

Naar een meer positief stelsel van grondboekhouding?

Naar een meer positief stelsel van grondboekhouding?

Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht

Prof.mr. J. de Jong

Hoogleraar onroerendgoedrecht Technische Universiteit Delft

Mr.dr. H.D. Ploeger

Universitair docent onroerendgoedrecht Technische Universiteit Delft

Prof.mr. A.A. van Velten

Notaris te Amsterdam en bijzonder hoogleraar onroerendgoedrecht Vrije Universiteit

Mr.dr.ir. J.A. Zevenbergen

Universitair docent geo-informatie en grondbeleid Technische Universiteit Delft

KLUWER 

2003

Grafische vormgeving
Bert Arts BNO

ISBN 90 1300 396 6
NUR 822-203

© 2003 J. de Jong, H.D. Ploeger, A.A. van Velten, J.A. Zevenbergen
Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Inhoud

| | |
|---|----|
| Inleiding <i>mr.dr.ir. J.A. Zevenbergen en prof.mr. J. de Jong</i> | 1 |
| Bescherming bij overdracht van onroerende zaken <i>prof.mr. A.A. van Velten</i> | 11 |
| Het Oostenrijkse stelsel van grondboekhouding; enkele lessen <i>mr.dr.ir. J.A. Zevenbergen</i> | 49 |
| Grond en grenzen; erven en percelen <i>mr.dr. H.D. Ploeger</i> | 65 |
| Samenvatting en aanbevelingen <i>prof.mr. J. de Jong</i> | 85 |

1 Inleiding

*mr.dr.ir. J.A. Zevenbergen
en prof.mr. J. de Jong*

1.1 Vooraf

Dat het nadenken over ons stelsel van grondboekhouding een lange traditie heeft zal niemand verbazen. Wellicht is het meer verbazingwekkend dat daarbij de onderwerpen van de discussie tamelijk stabiel zijn, ondanks de enorme ontwikkelingen in de economie, de omvang van het rechtsverkeer in onroerende goederen, het belang van hypothecaire leningen, de ontwikkelingen in het recht (zowel het burgerlijk als het bestuursrecht) en de ontwikkelingen in de technologie, zowel van het landmeten als de informatie- en telecommunicatietechnologie.

Zeer interessant zijn bijvoorbeeld de preadviezen voor de Nederlandsche Juristen-vereeniging uit 1893 naar aanleiding van de vraag ‘Is herziening wenschelijk van het stelsel onzer wet omtrent eigendom van den grond in de richting van het Grondboek- of het Torrens-stelsel, of in anderen geest?’ Ook toen ging het niet alleen om het al dan niet (meer) positief maken van ons stelsel van grondboekhouding, maar ook om de rol die het kadaster (m.n. de kadastrale grens) daarbij te vervullen had en om de daarvoor noodzakelijk verbetering van het kadaster die daarvoor toentertijd nodig werd geacht.¹

Dat deze discussie niet alleen historische waarde heeft blijkt uit het intensieve en voortgaande internationale debat dat vooral ook naar aan-

1 Zie hierover onder de titel ‘Het kadaster in de Nederlandsche Juristen-vereeniging’ de landmeter-jurist I. Boer Hz. in Tijdschrift voor Kadaster en Landmeetkunde, 1893 (IX), 4e en 5e aflevering.

leiding van de opzet van nieuwe grondboekhoudingen in Centraal en Oost-Europa en ontwikkelingslanden wordt gevoerd.²

1.2 Beginselen van Grondboekhoudingen

De rol die een stelsel van grondboekhouding bij het vereenvoudigen en veiliger maken van de overdracht van onroerende goederen heeft te vervullen, wordt wel door een viertal beginselen weergegeven:

- specialiteitsbeginsel;
- boekingsbeginsel;
- instemmingsbeginsel;
- publiciteitsbeginsel.³

Deze beginselen worden hieronder kort uiteengezet.

Kurandt ziet deze beginselen als basis van het Duitse stelsel van grondboekhouding (*Grundbuch*; een vorm van een zgn. *registration of title*), terwijl Henssen ze als de vier juridische basisbeginselen van alle soorten grondboekhoudingen ziet (hij plaats daarbij het specialiteitsbeginsel aan het einde). Henssen beschrijft de beginselen als volgt:⁴

Het boekingsbeginsel impliceert dat een verandering in een zakelijk recht ten aanzien van een onroerend zaak, vooral bij overdracht, niet juridisch geëffectueerd wordt totdat de verandering of het beoogde recht is geboekt of geregistreerd in de grondboekhouding.

Het instemmingsbeginsel impliceert dat de daadwerkelijk bevoegde persoon die als zodanig in de grondboekhouding is vermeld zijn uitdrukkelijke instemming moet geven voor een verandering van de boeking in de grondboekhouding.

2 Zie o.a. S. Rowton Simpson, *Land Law and Registration* (book 1), 1976, London: Surveyors Publications; Walter Böhringer, *Comparison of the Land Registry System in Central Europe with Other Forms of Property Law: Introduction to the Basic Features of Central European Land Registry Law and Apartment Ownership*, in: *Notarius International*, 1997/2, blz. 166-177; en J.A. Zevenbergen, *Systems of Land Registration – Aspects and Effects*, diss. Delft 2002 (Delft: Nederlandse Commissie voor Geodesie).

3 Zowel te vinden bij F. Kurandt, *Grundbuch und Liegenschaftskataster*, Sammlung Wichmann, Band 18, 1957, Berlin: Herbert Wichmann Verlag, blz. 17-18 (in het Duits), als bij Jo Henssen, *Basic principles of the main cadastral systems in the world*, in: *Modern Cadastres and Cadastral Innovations, Proceedings of the One Day Seminar in Delft on May 16, 1995*, FIG Commission 7 and University of Melbourne, blz. 5-12, m.n. blz. 7 (in het Engels).

