷ Bij de totstandkoming van artikel 5:101 lid 2 BW lijkt men ervanuit te zijn gegaan dat de opstaller gewoonlijk reeds krachtens het hoofdrecht een uitsluitend gebruiksrecht op de onroerende zaak zal hebben.⁸ Hoewel ik in de Parlementaire Geschiedenis hier geen expliciete verantwoording voor heb kunnen vinden, kan dit een verklaring zijn waarom de tekst van artikel 5:101 lid 2 BW het mogelijk maakt om een afhankelijke opstalrecht te verbinden aan (enkel) een recht van huur of pacht of een zakelijk recht. Dat zijn immers rechten die typisch zullen voorzien in een (uitsluitend) gebruiksrecht ten aanzien van de onderliggende onroerende zaak.

De kwalificatie van een opstalrecht als zijnde een 'afhankelijk recht' is in zoverre van belang omdat enerzijds artikel 3:7 BW verduidelijkt dat dit betekent dat een dergelijk opstalrecht niet zonder het hoofdrecht kan bestaan en anderzijds artikel 3:82 BW aan de kwalificatie als afhankelijk recht (voor zover nodig) het rechtsgevolg verbindt dat het afhankelijke opstalrecht het hoofdrecht volgt zonder dat daar een nadere rechtshandeling benodigd is. Het afhankelijke opstalrecht is zodoende niet vatbaar voor (zelfstandige) beschikking of bezwaring. Indien het hoofdrecht wordt overgedragen, dan volgt het huurafhankelijk opstalrecht het hoofdrecht van rechtswege.

Uit het bovenstaande volgt dat het hoofdrecht en het huurafhankelijk opstalrecht altijd (zoals bij alle afhankelijke rechten) in één hand zijn en maar ook altijd zien op dezelfde onroerende zaak.⁹ Bij het bespreken van de betekenis van afhankelijkheid bij een bepaald afhankelijk recht kan worden onderscheiden tussen afhankelijkheid in ontstaan, afhankelijkheid in tenietgaan en afhankelijkheid in toebehoren.¹⁰ In deze bijdrage staat enkel 'afhankelijkheid in ontstaan' centraal. Afhankelijkheid in ontstaan betekent dat het afhankelijke recht niet zonder hoofdrecht kan bestaan en dat het afhankelijke recht daarom ook voor wat betreft zijn ontstaan afhankelijk is van het (reeds) bestaan van het hoofdrecht.¹¹ Een huurafhankelijk opstalrecht kan daarom enkel gevestigd worden indien er een 'recht van huur' zoals bedoeld in artikel 5:101 lid 2 BW bestaat. Deze bestaansafhankelijkheid gaat overigens niet zover dat aan de algemene vestigingsvereisten van beperkte

rechten wordt afgedaan; de vereisten van artikel 3:84 BW en artikel 3:89 BW blijven onverkort toepaselijk.¹²

Afhankelijkheid in ontstaan strekt ter bescherming van de belangen van de gerechtigde tot de (belaste) onroerende zaak (dat wil zeggen de eigenaar van de onroerende zaak die de desbetreffende zaak heeft verhuurd en een huurafhankelijk opstalrecht heeft gevestigd). Immers het huurafhankelijk opstalrecht bestaat slechts voor de periode dat de onroerende zaak is verhuurd – het kan nooit zo zijn dat er geen sprake is van een recht van huur doch de onroerende zaak wel al belast is met een opstalrecht. Op gelijke wijze kan het niet voorkomen dat het recht van huur is geëindigd terwijl de onroerende zaak reeds of nog steeds belast is met het huurafhankelijk opstalrecht.¹³

Het lijkt belangrijk om in te zien dat ook het element 'ontstaansafhankelijkheid' van afhankelijke rechten niet uniform wordt ingevuld.¹⁴ Rechten van pand en hypotheek zijn afhankelijk van de onderliggende (gezeekerde) vorderingen. Artikel 3:231 BW maakt het desondanks mogelijk om een recht van pand of hypotheek te vestigen voor nog niet bestaande vorderingen. Hier is echter wel vereist dat die toekomstige vorderingen voldoende bepaalbaar zijn en deze voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding.¹⁵ Het recht van pand of hypotheek ontstaat dan op het moment dat het recht wordt gevestigd en niet op het moment dat de gezeekerde vordering ontstaat.¹⁶ Artikel 3:231 BW is in feitelijke zin een codificatie van jurisprudentie onder het oud Burgerlijk Wetboek.¹⁷ Het gaat hier om een specifieke rechtsregel die blijkens de wettelijke regel enkel geldt voor pand- en hypotheekrechten.

Ik zou daarom menen dat de nuancering op het principe van 'ontstaansafhankelijkheid' die wordt gegeven in artikel 3:231 BW niet buiten de grenzen van het pand- en hypotheekrecht moet worden getrokken. Voor overige afhankelijke rechten, zoals een huurafhankelijk opstalrecht, geldt het principe van ontstaansafhankelijkheid onverkort en kan een afhankelijk recht niet ontstaan zonder dat het hoofdrecht reeds bestaat.¹⁸

Booms heeft betoogd dat de opname van afhanke-

7. H.W. Heyman, S.E. Bartels en V. Tweehuysen, *Vastgoedtransacties: overdracht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 50 en GS Zakelijke rechten, art. 5:101 BW, aant. 2.2 (Vonck).
8. Parl. Gesch. BW Boek 5 1981, p. 355 (nr. 3).
9. Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht*, 2019, nr. 27 en A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariatus nr. 120), Deventer: Kluwer 2018/14.10.
10. T.E. Booms, 'Afhankelijkheid' in S.E. Bartels, J.B. Spath en K. Everaars, *Tenietgaan van beperkte rechten* (O&R nr. 99), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 7.2.
11. GS Vermogensrecht, art. 3:82 BW, aant. 4 (Van Es) en H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht, Stadiereeks Burgerlijk Recht deel 2*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 47.
12. Parl. Gesch. BW Boek 5 1981, p. 355 (nr. 3).

13. T.E. Booms, 'Afhankelijkheid' in S.E. Bartels, J.B. Spath en K. Everaars, *Tenietgaan van beperkte rechten* (O&R nr. 99), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 7.2.
14. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/8.
15. M.K. Daverschot, 'Status hypotheekrecht; een aantal praktische beschouwingen', *TvZ* 2019, nr 1/2, p. 4 met verdere verwijzingen.
16. Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/51.
17. Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 737 (nr. 2) onder verwijzing naar HR 30 januari 1953, *NJ* 1953/578 (*Doyer en Kalff/Bouman q.q.*) waarover, onder andere, S. Derksen, 'Het afhankelijk karakter van de bankhypotheek', *WPNR* 2010/6862, p. 793 en 794.
18. In gelijke zin: T.E. Booms, 'Afhankelijkheid' in S.E. Bartels, J.B. Spath en K. Everaars, *Tenietgaan van beperkte rechten* (O&R nr. 99), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 7.4.

lijke opstalrechten in het nieuwe Burgerlijk Wetboek berust op een misvatting van de wetgever omtrent het gebruik onder oud Burgerlijk Wetboek van 'afhankelijke opstalrechten'.¹⁹ In de praktijk (literatuur en jurisprudentie) werden onder het oud BW zelfstandige 'huuraanvullende' opstalrechten in sommige gevallen aangeduid als 'afhankelijke opstalrechten', welke spraakverwarring resulteerde in de veronderstelling bij de wetgever dat het hier om een separate categorie opstalrechten ging, die ter besteding van de praktijk opgenomen diende te worden in het nieuwe Burgerlijk Wetboek.²⁰ Persoonlijk meen ik dat de argumentatie en voorbeelden van Booms afdoende overtuigend zijn om aan te nemen dat de wetgever met de invoering van een afhankelijk opstalrecht wellicht heeft voorzien in een mogelijkheid waar de praktijk niet de grootste behoefte aan heeft (gehad). Dit laat echter onverlet dat het een vast gegeven is dat artikel 5:101 BW thans voorziet in twee verschillende soorten opstalrechten, een zelfstandig opstalrecht en een afhankelijk opstalrecht.