4 Henssen, a.w., blz. 7.

Het publiciteitsbeginsel impliceert dat de juridische registers voor openbare inzage openstaan,⁵ en dat de gepubliceerde feiten als min of meer correct kunnen worden gehanteerd door derden te goeder trouw, in ieder geval zodanig dat deze door de wet in meer of mindere mate worden beschermd. Wat betreft de openbare inzage, hanteren verschillende landen systemen die uiteenlopen van grondboekhoudingen waarin inzage kan worden genomen door eenieder, door iedereen met een juridisch erkend belang, of uitsluitend door de eigenaar of iemand aan wie deze toestemming heeft gegeven.

Het specialiteitsbeginsel impliceert dat in de grondboekhouding, en dientengevolge in de stukken die ter registratie worden aangeboden, het betreffende subject (persoon) en object (onroerende zaak) ondubbelzinnig moeten zijn geïdentificeerd.

Juist dit laatste beginsel speelt bij onroerende zaken een grote rol.⁶

1.3 De openbare registers en toegangen daartoe

Bij het Nederlandse stelsel van grondboekhouding denken de meeste juristen, zeker civilisten, als eerste en vaak uitsluitend, aan de openbare registers ex afdeling 3.1.2 BW, die onder het oude BW ook wel als de openbare registers ten hypotheekkantore werden aangeduid (art. 671 BW (oud) sprak van openbare registers, terwijl art. 1265 BW (oud) van hypotheekbewaarder sprak). Daarbij dient men zich goed voor ogen te houden dat deze openbare registers niet meer en niet minder zijn dan een, per vestiging, *chronologisch* geordende (en genummerde) bundeling van afschriften van notariële akten en enkele andere stukken. Deze openbare registers worden bewaard door de Dienst voor het kadaster en de openbare registers (vgl. Kadasterwet en Organisatiewet Kadaster), die op dit moment vijftien vestigingen telt. De afschriften van genoemde akten zijn door de notaris op door de Dienst verstrekte formulieren geplaatst, en worden in de praktijk op microfilm bewaard. Het wetsvoorstel om de afschriften in de toekomst digitaal bij de Dienst aan te leveren, en het daarmee door de Dienst gaan houden van één digitaal openbaar register voor heel Nederland, is momenteel bij het parlement

5 Zie ook Asser-Mijnssen-de Haan 2001, blz. 281: 'Het beginsel dat rechten op goederen kunnen worden tegengeworpen aan iedereen vereist dat deze rechten voor derden kenbaar zijn. Voor registergoederen wordt dit bewerkstelligd door een stelsel van inschrijving in de openbare registers.'

6 In gelijke zin Asser-Mijnssen-De Haan 2001, blz. 227 e.v.

aanhangig (*Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 443, nrs. 1-3, Herzieningswet Kadasterwet I).⁷

Het centraal stellen van zo'n 'aktenverzameling' is ook precies waar het in ons land vigerende grondboekhoudigstype *registration of deeds*⁸ zijn naam aan ontleend.

Het zal duidelijk zijn dat zulke registers op zichzelf vrijwel uitsluitend gebruikt kunnen worden om stukken waarvan men het bestaan af weet te controleren, en eventueel vanuit zo'n bekend stuk in het verleden terug te zoeken.

Zelfs in zijn meest elementaire uitvoering wordt zo'n 'aktenverzameling' ondersteund door één of meer hulpregisters (meestal indexen genoemd). Het kan gaan om een op beginletter van vervreemder en/of verkrijger geordende lijst van transacties, met telkens een verwijzing naar het bijbehorende stuk. Ook kan per persoon een overzicht worden gegeven van alle stukken waarin zijn naam voorkomt (en indirect dus van alle onroerende zaken waarop hij rechten heeft) binnen een bepaald gebied (meestal per gemeente). Wanneer de onroerende zaken middels een uniek nummeringssysteem zijn geïdentificeerd kan ook per nummer (zaak) naar bijbehorende stukken (en personen) worden verwezen.⁹

In Nederland zijn dit soort hulpregisters (indexen) al snel vervlochten geraakt met de registers waaruit de kadastrale registratie bestond, waarbij de 'kadastrale legger' (per persoon een bladzijde waarop alle onroerende zaken waarop iemand zakelijke rechten bezat binnen een kadastrale gemeente werden opgesomd) waarschijnlijk als kern gezien moest worden.

In de jaren tachtig van de 20e eeuw is men deze kadastrale administratie gaan automatiseren door middel van het project Automatisering van de Kadastrale Registratie (AKR). De *kadastrale registratie* (zoals deze sinds 1992 ook in de Kadasterwet wordt genoemd) wordt sindsdien uitsluitend digitaal gehouden, kan on line vanuit ieder notariskantoor, vele makelaars- en hypotheekbankkantoren en menig gemeentehuis worden geraadpleegd en is bij uitstek de ingang op de openbare registers. Deze kadastrale administratie maakte en maakt het mogelijk om op verschil-

7 Zie hierover A.A. van Velten, Het voorstel tot wijziging van de kadasterwet, WPNR 6501 (2002), blz. 595-599.

8 In tegenstelling tot het stelsel van *registration of title*, dat o.a. in Oostenrijk wordt gehanteerd.

9 Voor een beschrijving van de mogelijkheden en de ontwikkelingspaden waarlangs deze in verschillende landen gelopen zijn, zie J.A. Zevenbergen, a.w., paragraaf 2.2.

lende wijzen toegang tot die openbare registers te krijgen. Zo kan men zoeken op naam, op kadastrale aanduiding en veelal ook op adres. Daarmee krijgt men dan zowel de ‘kadastrale tenaamstelling’ te zien, als een verwijzing naar daarmee verband houdende stukken in de openbare registers. Wanneer stukken nog verwerkt moeten worden, of in de ogen van de bewaarder niet verwerkt kunnen worden, treft men de waarschuwing ‘Let op stukken’ aan.