In de literatuur wordt de ratio voor de verbondenheid tussen hoofdrechten en afhankelijke rechten omschreven als enerzijds het nut dat het afhankelijk recht heeft voor het hoofdrecht (zonder hoofdrecht heeft men niets aan het afhankelijk recht) en anderzijds aan een versimpeling van het rechtsverkeer (als een afhankelijk recht automatisch het hoofdrecht volgt, behoeft dit niet separaat te worden overgedragen).²¹ Onderdeel van het afhankelijk recht is dat het, zogezegd, dienstig is aan het hoofdrecht.²² Anders gezegd: het vereiste dat een afhankelijk recht niet kan bestaan zonder hoofdrecht, wordt ingekleed door het gegeven dat men geen nut heeft van het afhankelijk recht zonder het hoofdrecht.²³ Booms concludeert evenwel dat een afhankelijk opstalrecht een afhankelijk recht is dat ook nut kan hebben zonder het desbetreffende hoofdrecht en het bestaan van een afhankelijk opstalrecht daarmee op gespannen voet staat met het beginsel dat men zonder het hoofdrecht geen nut heeft van het afhankelijk recht.²⁴ Het is immers ook mogelijk om een *zelfstandig* opstalrecht te vestigen, hetgeen zou betekenen (als ik het goed begrijp) dat het conceptueel mogelijk is dat men ook van een opstalrecht nut heeft zonder dat men gerechtigd is tot een bijbehorend hoofdrecht. Ik denk persoonlijk dat men het zelfstandig opstalrecht en het afhankelijk opstalrecht als twee verschillende rechtsfiguren moet bezien en scherp onderscheid moet maken tussen de toepassingen van beide vormen van het opstalrecht. Het lijkt mij daarom ook onjuist om uit de mogelijkheid tot het vestigen van een zelfstandig opstalrecht af te

leiden dat dit betekent dat het afhankelijke karakter van het afhankelijk opstalrecht ter discussie staat dan wel de gevolgen die uit het afhankelijke karakter van het afhankelijk opstalrecht voortvloeien minder strikt dienen te worden geïnterpreteerd.

Uit het gegeven dat afhankelijk opstalrecht moet zien op dezelfde onroerende zaak waar het hoofdrecht op betrekking heeft en dat de Parlementaire Geschiedenis ervanuit gaat dat het hoofdrecht het afhankelijk opstalrecht qua bevoegdheden aanvult, volgt mijns inziens overtuigend dat het afhankelijk opstalrecht een volwaardig afhankelijk recht is dat dus (mede) moet worden bezien in het licht van het nut dat het afhankelijk recht voor het hoofdrecht heeft.²⁵ De wettelijke regeling omtrent afhankelijke opstalrechten in artikel 5:101 lid 2 BW moet zodoende overeenkomstig worden geïnterpreteerd.

3. Interpretatie van 'een recht van huur'

Op basis van de analyse in paragraaf 2 komt mij voor dat een afhankelijk opstalrecht moet worden beschouwd als een 'typisch' afhankelijk recht. Dit betekent dat het afhankelijk opstalrecht – als afhankelijk recht – pas tot stand kan komen indien en voor zover het hoofdrecht is ontstaan. Blijkens de letterlijke tekst van artikel 5:101 lid 2 BW is het desbetreffende hoofdrecht hier 'een recht van huur'. In de Parlementaire Geschiedenis, de jurisprudentie en de literatuur heb ik geen directe aanknopingspunten kunnen vinden die verduidelijken hoe de woorden 'recht van huur' in artikel 5:101 lid 2 BW moeten worden geïnterpreteerd.

Zoals geschetst in de inleiding, komt het voor dat een huurovereenkomst wordt aangegaan maar dat de huurrelatie ten aanzien van het registergoed op een later moment ingaat. Hierbij kunnen de navolgende gevaltypen worden onderscheiden: het geval waarin gebruik wordt gemaakt van een totstandkomingsvoorbehoud, het geval dat de huurovereenkomst wordt aangegaan onder een opschortende voorwaarde en het gevaltype waarin er tijd zit tussen het aangaan en het ingaan van de huurovereenkomst.

In deze uiteenzetting heb ik bewust geen melding gemaakt van het geval dat de huurovereenkomst wordt aangegaan onder een ontbindende voorwaarde. Een voorwaarde is ontbindend indien de voorwaarde voorschrijft dat na ommekeer van een onzekere

19. T.E. Booms, 'De oorsprong der soorten en het afhankelijke opstalrecht', *WPNR* 2015/7075, p. 757 - 759.

20. T.E. Booms, 'De oorsprong der soorten en het afhankelijke opstalrecht', *WPNR* 2015/7075, p. 757 - 759, onder andere met (overtuigende) verwijzing naar Parl. Gesch. BW Boek 5 1981, p. 355 (nr. 3) en voorbeelden uit de literatuur en jurisprudentie.

21. Omtrent het nut dat een afhankelijk recht moet hebben voor het hoofdrecht: M.H.E. Rongen, *Cessie* (O&R nr. 70), Deventer: Kluwer 2012/XI.5.2 en R.G.T.J. Raaijmakers, 'Retentierecht bij cessie', *WPNR* 2001/6454, p. 695. In gelijke

zin en voor wat betreft de versimpeling van het rechtsverkeer: T.E. Booms, *Aanvullen van subjectieve rechten* (O&R nr. 109), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 14.1.3.

22. GS Vermogensrecht, art. 3:7 BW, aant. 4 (Stein) en R.G.T.J. Raaijmakers, 'Retentierecht bij cessie', *WPNR* 2001/6454, p. 695.

23. T.E. Booms, *Aanvullen van subjectieve rechten* (O&R nr. 109), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 14.2.4.

24. T.E. Booms, *Aanvullen van subjectieve rechten* (O&R nr. 109), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 14.2.4.

25. Parl. Gesch. BW Boek 5 1981, p. 355 (nr. 3).

toekomstige gebeurtenis, een verbintenis komt te vervallen (artikelen 6:21 en 6:22 BW). De verbintenissen welke zijn aangegaan onder ontbindende voorwaarde komen direct tot stand en zijn eveneens direct rechtens afdwingbaar.²⁶ Indien de huurovereenkomst is aangegaan onder ontbindende voorwaarde, dan zijn de daaruit voortvloeiende verplichtingen direct rechtstreeks opeisbaar. Los van een (eventueel) gat tussen het aangaan en ingaan van de huurovereenkomst (zie hierna), is het ingaan van een 'recht van huur' dan niet aan nadere vertraging of voorbehouden onderhevig. Indien de ontbindende voorwaarde in vervulling gaat, is van terugwerkende kracht geen sprake.²⁷ De huurovereenkomst eindigt dan dus per het moment van in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde. Gezien het bepaalde in artikel 3:7 BW zal het huurafhankelijk opstalrecht op hetzelfde moment eindigen. In algemene zin kan het voorkomen dat het een verhuurder niet vrijstaat om een beroep te doen op een ontbindende voorwaarde.²⁸ Gezien het vorenstaande wordt in deze bijdrage de ontbindende voorwaarde niet verder besproken met betrekking tot de vraag of sprake is van een 'recht van huur' in de zin van artikel 5:101 lid 2 BW.

Bij een totstandkomingsvoorwaarde of totstandkomingsvoorbehoud komen partijen overeen dat de huurovereenkomst niet tot stand komt totdat een bepaalde gebeurtenis zich al dan niet heeft voorgedaan.²⁹ Een totstandkomingsvoorbehoud voorkomt dus dat er überhaupt sprake is van een recht van huur aangezien de desbetreffende huurovereenkomst (nog) niet tot stand komt. Zolang er een totstandkomingsvoorbehoud in werking is, kan mijns inziens dus nimmer sprake zijn van een 'recht van huur' zoals bedoeld in artikel 5:101 lid 2 BW.