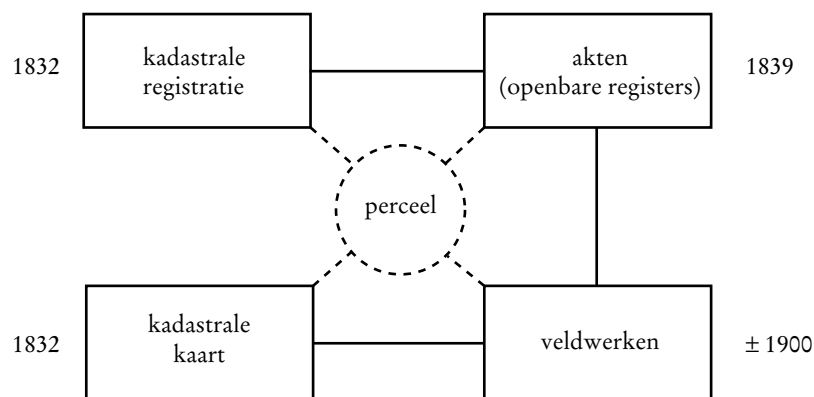
Een kadaster bestaat naast de al genoemde, beschrijvende administratie, ook uit een grafisch gedeelte: de *kadastrale kaart*. Die twee zijn aan elkaar gerelateerd door een aan elk (kadastraal) perceel gegeven uniek identificatienummer dat zowel in de kadastrale registratie als op de kadastrale kaart is vermeld. In Nederland is dat de kadastrale aanduiding, die bestaat uit de naam van de kadastrale gemeente,¹⁰ de letter van de daarbinnen onderscheiden secties en het daarbinnen toegekende perceelsnummer. Bijvoorbeeld Schipluiden, C, 891. Gebruik van deze kadastrale aanduidingen bij de overdracht van onroerende goederen en de vestiging van zekerheidsrechten daarop was in meer of mindere mate al vanaf het midden van de 19e eeuw verplicht,¹¹ en is dat sinds 1992 voor vrijwel alle in de openbare registers inschrijfbaar stukken (art. 20 lid 1 Kadasterwet (Kw)).

Op de kadastrale kaart is ons grondgebied verdeeld in percelen, die alle van zo’n aanduiding (in de praktijk vaak perceelsnummer genoemd) zijn voorzien (art. 1 lid 1 sub c Kw). Bijhouding van die kadastrale kaart vindt vooral plaats als gevolg van de overdracht van (of vestiging van een beperkt recht op) een gedeelte van een bestaande onroerende zaak. Zo veel mogelijk in aanwezigheid van partijen wordt de nieuw gevormde grens in het terrein zichtbaar gemaakt, en vervolgens opgemeten. De

10 Uitgangspunt is de naam van de burgerlijke gemeente zoals deze luidde ten tijde van de aanleg van het kadaster in de vroege 19e eeuw. Het veelvuldig wijzigen van gemeentegrenzen en samenvoegingen van gemeenten leidt sowieso tot veel werk bij de bijhouding van het kadaster, maar door geregeld de oude gemeentenaam als ‘kadastrale gemeente’ te handhaven blijft dit nog enigszins beperkt. Overigens mag een naam van een ‘kadastrale gemeente’ maar binnen één bestaande burgerlijke gemeente voorkomen. Wanneer een vroegere gemeente dus over twee of meer gemeenten verdeeld is, kan de oude naam voor het gedeelte dat in maximaal één daarvan valt gehandhaafd blijven. De andere gedeelten krijgen nog niet gebruikte sectieletters binnen die andere gemeente.

11 Het BW 1838 schreef vermelding van deze aanduiding wel voor hypotheek, maar niet voor overdrachten voor. Overigens was vermelding ervan in notariële akten op grond van de Notariswet wel te allen tijde verplicht.

kadastrale landmeters die hiermee belast zijn, spreken veelal van ‘aanwijs halen’. De landmeter maakt aantekening van het al dan niet verschenen zijn van de opgeroepen partijen, alsmede van hun mening aangaande het grensverloop. Deze aantekeningen worden tegenwoordig in de vorm van het relaas van bevindingen opgemaakt, dat samen met een schets van de situatie en verantwoording van de landmeetkundige handelingen (metingen) *het veldwerk* vormt, dat als vierde, in de wet slechts terloops genoemde, informatieverzameling bij de Dienst gehouden wordt. De informatie op het veldwerk leidt tot aanpassing van de kadastrale kaart, zodat daarop de nieuw gevormde percelen zichtbaar worden, tenzij de aangewezen grens duidelijk afwijkt van de omschrijving hiervan in de notariële akte van overdracht in welk geval niet tot ‘toepassing’ wordt overgegaan.



1.4 De informatieverzamelingen van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers

Het geheel bestaat dus uit vier samenhangende informatieverzamelingen, zoals in de figuur¹² zichtbaar is gemaakt. Als bindend element tussen alle vier geldt het perceel, dat een zo goed mogelijke representatie is van de onroerende zaak waarop de eigendom of het beperkte recht betrekking heeft (de juridische waarde van dat zo goed mogelijk komt later aan de orde). Van linksboven met de klok mee zien we verder:

12 De figuur is ontleend aan J. Polman, Developments in cadastral surveying and mapping in the Netherlands, in: Kadaster in Perspectief (Henssen-Bundel), 1991, Apeldoorn, blz. 97-108, m.n. blz. 98.

De *kadastrale registratie*, die per perceel aangeeft door wie daarop ‘volgens de bij de Dienst bekende gegevens’ welk recht wordt uitgeoefend (zie art. 3 lid 1 sub b Kw). De in de kadastrale registratie opgenomen gegevens worden grotendeels bijgehouden op grond van de in de openbare registers ingeschreven stukken, maar enkele andere informatiebronnen helpen mee de inhoud hiervan zo actueel en correct mogelijk te houden (art 48 en 54 Kw). Het sterk fiscale karakter dat men in de literatuur (zowel internationaal als te onzent) vaak aangaande het kadaster aantreft is voor de Nederlandse situatie altijd al een ontorechte simplificatie geweest, maar heeft vandaag de dag nog nauwelijks iets met de rol van de kadastrale registratie in de dagelijkse praktijk van doen.