Interessanter is het gevaltype waarin sprake is van een opschortende voorwaarde. In een dergelijk geval komen de verbintenissen tot stand doch is de werking van de relevante verbintenissen opgeschort.³⁰ In dit geval bestaat er dus een 'recht van huur' doch is de werking van de verbintenissen opgeschort tot dat aan een toekomstige onzekere gebeurtenis is voldaan. Er is -zogezegd- sprake van een 'sluimerende rechtshandeling' die nog geen werking heeft en pas na ommekomst van de gebeurtenis rech-

tens afdwingbaar is.³¹ In feitelijke zin is hetzelfde van toepassing wanneer de huurovereenkomst tot stand komt terwijl de ingangsdatum van de huur op een latere datum is gelegen. Nadat de huurovereenkomst – overeenkomstig de gewone regels van het verbintenissenrecht – tot stand is gekomen is er een 'recht van huur' dat onder bepaalde voorwaarden is vastgelegd. Een verplichting om huur te betalen zal echter pas bestaan nadat de huurovereenkomst is ingegaan en het gehuurde ter beschikking van de huurder is gesteld. Blijkens artikel 7:201 lid 1 BW zijn de essentialia van huur immers dat er tegenprestatie wordt voldaan voor het gebruik van een (gedeelte van een) zaak.³²

In zowel het geval waarin de werking van de verbintenissen aangaande de huur is opgeschort (door het gebruik van een opschortende voorwaarde) als het gevaltype waarin de huurovereenkomst nog niet is ingegaan, bestaat er een tijdsperiode tussen het aangaan van de huurovereenkomst en het (simpel gezegd) inwerking treden van het recht van huur. De vraag is op welk moment bij deze twee gevaltypen sprake is van 'recht van huur' in de zin van artikel 5:101 lid 2 BW. Ik zou menen dat hier voor doeleinden van artikel 5:101 lid 2 BW pas sprake kan zijn indien de desbetreffende opschortende voorwaarden in vervulling zijn gegaan en de huurovereenkomst is ingegaan. Op dat moment wordt er immers een tegenprestatie voldaan voor een gebruik van een zaak en wordt (voor het eerst) voldaan aan de definitie van huur zoals in het BW gegeven. Dit lijkt mij bepalend omdat de Parlementaire Geschiedenis ervanuit gaat dat de bevoegdheden van de (afhankelijk) opstaller worden ingevuld aan de hand van de inhoud van het hoofdrecht.³³ Het huurafhankelijk opstalrecht zelf verleent slechts beperkte bevoegdheden en behoeft daarom invulling van de onderliggende huurovereenkomst waarin de meerderheid van de bevoegdheden omtrent het gebruik zullen zijn vastgelegd.³⁴ De onderliggende huurovereenkomst is uiteraard ook (mede) bepalend voor de wijze waarop het huurafhankelijk opstalrecht tenietgaat.³⁵ De bevoegdhedenverdeling in het hoofdrecht kunnen enkel invulling en aanvulling geven aan de inhoud van het (afhankelijk) opstalrecht indien het hoofdrecht ook 'in werking' en dus ingegaan is. Voordien staat de bevoegdhedenverdeling en de

26. A. van der Hilst, 'Voorwaardelijke (huur)overeenkomsten', *THvB*, 2019/2, p. 96.
 27. Asser/Sieburgh 6-I 2020/183.
 28. I.E. Riemert en M.L. Timmerman, 'Huur van te (her)ontwikkelen bedrijfsruimte: een praktische handleiding', *TvHB* 2023/1, p. 6-7 en N. Amiel en I.C.K. Mol, 'De voorwaardelijkheid in het huurrecht', *TvHB* 2015/4, p. 227 – 230.
 29. R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 131, M.E. Voorrips, 'De precontractuele fase in het huurrecht: aanbod en aanvaarding en afgebroken onderhandelingen', *TvHB* 2019/1, p. 5 en I.E. Hofhuis en E. Ceulemans, 'Totstandkoming huurovereenkomst bij overeenstemming over de essentialia en de betekenis van een voorbehoud goedkeuring directie', *TvHB* 2022/5, p. 332 met verwijzing naar jurisprudentie.
 30. Asser/Sieburgh 6-I 2020/166 en GS Vermogensrecht, art. 3:38 BW, aant. 4.1 (Olthof).

31. GS Verbintenissenrecht, art. 6:21 BW, aant. 6 (Engelen) en GS Verbintenissenrecht, art. 6:22 BW, aant. 9 (Engelen).
 32. Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2021/10.
 33. Parl. Gesch. BW Boek 5 1981, p. 362 (nr. 7), in het bijzonder de zinssnede (cursivering door AV): 'Artikel 5.7.1.6 dat in het regeringsontwerp mede voor afhankelijke opstalrechten gold, is in het gewijzigd ontwerp in lid 2 geplaatst, omdat de vraag of de opstaller tot verhuren of verpachten bevoegd is en die of de eigenaar aan zodanige door de opstaller aangegane overeenkomsten ook na het einde van diens recht verbonden is, in beginsel aan de hand van het hoofdrecht behoren te worden beantwoord.'
 34. H.D. Ploeger & H. Bounjouh, *Erfpacht en opstal (Monografieën. BW nr. B28)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 60.
 35. T.E. Booms, 'Afhankelijkheid' in S.E. Bartels, J.B. Spath en K. Everaars, *Tenietgaan van beperkte rechten (O&R nr. 99)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 7.3.

inhoud van de huurrelatie wellicht reeds vast (omdat de huurovereenkomst is aangegaan) maar deze kunnen het (afhankelijk) opstalrecht nog niet verder inkleuren indien de huurovereenkomst nog niet is ingegaan. Op basis van de Parlementaire Geschiedenis concludeer ik dat de wetgever deze invulling en aanvulling door het hoofdrecht van het opstalrecht ziet als een essentieel onderdeel van de relatie tussen het hoofdrecht en het afhankelijk recht. Deze onderlinge relatie tussen hoofdrecht en afhankelijk recht verklaart ook waarom het afhankelijk opstalrecht moet zien op dezelfde zaak waar het hoofdrecht op betrekking heeft. Daarom ben ik van mening dat 'recht van huur' niet moet worden gelezen als het enkele aangaan van een huurovereenkomst (die later ingaat of onderhevig is aan opschortende voorwaarden).

Mijn uiteenzetting noopt tot de conclusie dat er pas sprake is van een 'recht van huur' zoals bedoeld in artikel 5:101 lid 2 BW indien de huur daadwerkelijk is ingegaan en eventuele opschortende voorwaarden in vervulling zijn gegaan. Indien de huurovereenkomst enkel is aangegaan (doch niet ingegaan), onderhevig is aan opschortende voorwaarden dan wel er een totstandkomingsvoorbehoud is gemaakt, is mijns inziens nog geen sprake van een 'recht van huur' in de zin van artikel 5:101 lid 2 BW. Het Burgerlijk Wetboek kent met betrekking tot afhankelijke opstalrechten niet een regeling zoals is opgenomen in artikel 3:231 BW voor pandrechten en hypotheekrechten. Dit betekent dan ook dat een toekomstig huurrecht dat voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding niet kan kwalificeren als een recht van huur zoals bedoeld in artikel 5:101 lid 2 BW. Voor gevallen waarin het niet mogelijk is om een huuraafhankelijk opstalrecht te vestigen, blijft het uiteraard mogelijk om uit te wijken naar een zelfstandig opstalrecht.

4. Conclusie

In paragraaf 2 is besproken dat vanwege het principe van 'afhankelijkheid in ontstaan' een huuraafhankelijk opstalrecht enkel kan ontstaan indien ook er reeds een 'recht van huur' in de zin van artikel 5:101 lid 2 BW is ontstaan. De conclusie uit de vorige paragraaf dat enkel een ingegaan huurrecht kwalificeert als een 'recht van huur' waarvoor een huuraafhankelijk opstalrecht kan worden gevestigd, behelst zodoende dat - mijns inziens – de relevante notariële akte van vestiging (huuraafhankelijk) opstalrecht pas kan worden gepasseerd en ingeschreven indien en zodra het recht van huur is ingegaan. In de casus uit de inleiding behelst dit dat het huuraafhankelijk opstalrecht pas door ontwikkelaar A ten behoeve van logistiek bedrijf B kan worden gevestigd nadat het distributiecentrum aan logistiek bedrijf B is opgeleverd en de huurovereenkomst is ingegaan.

Uit hoofde van de zorgvuldigheidsnorm van artikel 17 Wet op het notarisambt en het onderzoek dat de notaris dient te verrichten bij het vestigen van beperkte rechten (artikel 11 lid 1 van de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011) dient in mijn visie de notaris actief te controleren of de huurovereenkomst is ingegaan teneinde vast te stellen dat het mogelijk is om het desbetreffende huuraafhankelijk opstalrecht te vestigen. Immers over de rechtstoestand van het registergoed (in deze of het vatbaar is om te worden bezwaard met een huuraafhankelijk opstalrecht) mag zo min mogelijk onzekerheid bestaan. Artikel 11 lid 2 van de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 bepaalt dat in de akte de gegevens moeten worden opgenomen die voor de rechtstoestand van het registergoed van belang zijn. Daarom lijkt het belangrijk om bij de vestiging van een huuraafhankelijk opstalrecht in de desbetreffende akte uitdrukkelijk te vermelden dat de huurovereenkomst reeds is ingegaan.

Natrekking door indirecte vereniging en opstalrecht

Annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 5 maart 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:1599

mr. G.G.J. Zondag¹

In een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 5 maart 2024 oordeelt het hof over de eigendomsvraag van zonnepanelen. Partij Y heeft deze zonnepanelen geplaatst op het dak van het gebouw van X. X is eigenaar van dit gebouw via een opstalrecht. Opstaller X meent door natrekking ook eigenaar te zijn van de zonnepanelen. Het hof onderzoekt in zijn uitspraak (i) of de zonnepanelen bestanddeel zijn geworden van het gebouw (artikel 3:4 BW jo. artikel 5:3 BW); en (ii) of X eigenaar kan zijn geworden van de zonnepanelen als gevolg van indirecte vereniging met de grond (artikel 3:3 BW jo. artikel 5:20 lid 1 sub e BW). Op de samenloop van dergelijke natrekkingsvragen en een gevestigd opstalrecht wordt in dit artikel nader ingegaan.

Naar het oordeel van het hof zijn de zonnepanelen in kwestie geen bestanddeel van het gebouw van X. Vervolgens geeft het hof een beknopte, maar interessante, overweging over de mogelijkheid van eigendomsverkrijging door een opstaller en natrekking door indirecte vereniging. Het hof volstaat met de constatering dat de eventuele natrekking door indirecte vereniging met de grond van de zonnepanelen geen eigendomsverkrijging oplevert voor opstaller X, omdat deze geen eigenaar is van de ondergrond onder haar gebouw. Het hof stelt verder niet vast óf in dit geval sprake was van natrekking door indirecte vereniging met de grond en betreft ook de werking van het opstalrecht van X niet duidelijk in diens oordeel. Dat is vreemd: een opstaller kan inderdaad moeilijk op grond van artikel 5:20 lid 1 sub e BW beweren dat zonnepanelen door natrekking onderdeel zijn van geworden van diens eigendomsrecht (van de opstal), maar wél mogelijk is dat de natrekking van deze zonnepanelen met de grondeigendom door een reeds gevestigd opstalrecht wordt doorbroken. Om te kunnen oordelen of sprake is van eigendomsverkrijging door de opstaller dient kortom de werking van het gevestigde opstalrecht uitgelegd te worden.

In deze bijdrage wordt onder 1 ingegaan op natrekking door de grondeigendom. Vervolgens worden kenmerken van het opstalrecht, als beperkt recht dat de natrekking met de grond doorbreekt, omschreven onder 2. Afsluitend wordt onder 3 ingegaan op het

arrest van het hof. Daarbij wordt uiteengezet hoe de natrekkingsregel van artikel 5:20 lid 1 sub e BW en een bestaand opstalrecht zich tot elkaar verhouden in het geval dat er nieuwe elementen direct of indirect worden aangebracht op de grond.

1. Het begrip 'natrekking'

Natrekking houdt in dat een zaak een onzelfstandig onderdeel wordt van een andere zaak. Door natrekking verliest een zaak zijn zelfstandig goederenrechtelijk bestaan en gaat het juridisch op in de eigendom van de hoofdzaak.² Natrekking kan plaatsvinden tussen roerende zaken onderling (artikel 5:14 BW) of zaken kunnen door natrekking goederenrechtelijk gaan behoren tot de grondeigendom (artikel 5:20 BW). Volgens de wet is de grond onroerend, evenals gebouwen en werken die duurzaam met die grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen (artikel 3:3 lid 1 BW). De onroerende zaak bestaat daardoor uit 'de grond met het gebouw', terwijl goederenrechtelijk sprake is van één eigendomsrecht van de grond dat eveneens het gebouw omvat.³

Roerende zaken, zoals zonnepanelen kunnen door natrekking onderdeel worden van een onroerende zaak. Allereerst kunnen dergelijke werken door het

1. Guus Zondag is advocaat bij Van Doorne N.V. te Amsterdam (zondag@vandoorne.com)
2. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/65; L.P.W. van Vliet, 'Natrekking door onroerende zaken', *MvV* 2017/1, p. 24-29.
3. Over de vraag of een gebouw inderdaad gezien moet worden als bestanddeel van de grond is in de literatuur veel gediscussieerd, zie bijvoorbeeld E.C.M. Wolfert, 'Bestanddeel of zaak? over het onderscheid en de samenhang tussen de artikelen 3:4 en 5:20 BW (I)', *WPNR* 2003/6523;

E.C.M. Wolfert, 'Bestanddeel of zaak? Over het onderscheid en de samenhang tussen de artikelen 3:4 en 5:20 BW (II, slot)', *WPNR* 2003/6525; P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (O&R nr. 94) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016/4.4; L.P.W. van Vliet, 'Natrekking door onroerende zaken', *MvV* 2017/1, p. 24-29; A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2018, p. 68.H.W. Heyman en S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties: Koop*, Den Haag: *Bju* 2021/32-34.

aanbrengen op een gebouw via bestanddeelvorming (artikel 3:4 BW) worden nagetrokken (artikel 5:3 BW) en gaan behoren tot de eigendom van de onroerende zaak. Ook kan het zijn dat een dergelijk werk via een gebouw 'indirect' duurzaam verenigd is met de grond. Hierdoor is het werk onroerend (artikel 3:3 BW) en behoort het goederenrechtelijk tot de eigendom van de grond (5:20 lid 1 sub e BW). Hieronder wordt op beide wijzen van natrekking kort ingegaan.

1.1. Bestanddeelvorming

Voor natrekking door bestanddeelvorming bestaan twee zelfstandige gronden in artikel 3:4 BW.⁴ Op grond van lid 2 kan iets een bestanddeel zijn van een zaak door de hechte verbinding met die zaak, waardoor verwijdering zonder beschadiging van betekenis niet mogelijk is (*beschadigingscriterium*). Daarbij zijn volgens het *Zalco II*-arrest enkel de fysieke gevolgen van de afscheiding van belang en niet gevolgen van vermogensrechtelijke aard.⁵ Op grond van lid 1 is iets een bestanddeel van een zaak als het volgens de verkeersopvatting onderdeel uitmaakt van die zaak. Aanwijzingen dat een in een gebouw geplaatste installatie naar verkeersopvattingen een bestanddeel is van dat gebouw zijn volgens het *Dépex/ Curatoren Bergel*-arrest dat het gebouw en de installatie in constructief opzicht specifiek op elkaar zijn afgestemd (*afstemmingscriterium*) of dat het gebouw zonder de installatie als incompleet moet worden beschouwd (*incompleteitescriterium*).⁶