Naast de rol die de kadastrale registratie heeft aangaande de privaatrechtelijke rechtstoestand, vervult zij ook een functie in de registratie van publiekrechtelijke rechtsfeiten. Deze functie zal bij de invoering van het wetsvoorstel Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken (*Kamerstukken I* 2001-2002, 28 218, nr. 399, Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken) enerzijds versterkt en anderzijds verzwakt worden.¹³

De kadastrale registratie gaat al terug tot 1832 (toen het kadaster van ons land werd voltooid). Sinds 1991 wordt deze registratie geheel geautomatiseerd gevoerd.

De *openbare registers* zijn, zoals gezegd, een chronologisch archief van afschriften van notariële akten en enkele andere stukken, dat eigenlijk alleen via de kadastrale registratie toegankelijk is. Juridisch zijn deze registers van groot belang. Zo is inschrijving een constitutief vereiste voor de rechtsovergang van onroerende zaken en rechten, wordt daarbij alles wat men bij raadpleging van de registers zou hebben gekend als bekend verondersteld (art. 3:23 BW) en loopt degene die een onjuistheid in de registers niet heeft laten corrigeren allerlei risico's (art. 3:24). In de praktijk ligt het grootste belang van de registers toch in de basis die zij vormen voor de bijhouding van de kadastrale registratie en de kadastrale kaart.

Deze registers gaan terug tot 1839 (invoering BW 1838), en kunnen als voortzetting van de daarvoor al bestaande hypotheekregisters worden gezien. Binnenkort wordt het mogelijk om nieuwe stukken elektro-

13 Zie hierover J.A. Zevenbergen en J. de Jong, Gevolgen van een eenduidige registratie van publiekrechtelijke beperkingen voor het rechtsverkeer, in: *De notaris en/in het bestuursrecht* (preadvies KNB), 2001, Lelystad: Vermande, blz. 63-78.

nisch aan te leveren, zodat ook een digitaal openbaar register ontstaat. De stukken van enkele voorafgaande jaren zullen daaraan na scanning worden toegevoegd, evenals de stukken die in de toekomst toch nog op papier aangeleverd zullen blijven worden.

Het *veldwerkarchief* wordt in de wet slechts terloops genoemd, en wordt afhankelijk van het deel van het land pas vanaf ongeveer 1900 gehouden. Toch is het van groot belang, vooral bij het desgevraagd in het terrein reconstrueren van de grens zoals die destijds – na aanwijs – is opgemeten. Bij die opmeting (en ‘aanwijs’) dient de landmeter erop toe te zien dat partijen in het veld geen andere grens aanwijzen dan op grond van de omschrijving in de akte was beoogd. De steeds zorgvuldigere verslaglegging van de aanwijs (tegenwoordig in het relaas van bevindingen) maakt dat het veldwerk iets wegheeft van een ‘ambtelijke akte’.

Het veldwerk vormt niet alleen de basis voor reconstructie, maar ook die voor de bijhouding van de kadastrale kaart. Tot op heden bestaat het veldwerkarchief uit papieren documenten, waaronder soms ook geprinte gegevens uit moderne, elektronische landmeetkundige instrumenten.

De *kadastrale kaart* ten slotte is vooral een globale aanduiding van de indeling in percelen en de ligging van de grenzen daartussen. Bijhouding vindt vooral plaats door middel van verwerking van de metingen die uit de veldwerken blijken. Daarnaast is ook wel aan kaartverbetering gedaan door middel van technische bewerkingen (zo zijn bijvoorbeeld losse kaartbladen aan elkaar gerekend) en vergelijking met luchtfoto's. Alleen wanneer veldwerken ontbreken, speelt de kaart zelf een rol bij de reconstructie van de kadastrale grens in het terrein.

Sinds voltooiing van het Nederlandse kadaster in 1832 zijn er voor het hele land kadastrale kaarten beschikbaar. Eind jaren negentig was de digitalisering van de kadastrale kaart voor het hele land voltooid,¹⁴ en kan men uittreksels hieruit on line verkrijgen, en vanaf dit jaar de kaart ook on line inzien.

14 De digitale kadastrale kaart is een van de belangrijkste geografische datasets, en speelt als zodanig een grote rol in allerlei geografische informatie systemen (GIS). In deze systemen is het net van coördinaatpunten waarin de plaats bepaald kan worden van toenemende maatschappelijke betekenis. Het instandhouden van dit zgn. Rijksdriehoeksnet geschiedt eveneens door de Dienst (art. 3 lid 1 sub c Kw).

1.5 Verdere opbouw preadvies

In dit preadvies staat centraal de vraag of en in hoeverre kan worden gekomen tot een meer positief stelsel van grondboekhouding in ons land. Daartoe wordt na deze inleiding in het volgende hoofdstuk allereerst een beschrijving gegeven van het huidige Nederlandse civielrechtelijke systeem en de plaats die het boekings-, instemmings- en publiciteitsbeginsel daarin innemen. Daartoe wordt het stelsel van overdracht en levering van onroerende zaken beschreven. De nadruk ligt echter op de verschillende beschermingsartikelen die o.a. latere verkrijgers te goeder trouw in bepaalde gevallen in kunnen roepen. Een en ander levert een uiterst complex en ondoorzichtig stelsel op.