1.2. (Onroerende) natrekking

De grondeigendom omvat eveneens alle gebouwen en werken die (in)direct duurzaam met de grond zijn verenigd in de zin van artikel 3:3 BW. Natrekking op grond van artikel 3:3 BW jo. 5:20 lid 1 onder e BW kent twee cumulatieve vereisten.⁷ Ten eerste dient de (in)directe vereniging met de grond 'duurzaam' te zijn.⁸ Op grond van het *Portacabin*-arrest kan een gebouw of werk duurzaam met de grond zijn verenigd als het "naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven".⁹ Ten tweede moet een object met een duurzame bestemming wel daadwer-

kelijk met de grond zijn *verenigd*. Dat is het geval indien het object "feitelijk in voortdurende verbinding" staat met de grond.¹⁰ Een woonark die met de waterstand kan meebewegen is bijvoorbeeld niet verenigd met de grond in de zin van artikel 3:3 lid 1 BW.¹¹

1.3. De tweewegenleer

Een installatie, machine of zonnepaneel (hierna ook simpelweg aangeduid als 'werk') dat in of op een gebouw wordt aangebracht kan via bestanddeelvorming (artikel 3:4 BW) in eigendom toebehoren aan de grondeigenaar. Daarbij moet worden opgemerkt dat, alhoewel juridisch niet geheel zuiver, in de rechtspraak en literatuur daarbij vaak de vraag wordt gesteld of het aangebrachte werk bestanddeel is geworden van het *gebouw* (welk gebouw op diens beurt goederenrechtelijk onderdeel is van de grond). Dat is lastig, aangezien het gebouw dogmatisch gezien niet aangemerkt kan worden als hoofdzaak, doordat het zelf als bestanddeel onderdeel is van tot de grond.¹²

Naast bestanddeelvorming kan een dergelijk werk dus ook door indirecte duurzame vereniging met de grond, zelfs wanneer het geen bestanddeel is van het gebouw waaraan het vastzit, worden aangemerkt als onroerend (art. 3:3 lid 1 BW) en daardoor worden nagetrokken door de grondeigendom (art. 5:20 lid 1 sub e BW). Naar heersende leer kan van dergelijke 'indirecte natrekking' sprake zijn indien een op of in een gebouw geplaatst werk geen bestanddeel is van het gebouw, maar wel (i) bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven; en (ii) feitelijk in voortdurende verbinding staat met de grond via het gebouw.

Wanneer één van beide zaken de grond betreft, bestaan derhalve twee mogelijke wegen voor natrekking: (i) de bestanddeelvorming van artikel 3:4 BW jo. 5:3 BW met voor wat betreft de verkeersopvatting de *Dépex/ Curatoren Bergel*-leer; en (ii) de indirecte vereniging van artikel 3:3 BW jo. 5:20 lid 1 sub e BW met bijbehorende de *Portacabin*-leer.

Volgens sommige auteurs is de huidige ruime uitleg

4. Zie J.W.H. Lemmen, 'Over artikel 3:4 lid 2 BW als zelfstandige grond voor bestanddeelvorming. Een bespreking en analyse naar aanleiding van *Zalco II*', *NTHR* 2021-2, p. 55 e.v. die betoogt dat het criterium van artikel 3:4 lid 2 BW geschrapt dient te worden als zelfstandige grond voor bestanddeelvorming. Vgl. P.J. van der Plank, 'Het fysieke criterium van art. 3:4 lid 2 BW en onevenredig hoge kosten en/of moeite van afscheiding', *FIP* 2021/171, p. 15 e.v.
5. HR 13 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1785, *NJ* 2021/86 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Zalco II*).
6. HR 15 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0412, *NJ* 1993/316, m.nt. W.M. Kleijn (*Dépex/ Curatoren Bergel*).
7. A. Steneker, annotatie bij HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2876, *JOR* 2018/58 (*Staatssecretaris van Financiën/X*).
8. Het woord duurzaam is door de wetgever opgenomen om te verduidelijken dat niet alleen objecten die gemakkelijk te verplaatsen zijn roerend blijven, maar ook 'bouwsels die bestemd zijn om na tijdelijk gebruik ter plaatse weer

te worden verwijderd'. Vgl. *MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 5*, p. 123.

9. 31 oktober 1997, *NJ* 1998/97, AA 1998, p. 101 e.v., m.nt. S.C.J.J. Kortmann, ECLI:NL:HR:1997:ZC2478 (*Portacabin*) met het zogenaamde 'bestemmingscriterium'.

10. HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO3644, *BNB* 2011/83, m.nt. J.C. van Straaten (*Havenkranen*).

11. HR 15 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9136, *BNB* 2010/80, m.nt. J.C. van Straaten (*Woonark*). Vgl. verder recent Hof Arnhem-Leeuwarden 9 januari 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:171.

12. Zie voetnoot 3. Aangezien in de jurisprudentie vaak wordt beoordeeld of een object bestanddeel is van een *gebouw* (en niet de grond als hoofdzaak) ga ik in het vervolg van dit artikel verder met gebruik van deze terminologie. Overigens wordt door Van Vliet terecht opgemerkt dat het woord 'grond' een feitelijke omschrijving is en deze grond juridisch gezien de *onroerende zaak* betreft, zie L.P.W. van Vliet, 'Natrekking door onroerende zaken', *MvV* 2017/1, p. 24.

van de werking van artikel 5:20 lid 1 sub e BW ten aanzien van de indirecte vereniging met de grond onwenselijk en zelfs niet in overeenstemming met de ratio van natrekking.¹³ De tweewegenleer heeft namelijk tot gevolg dat de *Portacabin*-leer in gevallen van indirecte vereniging de restrictieve koers van het *Dépex/Curatoren Bergel*-arrest doorkruist.¹⁴ Door onder meer Van der Plank en Witting wordt betoogd dat de werking van artikel 5:20 lid 1 sub e BW exclusief voorbehouden zou moeten zijn aan het geval dat een werk in 'direct' contact is met de grond. Als het grondcontact daarentegen indirect is, zou artikel 3:4 BW jo. 5:3 BW exclusief van toepassing moeten zijn. De tweewegenleer is door de Hoge Raad evenwel duidelijk erkend in verschillende arresten.¹⁵ Anders, en meer in lijn met deze jurisprudentie van de Hoge Raad, meent Steneker dat als een werk geen bestanddeel is van het gebouw, het over het algemeen een zelfstandige roerende zaak betreft. Indirecte natrekking komt volgens hem in beeld wanneer een werk ook *direct* door de grond zou worden nagetrokken. Zo bezien is er volgens Steneker sprake van zaakseenheid, aangezien de grond het gebouw én een eventueel aangebracht werk op het dak (dat geen bestanddeel is van het gebouw) natrekt, op dezelfde wijze dat de grondeigendom ook een gebouw en een vrijstaande schuur kan omvatten zonder dat deze bestanddeel zijn van elkaar.¹⁶

2. Doorbreken van de natrekking: opstalrecht

De hiervoor besproken eenheid van eigendom tussen grond en opstal kan worden gescheiden met het vestigen van een opstalrecht. Het recht van opstal is een zakelijk recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen (artikel 5:101 lid 1 BW). Het vestigen van een opstalrecht doorbreekt de natrekkingsregel van artikel 5:20 lid 1 sub e BW waaruit volgt dat de eigenaar van de grond in beginsel ook eigenaar is van de daarop duurzaam verenigde opstallen. De opstaller verkrijgt bij vesti-

ging van een opstalrecht aldus een goederenrechtelijk recht dat rust op een onroerende zaak (de grond). De grond blijft eigendom van de opstalgever, maar bepaalde gebouwen, werken of beplantingen kan de opstaller in "eigendom hebben of verkrijgen". In de literatuur bestaat enige discussie over wat precies onder het begrip 'werk' uit artikel 5:101 BW mag worden gerekend. Door sommige auteurs wordt betoogd dat 3:4 BW-bestanddelen van een onroerende zaak als werk kunnen worden aangemerkt, die met een opstalrecht kunnen worden verzelfstandigd.¹⁷ Wel is duidelijk dat een object dat voldoende zelfstandigheid bezit ten opzichte van de ondergrond of het gebouw waarop of -in het object zich bevindt, maar niet als een gebouw of als beplanting kan worden aangemerkt, valt onder de definitie van het begrip 'werk'.¹⁸ Bij zonnepanelen op een dak, welke geen bestanddeel zijn van het gebouw, is zonder meer sprake van een werk waarvoor een opstalrecht kan worden gevestigd.¹⁹