Een vanuit dat oogpunt meer doorzichtig, zij het wel complex, stelsel van grondboekhouding is het Oostenrijkse stelsel, dat ter vergelijking in het volgende hoofdstuk wordt behandeld. In internationaal verband wordt namelijk veel over stelsels van grondboekhouding geschreven en gediscussieerd. Er is voor Oostenrijk gekozen omdat het een duidelijk meer positief stelsel kent dan Nederland, terwijl daar evenals bij ons wel de causale leveringstheorie wordt aangehangen.¹⁵ In Oostenrijk blijkt het instemmingsprincipe een veel explicietere rol te spelen, en daarnaast speelt een tweede vrije beroepsgroep (de landmeter-expert) een grote rol bij het vormgeven van het specialiteitsbeginsel.¹⁶

Dat laatste brengt ons bij het specialiteitsbeginsel. De Nederlandse situatie daaromtrent is het onderwerp van het volgende hoofdstuk, waarbij de individualisering en begrenzing van een onroerende zaak naar huidig recht centraal staat. Aandacht wordt voorts gegeven aan de rol van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers (m.n. bij meting en kaart) bij het bepalen van de begrenzing van een onroerende zaak en de betekenis van de grens op de kadastrale kaart. Speciale aandacht is er voor de overdracht van een gedeelte van een onroerende zaak, en de wellicht te summiere taak die de notaris daarbij veelal vervult.

Uiteindelijk komen de preadviseurs aan de hand van de situatie in Nederland en enkele lessen uit Oostenrijk in het laatste hoofdstuk tot enkele conclusies en aanbevelingen hoe ons stelsel meer positief gemaakt zou kunnen worden, zonder dat het geheel fundamenteel hoeft te worden herzien.

15 Deze combinatie is wel ten onrechte door Nederlandse schrijvers voor onmogelijk gehouden (zie daarover Asser-Mijnssen-De Haan 2001, blz. 347, en in het bijzonder de daar geplaatste verwijzing naar E.A.A. Luijten).

16 Deze *Ingenieurskonsulenten für Vermessungswesen* worden soms wel losjes met 'technische notaris' aangeduid, en dat geeft een aardige eerste indicatie van hun rol.

2 Bescherming bij overdracht van onroerende zaken

Een beknopte civielrechtelijke inventarisatie

prof.mr. A.A. van Velten

2.1 Inleiding

Door de groei van de bevolking, de stijging van de welvaart en daardoor de toename van het aantal koopwoningen, een steeds flexibelere hypothecaire financiering, alsmede de toegenomen mobiliteit, is in de tweede helft van de vorige eeuw het aantal overdrachten van onroerende zaken sterk gestegen.

Ook de bouw van kantoren en bedrijfsgebouwen, al of niet gebundeld in kantorenparken of op bedrijfsterreinen, alsmede de splitsing in appartementsrechten van verhuurde flatgebouwen en de daarop volgende uitpanding, heeft aan deze groei bijgedragen.

Tal van nieuwe steden ontstonden, zoals Almere, Lelystad, Nieuwegein en Zoetermeer, met veel koopwoningen.

In de agrarische sector zijn er de vorige eeuw belangrijke ruilverkavelingen geweest, terwijl in de nieuwe polders voor landbouw bestemde gronden niet alleen werden verpacht, maar ook in erfpacht werden uitgegeven.

Het zal duidelijk zijn, dat het hier om grote financiële belangen gaat en dat daarom een goed en sluitend onroerendgoedstelsel van het grootste belang is voor een modern en economisch welvarend land als Nederland na de Tweede Wereldoorlog is geworden.¹ Om die reden werd in ons land als ‘voortrein’ van het huidige BW in 1956 – in navolging van art. 1029 van ontw. BW 1820 en art. 100 van ontw. BW 1898 – de notariële akte verplicht gesteld voor de overdracht van onroerende zaken (art. 671a BW (oud)). Voor hypotheekakten gold dit voorschrift reeds

¹ Volgens MvT, p. 8-9, bij wetsvoorstel 28 433 (2002) herziening Kadasterwet I, ging het toen jaarlijks om ongeveer € 136 miljard aan koopsommen en € 118 miljard aan hypotheekbedragen.

sedert de invoering van het vorige BW in 1838. De kadastrale registratie werd in ons land al voordien voltooid.

Het Franse systeem, waarbij de koop tevens de eigendom doet overgaan, werd in 1838 verlaten, maar wel werd het door de Code civil gehanteerde causaal/negatieve stelsel voor de overdracht van onroerende zaken gehandhaafd.

Bij de invoering van het huidige BW is dit stelsel verbeterd, o.a. door tal van nieuwe bepalingen die derden-verkrijgers bescherming bieden tegen eventuele gebreken in overdrachten. Ook werd als uitvoeringswet (zie art. 3:16 lid 1 BW) een niet eerder bestaande Kadasterwet (Kw) in het leven geroepen.

2.2 Het stelsel van ons BW voor levering en overdracht van onroerende zaken, alsmede de vestiging van beperkte rechten daarop

De verkrijging krachtens overdracht van onroerende zaken is in beginsel onderworpen aan de eisen die art. 3:84 lid 1 BW stelt aan de overdracht van goederen in het algemeen: hiervoor is vereist een levering krachtens een geldige titel, verricht door degene die bevoegd is om over het goed te beschikken (in principe de eigenaar), die uiteraard daartoe de wil dient te hebben, terwijl de verkrijger de eigendom van het goed wenst te verwerven.

De overdracht is dus de situatie na een plaatsgevonden levering – overdracht wordt daarom ook wel aangeduid als ‘bewerkstelligde levering’ – en de levering vindt plaats ten gevolge van een eerdere titel, waarmee bedoeld wordt een overeenkomst van levering (de hierna te noemen ‘zakelijke’ of ‘goederenrechtelijke’ overeenkomst) die zijn grondslag vindt in een onderliggende obligatoire overeenkomst tussen de betrokken partijen, meestal een koopovereenkomst.

Maar ook een andere onderliggende overeenkomst is denkbaar, zoals de overeenkomst tot levering van vervuilde grond, waarbij de oude eigenaar aan de nieuwe eigenaar een vergoeding betaalt als bijdrage in de kosten van benodigde bodemsanering (‘negatieve koopprijs’).²

Ruiling (anders dan krachtens ruilverkaveling) of schenking van onroerende zaken komt als basis voor een levering weinig voor. Inbreng in

2 In de crisistijd rond 1930 kwam dit ook voor in Amsterdam m.b.t. bouwterreinen met achterstallige canon; zie W.B. Plantenga, *Erfpacht en erfpachtsvoorwaarden*, preadvies BCN 1957, p. 16-17.

een BV of NV is daarentegen een regelmatig optredende titel; zie M.H. ten Wolde, WPNR 6233-6234 (1996), alsmede antwoord rechtsvraag WPNR 6406 (2000). Voorts kan een overdracht plaatsvinden ter versterking van het kapitaal van een BV of NV: zie B.C.M. Waaijer, antwoord rechtsvraag WPNR 6490 (2002).

Ook een vaststellingsovereenkomst (die ruimer is dan de vroegere 'dading') kan op grond van art. 7:901 lid 2 BW als onderliggende titel voor een akte van levering fungeren, bijvoorbeeld voor de overdracht van een strook grond, maar in zo'n geval kan sedert 1 januari 1992 daarnaast, als het bureu betreft, veelal de weg van grensbepaling bewandeld worden (art. 5:47 BW).³

Ook minder voor de hand liggende titels zijn mogelijk, zoals de overdracht ter uitvoering van een verbintenis uit testament (afgifte legaat), uit onrechtmatige daad (na een veroordelend vonnis bij dubbele verkoop) of krachtens ongedaanmaking (art. 6:24 BW jo. 271 BW).

Regelmatig vinden overdrachten op grond van twee (of meer) onderliggende overeenkomsten plaats: de onder nr. 2.3 te behandelen zogenaamde ABC-transacties, waarbij twee opvolgende koopovereenkomsten tussen A en B resp. B en C tezamen de onderliggende titels voor de levering en overdracht van A naar C vormen.

Voorts is een combinatie van ongelijksoortige titels denkbaar, bijvoorbeeld A verkoopt aan B, die zich verplicht de door hem gekochte onroerende zaak in te brengen in BV C, waarna A levert aan C (Ruiterwaard-arrest, HR 20 november 1968, NJ 1969, 27).⁴

Een iets andere situatie doet zich voor bij bekrachtiging door een derde van een eerdere gebrekkige overdracht (zie hierna onder nr. 2.5): dan is er een samenstel van titels, c.q. een samengestelde titel.⁵

Bovendien is een stapeling van titels mogelijk; bijvoorbeeld een levering van een bouwterrein door een gemeente aan een projectontwikkelaar of door die ontwikkelaar aan een derde-gegadigde op grond van een koopovereenkomst, die op haar beurt is gebaseerd op een door die projectontwikkelaar met deze gemeente eerder aangegane realiseringsovereen-

3 Voor een voorbeeld van de overdracht van een woonhuis op basis van een dading zie Hof Amsterdam 19 sept. 1996, WPNR 6298 (1997) (tuchtrechtspraak). Nader over de vaststellingsovereenkomst en de daaraan ten grondslag liggende en de daarop voortbouwende rechtshandelingen Monografie Nieuw BW B-80 *Vaststellingsovereenkomst* (A.A. van Rossum).

4 A.S. Hartkamp 'Het begrip leveringstitel', WPNR 5267 en 5268 (1974).

5 G.H. Potjewijd, *Bekrachtiging en convalescentie*, studiepockets privaatrecht nr. 65 (Deventer, 2002), nrs. 17 en 19.

komst. In zo'n geval kunnen de prijzen der bouwkavels tevoren zijn vastgelegd: zie Hof 's Hertogenbosch 9 juli 2001, KG 2001, 257.

Ook is denkbaar dat kort voor de levering de onderliggende titel tot levering door partijen wordt veranderd, bijvoorbeeld om aan de heffing van overdrachtsbelasting te ontkomen: zie M.J. van Mourik, antwoord rechtsvraag, WPNR 6108 (1993).

Wel is het zo dat de titel in alle gevallen de overdracht moet rechtvaardigen, waarmee wordt bedoeld dat het geen verboden rechtshandeling mag betreffen. Zo is de overdracht tot zekerheid in ons stelsel sedert 1 januari 1992 niet meer toegestaan (art. 3:84 lid 3 BW).

Hoewel dit niet met zo veel woorden in Boek 3 is vermeld, maar wel kan worden afgeleid uit de tekst van het eerste lid van art. 3:84 BW, wordt in het algemeen de levering onderverdeeld in de reeds aangestipte goederenrechtelijke overeenkomst (zakelijke overeenkomst) en de leveringshandeling zelf. De goederenrechtelijke overeenkomst houdt in – als verlengstuk van de eerdere obligatoire overeenkomst(en) – de wil van partijen om thans tot levering en overdracht te geraken. Meijers sprak in *De algemene begrippen van het burgerlijk recht* op p. 290-291 van een 'voortbouwende rechtshandeling', een begrip dat later in de wet werd opgenomen (art. 6:229 BW).

Duidelijker dan in het huidige BW, was dit begrip omschreven in art. 100 lid 1 van het (mede door H.J. Hamaker) opgestelde ontw. BW uit 1898 – overigens uitgaande van een abstract stelsel – waar was bepaald:

Overdracht van onroerende zaken geschiedt bij eene uitsluitend met dat doel opgemaakte notariële akte, houdende verklaring van den eigenaar, dat hij den eigendom op den verkrijger overdraagt, en van dezen, dat hij den eigendom aanneemt.

Partijen dienen het dus twee keer met elkaar eens te zijn: eerst over de verkoop (of welke andere onderliggende overeenkomst dan ook) en vervolgens inzake levering en overdracht.