Een opstalrecht kan gevestigd worden voor toekomstige opstallen die op het moment van de vestiging (nog) niet zijn aangebracht.²⁰ Uit de tekst van artikel 5:101 BW volgt namelijk dat een opstaller via het opstalrecht ook de eigendom van aan te brengen opstallen kan *verkrijgen*. Het afzonderlijk eigendomsrecht op iedere opstal dat met de vestiging van het opstalrecht ontstaat, moet beschouwd worden als een nieuw eigendomsrecht dat in de kwaliteit van opstaller wordt verkregen.²¹ Naar gelang van hetgeen is bepaald in de akte van vestiging kan de opstaller eigenaar zijn of worden van *alle* gebouwen en werken op, in of boven de met het opstalrecht bezwaarde onroerende zaak, of slechts van *bepaalde* opstallen.²² Het opstalrecht kan dus met het oog op een *concrete situatie* zijn verleend (het bouwen van een transformatorhuis), maar ook *abstract* (alle aan te brengen werken op een stuk grond).²³ Indien partijen in de akte van vestiging overeenkomen dat de natrekking van artikel 5:20 lid 1 sub e BW alleen voor specifieke opstallen wordt doorbroken, blijven eventuele andere opstallen in of op de onroerende zaak

13. T. van der Linden, 'Natrekking moet worden begrepen als een noodzakelijk kwaad', *NTBR* 2020/16, afl. 5, p.108-118.
14. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze tweewegenleer: P.J. van der Plank & M.E. Witting, 'Bestanddeelvorming op grond van art. 3:3 BW of onroerend in de zin van art. 3:4 BW?', *NTBR* 2014/17.
15. HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5469 (*Grondreinigingsinstallatie*); HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO3644 (*het tweede Mobiele Havenkraan-arrest*); HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0813 (WKK); en HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2876 (*Staatssecretaris van Financiën/X*).
16. Asser Procesrecht/Steneker 5 2019/100; A. Steneker, annotatie bij HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2876, *JOR* 2018/58 (*Staatssecretaris van Financiën/X*).
17. Auteurs die menen dat een opstalrecht voor een bestanddeel gevestigd kan worden: P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (O&R nr. 94) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 42-53; S.E. Bartels annotatie bij HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:12, *JOR* 2018/114 (*Chemours/Stedin*); Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/248c. Anders: E.C.M. Wolfert, 'Bestanddeel of zaak? Over het onderscheid en de samenhang tussen art. 3:4

- en 5:20 BW', *WPNR* 2003/6523, p. 191-197; F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 61-62.
18. Zie F.J. Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:101 BW, aant. 1.9; H.D. Ploeger & H. Bounjouw, *Erfpacht en opstal* (Monografieën. BW nr. B28), Deventer: Wolters Kluwer 2019/63.
19. Vgl. A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2018, p. 63; A. Steneker, annotatie bij HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2876, *JOR* 2018/58 (*Staatssecretaris van Financiën/X*).
20. MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 5*, p. 359. H.D. Ploeger & H. Bounjouw, *Erfpacht en opstal* (Monografieën. BW nr. B28), Deventer: Wolters Kluwer 2019/63 en 67; Zie nog HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:12, *NJ* 2018/421 (*Chemours/Stedin*).
21. Zie H.D. Ploeger & H. Bounjouw, *Erfpacht en opstal* (Monografieën. BW nr. B28), Deventer: Wolters Kluwer 2019/67.
22. Zie MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 5*, p. 359; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/248c.
23. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Wolter Kluwer 2019/672; H.D. Ploeger & H. Bounjouw, *Erfpacht en opstal* (Monografieën. BW nr. B28), Deventer: Wolters Kluwer 2019/63.

eigendom van de grondeigenaar. Overigens blijven ook tijdens de duur van het opstalrecht de gebouwen en werken welke het opstalrecht omvat onroerend, nu artikel 3:3 BW onverminderd van toepassing blijft.

3. Bespreking arrest hof

Terug naar het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden. Onderdeel van het geschil is de eigendomsvraag van de zonnepanelen van Y die zijn geplaatst op het dak van het gebouw van X. X beschikt "over een opstalrecht op het gebouw [...] alsmede over een erfpachtsrecht op de ondergrond."²⁴ X meent door natrekking eigenaar te zijn geworden van de zonnepanelen. In lijn met de hiervoor omschreven tweewegenleer onderzoek het hof of de zonnepanelen bestanddeel zijn geworden van het gebouw (artikel 3:4 BW jo. artikel 5:3 BW), dan wel of X eigenaar is geworden van de zonnepanelen als gevolg van indirecte vereniging met de grond (artikel 3:3 BW jo. artikel 5:20 lid 1 sub e BW).

Het hof oordeelt dat de zonnepanelen geen bestanddeel zijn van het gebouw op grond van artikel 3:4 lid 2 BW omdat "het om klikpanelen gaat die betrekkelijk eenvoudig weer van de op het dak geplaatste frame verwijderd kunnen worden, zonder dat de panelen of het frame of het dak noemenswaardig worden beschadigd." De zonnepanelen zijn aangebracht middels een frame dat is gemonteerd in het dak van het gebouw van X. Daarover geeft het hof ten overvloede nog aan dat de bestanddeelvraag ten aanzien van het frame anders had kunnen uitvallen, maar door de klagende partij niet is gesteld of aangetoond dat dit frame niet zonder beschadiging van het dak kan worden verwijderd.²⁵ Daarnaast zijn de zonnepanelen volgens het hof ook geen bestanddeel op grond van de verkeersopvattingen (artikel 3:4 lid 1 BW). De zonnepanelen dienen niet voor het opwekken van stroom ten behoeve van het gebouw waarop ze zijn bevestigd, maar wekken stroom op ten behoeve van de markt. Een dergelijk zonnepanelensysteem is daarmee volgens het hof "naar huidige opvatting geen bestanddeel van het gebouw waarop het is geplaatst." Dat zou anders kunnen zijn wanneer het zonnepanelensysteem (mede) bedoeld is om de het gebouw zelf van stroom te voorzien en bijvoorbeeld ook medebepalend is voor het toegekende energielabel.²⁶ Uitgangspunt is dat de zonnepanelen in kwestie geen bestanddeel zijn van het gebouw.

In rechtsoverweging 6.6 oordeelt het hof over de vraag of de opstaller de eigendom van de zonnepanelen kan verkrijgen als gevolg van de indirecte vereniging van het werk met de grond. Het hof geeft

aan dat de opstaller geen eigenaar is van de ondergrond onder haar gebouw, doordat de band tussen ondergrond en gebouw juridisch is gescheiden door het opstalrecht van artikel 5:101 BW. Het hof lijkt vervolgens te suggereren dat doordat het opstalrecht de eenheid tussen de grond en opstal heeft doorbroken, een opstaller geen eigenaar meer zal worden van zaken die indirect zijn verenigd zijn met de grond.

"Artikel 5:20 lid 1 onder e BW in samenhang met artikel 3:3 lid 2 BW (ook wel aangeduid als de indirecte vereniging) leidt hierbij evenmin tot een ander resultaat. [X/De opstaller] is geen eigenaar van de ondergrond onder haar gebouw. De band tussen ondergrond en gebouw is juridisch gescheiden door het opstalrecht".²⁷

In bovenstaande redenering start het hof met de werking van artikel 5:101 BW, namelijk dat het opstalrecht de eenheid van eigendom tussen de grond en opstal heeft doorbroken, waardoor opstaller X eigenaar is van het gebouw maar niet van de ondergrond. Vervolgens sorteert de natrekkingsregel van artikel 5:20 BW geen gevolgen voor de opstaller, geteeld op het feit deze natrekkingsregel handelt over de elementen die tot de eigendom van de ondergrond behoren (en die band tussen de ondergrond en het gebouw is nu juist juridisch gescheiden). Het hof geeft verder geen inhoudelijke beoordeling óf in dit geval sprake was van natrekking door indirecte vereniging. Ondanks het niet mogelijk is dat op grond van artikel 5:20 lid 1 sub e BW de zonnepanelen door natrekking onderdeel van het eigendomsrecht van de opstaller zijn, zou het wél mogelijk zijn dat de natrekking door de grondeigendom op diens beurt door een gevestigd opstalrecht wordt doorbroken. De werking van het opstalrecht van X (de doorbreking van de natrekking) kan immers ook later aangebrachte werken zoals de zonnepanelen omvatten.