Een voorbeeld uit de praktijk ter verduidelijking: indien een gemeente zogenaamde perceeltjes 'snippergroen' heeft verkocht aan de bewoners van de omliggende huizen, kan zij alsnog weigeren deze over te dragen wegens de door de verkoop ontstane sociale onrust (Vzngr. Rb. Rotterdam 24 januari 2002, KG 2002, 69); hetzelfde kan zich voordoen als een andere omwonende zich verzet tegen de plaatsgevonden besluitvorming en door de rechter in het gelijk wordt gesteld, waardoor overdracht niet meer mogelijk is (Vzngr. Rb. Almelo 6 september 2002,

RvdW 2002, 264). Ander voorbeeld: als een institutionele belegger een verhuurd flatgebouw uit haar portefeuille aan een handelaar heeft verkocht, kan zij wegens een dreigende actie van huurders weigeren om tot levering over te gaan, omdat zij alsnog bevreesd is haar goede naam als belegger te verliezen (uiteraard zal haar dit naar verwachting wel op een actie wegens schadevergoeding van de koper komen te staan).⁶

Op het begrip goederenrechtelijke overeenkomst, dat in de literatuur overigens nogal onderbelicht is gebleven, wordt nog teruggekomen onder nr. 2.3.⁷

Voor de levering van onroerende zaken stelt art. 3:89 lid 1 BW (als opvolger van het genoemde oude art. 671a) als bijzondere eis, dat de levering uitsluitend kan geschieden bij notariële akte, gevolgd door de inschrijving van een afschrift van die akte in de desbetreffende openbare registers. Eerst door inschrijving vindt de overdracht plaats, zowel tussen partijen als ten aanzien van derden. De vervreemder of de verkrijger kan de akte (lees: een afschrift of uittreksel daarvan) doen inschrijven, aldus de laatste zin van het eerste lid van art. 3:89 BW; in de praktijk is het altijd de notaris die namens partijen voor inschrijving zorg draagt.⁸

Deze bepaling impliceert dat inschrijving ook kan plaatsvinden indien de vervreemder in diens persoonlijke sfeer iets is overkomen, bijvoorbeeld zijn overlijden kort na ondertekening der akte, aldus *MvA II Parl. Gesch. Boek 3*, p. 380. Dit zal anders zijn indien daar rechten van derden bij betrokken zijn, zoals in geval van faillissement op de dag van levering (art. 35 lid 1 Fw).⁹ Ook de curator kan dan de akte niet meer laten inschrijven, volgens HR 14 juli 2000, NJ 2001, 685, waarover nader S.C.J.J. Kortmann in diens noot onder deze uitspraak (die overigens betrekking had op de mededeling ter voltooiing van een cessie).

6 Dit overkwam de toenmalige Rijkspostspaarbank rond 1975 na verkoop van een aantal flatgebouwen in Amstelveen. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 12 sept. 1990, NJ 1991, 368, inzake een parochie die een aan een projectontwikkelaar verkocht, voor de sloop bestemd kerkgebouw weigerde dóór te laten leveren aan een vereniging die ten doel had dit gebouw te restaureren.

7 Nader over dit leerstuk J.L. den Dulk, *De zakelijke overeenkomst*, diss. Gron. 1979 (Alphen a/d R., 1979) en F.H.J. Mijnsen, *Causale en abstracte rechtshandelingen in het vermogensrecht*, inaug. rede. VU (Alphen a/d R., 1979). Voorts H.C.F. Schoordijk in WPNR 6270 (1997).

8 Na aanpassing van de Kadasterwet zal dit ook kunnen geschieden op elektronische wijze; zie mijn bijdrage in WPNR 6501 (2002). Voorts W. Louwman, JBN 2003, nr. 3.

9 Hof 's-Hertogenbosch 29 april 1999, NJ 2000, 385.

De akte moet worden gepasseerd door een Nederlandse notaris, aldus art. 3:31 BW, welke bepaling is opgenomen teneinde fouten door onbekendheid met ons rechtssysteem door buitenlandse notarissen te voorkomen.¹⁰

Krachtens de schakelbepaling 3:98 BW is het voorgaande ook van toepassing op de vestiging, overdracht of afstand van een beperkt recht (zoals erfpacht), terwijl uit de art. 3:89 lid 4 en 5:117 lid 1 BW blijkt dat het vereiste voorts geldt voor de overdracht van appartementsrechten. Voor de vestiging van hypotheek is het vereiste herhaald in art. 3:260 BW, terwijl voor de overgang van goederen die deel uitmaken van een gemeenschap, bijvoorbeeld een toedeling tussen erfgenamen of ex-echtgenoten, sedert 1 januari 1992 de schakelbepaling 3:186 BW voorschrijft dat daarvoor de bepalingen inzake levering en overdracht die voor elk desbetreffend daarvan deel uitmakend goed gelden. Voor de toedeling van onroerende zaken of daarop gevestigde beperkte rechten geldt derhalve het vereiste van art. 3:89 BW (inschrijving notariële akte).¹¹ De akte van toedeling zal dan tevens de goederenrechtelijke overeenkomst inhouden.¹²

Zoals wij hiervoor zagen, vindt overdracht van eigendom van een onroerende zaak (of van een ander registergoed), dan wel vestiging van een beperkt recht daarop, eerst plaats door inschrijving van de desbetreffende notariële akte in de openbare registers. Zie in dit verband ook art. 3:97 lid 1 BW, dat levering van toekomstige registergoederen verbiedt. Deze inschrijving is derhalve cruciaal: het moment van inschrijving is beslissend voor de wijziging van rechtspositie. Hierdoor is het ook begrijpelijk dat er diverse achtereenvolgende rechtshandelingen kunnen plaatsvinden met betrekking tot eenzelfde onroerende zaak,

10 Nader over de totstandkoming van deze bepaling B.C.M. Waaijer, *De Notarisklerk* 1300 (1993).

11 Het doet overigens vreemd aan dat een onroerende zaak die wordt toegedeeld, bij de akte te leveren aan een der deelgenoten; hooguit kan men immers de aandelen van de andere deelgenoten leveren. Zie hierover E.A.A. Luijten, WPNR 6075-6076 (1993). In JBN 1994, nr. 122, stelt hypotheekbewaarder M. Middendorf dan ook voor om na de toedeling in de akte de volgende zinsnede op te nemen: 'aan het leveringsvoorschrift van art. 3:186 BW wordt voldaan door inschrijving van een afschrift van deze akte in de openbare registers'. Zie ook Luijten in RM Themis 1999/10 (bespreking diss. W.H. van Hemel), alsmede W.H. van Hemel in de bundel *Ondermeming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht* (Deventer, 2002).