Zoals onder 2 omschreven geeft een opstalrecht namelijk het recht om een of meerdere opstallen 'in eigendom te hebben of te verkrijgen'. Indien de omschrijving van het opstalrecht in de vestigingsakte hiervoor ruimte biedt, kan het zo zijn dat het opstalrecht een later aangebracht werk (dat geen 3:4-bestanddeel van het gebouw) of een separaat gestichte opstal op het registergoed waarop het opstalrecht is gevestigd omvat.²⁸ Ook voor dergelijke (in)direct duurzaam met de grond verenigd werken die gedurende het bestaan van het opstalrecht zijn aangebracht wordt de natrekking van artikel 5:20 lid 1 sub e BW doorbroken, zolang het in de vestigingsakte omschreven opstalrecht dergelijke werken maar omvat. Voor deze nieuw aangebrachte of gebouwde opstallen vindt eigendomsverkrijging plaats door de opstaller in diens kwaliteit van opstaller en – voor de duidelijkheid – niet op grond van natrekking.²⁹

24. R.o. 3.3.
25. R.o. 6.3
26. R.o. 6.4.
27. R.o. 6.6.
28. Zie Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/248c en de verwijzing naar de literatuur aldaar voor de discussie of zogenoemde 3:4-bestanddelen door middel van een opstal-

recht goederenrechtelijk kunnen worden verzelfstandigd. Deze discussie speelt hier minder nu het hof voorafgaand aan deze rechtsoverweging reeds had geoordeeld dat de zonnepanelen geen bestanddeel van het gebouw zijn.
29. Strikt genomen is bij natrekking geen sprake van 'eigendomsverkrijging' door de eigenaar van de hoofdzaak, om-

Om te beoordelen of in dit soort situaties sprake kan zijn van eigendomsverkrijging door een opstaller, zal men – aangenomen dat het geen 3:4-bestanddeel betreft³⁰ – eerst moeten oordelen of het aangebrachte werk kan worden gekwalificeerd als onroerend doordat deze *duurzaam* met de grond is *verenigd*, eventueel door vereniging met andere gebouwen of werken (artikel 3:3 lid 1 BW). Indien van dergelijke duurzame (in)directe vereniging met de grond sprake is, zal het werk ex. artikel 5:20 lid 1 sub e BW behoren tot de eigendom van de grond, 'voor zover de wet niet anders bepaalt'. De wet bepaalt anders in artikel 5:101 BW, waaruit volgt dat de opstaller werken en gebouwen in, op of boven een onroerende zaak in eigendom kan hebben of verkrijgen met een opstalrecht. Om te bepalen voor welke opstallen de goederenrechtelijke eenheid van de grond met de daarop aangebrachte opstallen vervolgens wordt doorbroken, is uitleg van de werking van het opstalrecht nodig. Uit de vestigingsakte kan volgen dat het op het registergoed gevestigde opstalrecht slechts voor een

of meerdere *specifieke* opstallen de natrekking doorbreekt. Later aangebrachte werken zullen dan volgens de hoofdregel van artikel 5:20 lid 1 sub e onderdeel vormen van het eigendom van de grondeigenaar. Daarentegen is ook mogelijk dat de werking van het opstalrecht zo kan worden uitgelegd dat de natrekking ten aanzien van alle aan te brengen werken op een onroerende zaak doorbroken wordt. In dat geval zullen ook deze later aangebrachte werken, zoals zonnepanelen die geen bestanddeel van het gebouw zijn, in eigendom worden verkregen door de opstaller.³¹ Kortom zal men bij samenloop van natrekkingsvragen en een gevestigd opstalrecht oog moeten houden voor de gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek. Het hof had een begrijpelijker oordeel kunnen geven door niet te volstaan met de enkele constatering dat een opstalrecht de band tussen ondergrond en opstal scheidt, maar had moeten oordelen of het opstalrecht van X ook de zonnepanelen aangebracht op de onroerende zaak (grond inclusief gebouw) omvat.

dat de eigendom van de hoofdzaak het bestanddeel omvat en er juist geen eigendomsrecht wordt verkregen. De goederenrechtelijke identiteit van het bestanddeel is opgegaan in de hoofdzaak. Vgl. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/66. Voor het opstalrecht is in de wet bepaald dat door vestiging van het recht men gebouwen, werken of beplantingen in eigendom kan 'hebben of verkrijgen'. Wanneer er op een perceel land voor meerdere losstaande gebouwen een opstalrecht wordt gevestigd zal

dogmatisch gezien voor elk geïndividualiseerd werk een afzonderlijk eigendomsrecht op de opstal worden verkregen, dat met de vestiging van het opstalrecht ontstaat, vgl. H.D. Ploeger & H. Bounjouh, *Erfpacht en opstal* (Monografieën. BW nr. B28), Deventer: Wolters Kluwer 2019/67.

30. Zie voetnoot 29.

31. Vgl. H.D. Ploeger & H. Bounjouh, *Erfpacht en opstal* (Monografieën. BW nr. B28), Deventer: Wolters Kluwer 2019/67.

Jurisprudentieoverzicht

Sophie Brandse en Floris Brandse¹

Dient erfpachtcanon die tijdens faillissement verschuldigd wordt beschouwd te worden als een boedelschuld (art. 37Fw en 5:85 lid 2, 5:92 lid 2 en 5:87 leden 2 en 3 BW)?

Hoge Raad 19 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:56

Partij A (erfpachtgever) is eigenaar van een terrein en heeft dat in erfpacht uitgegeven aan partij B (erfpachter). Erfpachter gebruikt het terrein voor de verwerking van oliehoudend afval. Wanneer erfpachter in staat van faillissement wordt verklaard heeft hij een betalingsachterstand bij erfpachtgever. Na het uitspreken van het faillissement is de erfpachtrelatie in stand gebleven en is de betalingsachterstand verder opgelopen. Erfpachtgever en de curator van erfpachter worden het niet eens over de betaling van de uitstaande erfpachtcanon. De rechtbank heeft in eerste aanleg de vorderingen van erfpachtgever afgewezen. In hoger beroep vordert erfpachtgever onder meer een verklaring voor recht dat de canon die na het uitspreken van het faillissement verschuldigd is geworden kwalificeert als een boedelschuld.

Uit het arrest Koot Beheer/Tideman (ECLI:NL:HR:2013:BY6108) volgt dat schulden slechts boedelschulden zijn indien (i) dat volgt uit de wet, (ii) deze door de curator in die hoedanigheid zijn aangegaan, of (iii) deze een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. Op basis van deze criteria komt het hof tot het oordeel dat de erfpachtcanon geen boedelschuld vormt. Het Hof onderbouwt dit oordeel door te stellen dat, anders dan voor huur en pacht waarvoor in artikel 39 Faillissementswet is bepaald dat deze vanaf de dag van faillietverklaring boedelschulden zijn, voor erfpachtcanon niet een wettelijke bepaling bestaat waaruit volgt dat deze een boedelschuld is. Ook de totstandkomingsgeschiedenis van de wetbepalingen biedt hier geen aanknopingspunten voor. Voorts stelt het Hof dat van een boedelschuld die door de curator in zijn hoedanigheid is aangegaan slechts sprake is als hij die schuld op zich neemt bij een rechtshandeling, doordat zijn wil daarop is gericht. Daarvan is hier geen sprake. De curator is niet de erfpacht aangegaan en kon deze ook niet beëindigen. Tot slot stelt het hof dat de verplichting tot het betalen van de erfpachtcanon rust op de gefailleerde, niet op de curator, zodat de schuld niet het gevolg is van een handelen van de curator in strijd met een op hem rustende verplichting.

In cassatie betoogt erfpachtgever dat een canonbetalingsverplichting die in de erfpachtakte is opgeno-

men als een goederenrechtelijke verplichting moet worden behandeld. De canonbetalingsverplichting zou daardoor kunnen worden afgedwongen buiten de samenloop van concurrente schuldeisers om, als een verplichting die op de curator in hoedanigheid rust. De Hoge Raad gaat hier niet in mee en stelt dat de verplichting tot betaling van erfpachtcanon in het stelsel van het BW geen goederenrechtelijke verplichting is, maar een kwalitatieve verbintenis die rust op de erfpachter. Voor de verplichting tot betaling van erfpachtcanon is een regeling getroffen in artikel 5:85 lid 2, 5:92 lid 2 en 5:87 leden 2 en 3 BW. Voor erfpachtcanon is geen met artikel 39 faillissementswet vergelijkbare regeling getroffen. De verplichting tot betaling van erfpachtcanon voor zover deze verschuldigd is geworden tijdens het faillissement van de erfpachter is dan geen boedelschuld.

Kwalificeert enkel glas in een huurwoning als een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW?

Rechtbank Amsterdam 2 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:619

In 2016 sluiten partij A (huurder) en partij B (verhuurder) een huurovereenkomst voor de huur van een monumentale huurwoning uit 1665 in Amsterdam. Per brief van 24 februari 2023 stelt huurder dat de ramen van enkel glas in de huurwoning een gebrek in de zin van artikel 7:204 lid 2 BW vormen. Huurder eist dat verhuurder de ramen van enkel glas vervangt door isolatieglas. Verhuurder verweert zich op de grond dat de huurwoning een oud monumentaal pand betreft, waarvan een mindere isolatiekwaliteit mag worden verwacht, en betwist genotsbeperking. Verhuurder stelt dat het verzoek van huurder kwalificeert als woningverbetering in plaats van herstel van een gebrek.

De rechtbank oordeelt dat enkel glas als gebrek in de zin van artikel 7:204 lid 2 kan worden beschouwd. Ter ondersteuning van haar conclusie wijst de rechtbank op maatschappelijke ontwikkelingen, zoals het breed gedragen maatschappelijke besef van de noodzaak voor het treffen van energiebesparende maatregelen. Daarnaast verwijst de rechtbank naar het voorstel voor de Wet Betaalbare Huur met aanpassing van het woningwaarderingsstelsel, waarbij energielabels E, F en G aftrekpunten gaan krijgen. De rechtbank verplicht verhuurder om het enkel glas te vervangen door isolatieglas.

1. Sophie Brandse is als advocaat verbonden aan Loyens & Loeff; Floris Brandse is als commercial manager verbonden aan EDGE Technologies.

Zijn klikzonnepanelen op het dak van een gebouw aan te merken als bestanddeel van dat gebouw (art. 3:4 lid 1/2 BW)?

Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:1599

Partij A is eigenaar van een bedrijfsgebouw. Rond de jaarwisseling van 2018/2019 heeft partij B op het dak van dit bedrijfsgebouw zonnepanelen geplaatst. De zonnepanelen dienen voor het opwekken van stroom ten behoeve van de markt en dus niet als stroomvoorziening voor het bedrijfsgebouw. Partij B heeft gebruik gemaakt van een systeem met een op het dak gemonteerd frame waarop de zonnepanelen zijn geklikt. Tussen partij A en partij B ontstaat een geschil met betrekking tot de eigendom van de zonnepanelen. Partij A meent dat zij door natrekking eigenaar is geworden van de zonnepanelen die liggen op dak van haar bedrijfsgebouw terwijl partij B van mening is dat de zonnepanelen roerend zijn en aldus tot partij B zijn blijven toebehoren.

De rechtbank verwerpt de stelling van partij A dat in de gegeven omstandigheden sprake is van natrekking en komt op die voet tot het oordeel dat de zonnepanelen roerend zijn en daarmee eigendom zijn gebleven van partij B.

In navolging van de rechtbank is ook het hof van mening dat de zonnepanelen roerend zijn en toebehoren aan partij B. Van bestanddeelvorming op grond van artikel 3:4 lid 2 BW is volgens het hof geen sprake nu de zonnepanelen zogenaamde 'klikpanelen' betreffen die betrekkelijk eenvoudig van het op het dak gemonteerde frame kunnen worden verwijderd zonder noemenswaardige schade aan het dak of het frame. Het hof merkt hierbij nog op dat dit voor het frame zelf mogelijk anders ligt, echter partij A heeft in dat kader niets gesteld noch aangetoond. Volgens het hof is óók geen sprake van bestanddeelvorming op basis van verkeersopvattingen zoals bedoeld in artikel 3:4 lid 1. Immers dienen de zonnepanelen niet (mede) voor stroomvoorziening ten behoeve van het bedrijfsgebouw, maar gaat het om zonnepanelen die dienstig zijn voor het opwekken van stroom voor de markt – daarmee zijn de zonnepanelen naar verkeersopvatting geen bestanddeel van het gebouw waarop de zonnepanelen zijn geplaatst. Dit zou volgens het hof in beginsel anders zijn indien zonnepanelen die zijn geplaatst op een gebouw – zoals een woning – het betreffende gebouw (mede) voorzien van stroom en wanneer de zonnepanelen ook medebepalend zijn voor het toegekende energielabel. Ten slotte merkt het hof nog op dat de zonnepanelen óók geen bestanddeel zijn van het frame waarin de zonnepanelen zijn geklikt, om de eenvoudige reden dat

de zonnepanelen en het frame van elkaar kunnen worden gescheiden en zowel het frame als de zonnepanelen standaardproducten zijn. Het hof verwerpt het beroep van partij A en concludeert dat partij B eigenaar is van de roerende zonnepanelen.

Gelden het schriftelijkheidsvereiste en de driedaagse bedenktijd ook bij de aankoop van een bouwka­vel (art. 7:2 lid 1 BW)?

Hoge Raad 15 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1755

In augustus 2021 biedt partij A (verkoper) een perceel bouwgrond te koop aan op Funda dat (mede) bestemd is voor de bouw van een woning. Partij B (koper) bezichtigt het perceel en brengt dezelfde dag per e-mail een bod uit van EUR 550.000. De verkoper aanvaardt het bod en de koper krijgt een concept koopovereenkomst toegestuurd. Vervolgens deelt de koper mee dat hij toch afziet van de koop. Uiteindelijk wordt het perceel in maart 2022 aan een derde verkocht voor EUR 465.000.

Bij de rechtbank vordert verkoper onder meer veroordeling van de koper tot betaling van EUR 85.000, zijnde het verschil tussen zijn bieding en de uiteindelijke koopsom. Volgens de verkoper was tussen partijen een koopovereenkomst tot stand gekomen en is artikel 7:2 lid 1 BW (drie daagse bedenktijd) daarop niet van toepassing omdat er geen woning op het perceel staat. Bij tussenvonnis stelt de rechtbank de volgende prejudiciële vraag gesteld aan de Hoge Raad:

"Is een perceel grond met de bestemming wonen (Wet ruimtelijke ordening) een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan in de zin van art. 7:2 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek? En zo ja, onder welke voorwaarden of omstandigheden?"

De Hoge Raad overweegt in zijn uitspraak dat voor het bepalen of sprake is van "een tot bewoning bestemde onroerende zaak" als bedoeld in artikel 7:2 BW, beslissend is of de verkoper zich tegenover de koper heeft verplicht om een woning te leveren. Als de verkoper zich daartoe heeft verplicht zijn het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd van toepassing. Heeft de verkoper zich tegenover de koper alleen verplicht tot het leveren van een perceel grond (zonder woning), dan zijn het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd niet van toepassing. De Hoge Raad verduidelijkt dat dit eveneens het geval is als (i) dat perceel de publiekrechtelijke bestemming 'wonen' heeft, (ii) het perceel als bouwka­vel is verkocht of (iii) de verkoper weet dat de koper het voornemen heeft om op het perceel een woning te (laten) bouwen.