12 HR 27 okt. 1995, NJ 1998, 191, waarover H.H. Lammers in de bundel *Van Beheering* (Grotiusbundel, Deventer, 1998).

ook als een deel van de betrokken personen daarvan (nog) geen eigenaar of beperkt gerechtigde is. Om een voorbeeld te geven: A kan ter uitvoering van een eerdere koopovereenkomst zijn onroerende zaak leveren aan B, die deze terstond op grond van een andere overeenkomst tegen de daarbij overeengekomen vergoeding in erfpacht uitgeeft aan C en de hem resterende bloot-eigendom belast met een hypotheek ten behoeve van X, terwijl C hypotheek op zijn erfpacht verleent aan Y (waarbij naar verwachting de door X en Y aan B resp. C ter leen verstrekte bedragen via de notaris bij A terecht zullen komen ter betaling van de door B aan A verschuldigde koopprijs). De notaris zal namens betrokkenen afschriften van alle vier gepasseerde akten tegelijk indienen bij de Dienst van het kadaster en de openbare registers, die deze afschriften direct zal inschrijven (zie art. 3:19 lid 1 BW) in die zin, dat de eigendom van A wordt gewijzigd in de bloot-eigendom van B, belast met erfpacht van C, hypothecair bezwaard met een inschrijving van X op de bloot-eigendom en van Y op de erfpacht. Er is hier geen sprake van het ontstaan van onverenigbare rechten in de zin van art. 3:21 lid 2 BW, zodat het tijdstip van passeren der onderscheidene akten niet van belang is: de rechten ontstaan immers door de inschrijving, die op hetzelfde tijdstip plaatsvindt. Ook is het niet van belang of alle akten door dezelfde notaris werden gepasseerd; wél zal het uiteraard noodzakelijk zijn, indien er meer notarissen bij de beschreven transacties betrokken zijn, dat zij hun inschrijvingen coördineren. Geschiedt dit niet op de juiste wijze – bijvoorbeeld het afschrift van de akte houdende vestiging der erfpacht wordt een dag eerder ter inschrijving aangeboden dan het afschrift van de leveringsakte van A naar B – dan zal het eerstgenoemde afschrift niet kunnen worden ingeschreven, omdat B (nog) geen eigenaar is. De bewaarder zal dit waarschijnlijk aan de betrokken notaris medelen (art. 3:19 lid 4 BW), die opnieuw zal moeten inschrijven. Wordt wél ingeschreven, dan zal convalescentie uitkomst bieden (zie hierna onder nr. 2.5).

Het hiervoor omschreven stelsel wordt slechts in enkele gevallen doorbroken door publiekrechtelijke wetgeving, zoals de Onteigeningswet (zie de vermelding in art. 3:80 lid 3 BW), de Landinrichtingswet, de Wet op de telecommunicatievoorzieningen, kadastrale vernieuwing ex art. 55 en 74 Kw, en de Wet op het primair onderwijs (van welke wet art. 110 de mogelijkheid biedt om bij een onderhandse akte een voormalig schoolterrein over te dragen aan de gemeente).

Ook art. 3:300 lid 2 BW kent een doorbreking, in die zin, dat een rechterlijke uitspraak in de plaats van een leveringsakte kan komen. Zie ook

(het zelden toegepaste) art. 3:27 BW, waarin wijziging in de rechtstoestand door middel van een rechterlijke verklaring wordt mogelijk gemaakt, alsmede art. 3:29 BW, inzake een rechterlijk bevel tot doorhaling.

Nader over het vorenstaande (en over de hierna te behandelen vragen), naast de gebruikelijke handboeken en commentaren op het gebied van het goederenrecht, Monografieën Nieuw BW B-6a en B-6 *Overdracht resp. Levering* (O.K. Brahn). Voor de geschiedenis van de overdracht van onroerend goed in ons land zie I.B. Cohen in *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1839* (Zwolle, 1938) en A.G. Lubbers et al. in de bundel *De levering van onroerend goed*, serie Ars Notariatus deel XXXII (Amsterdam/Deventer, 1985).

2.3 De causale leer en de gevolgen daarvan. Obligatoire en goederenrechtelijke overeenkomsten

Zoals reeds onder nr. 2.2 werd vermeld, stelt art. 3:84 lid 1 BW als eis voor een levering dat deze geschiedt krachtens een geldige titel. In het tweede lid van art. 3:89 BW wordt vervolgens vermeld, dat de notariële akte van levering nauwkeurig de titel van overdracht en de (niet bijkomstige) bedingen die de overdracht betreffen moet vermelden; de eis van titelvermelding kan ook worden teruggevonden in art. 46 WNA en art. 24 lid 2 onder a Kw. Overigens is het onduidelijk wat de gevolgen zijn indien hieraan niet is voldaan.¹³

Deze vereisten vinden hun oorzaak in de door het BW voor alle leveringen gehuldigde *causale leer*: de levering en de overdracht steunen op de onderliggende, hiervoor onder 2.2. bedoelde titel. Zoals gezegd, zal dat een goederenrechtelijke overeenkomst zijn, die op haar beurt gebaseerd is op een of meer eerdere obligatoire overeenkomsten; meestal zal het een (enkele) koopovereenkomst betreffen. Indien er aan deze overeenkomst iets schort, zoals bij een nietige koop (zie het volgend onderdeel), dan zal het daarop rustende bouwsel van levering en overdracht inzakken en zal blijken dat er geen sprake was van een geldige (eigendoms) overdracht.

Hoewel dit onder het BW (oud) niet met zo veel woorden uit de wet bleek, is de toenmalige rechtspraak – nadat lange tijd daarover onzeker-

13 Volgens W.G. Huijgen in WPNR 6037 (1992) brengt dit geen nietigheid met zich mee; in gelijke zin A.J.H. Pleysier, WPNR 6045 (1992). Zie ook J.E. Fesevur, NTBR 1997, p. 101.

heid had bestaan – eveneens uitgegaan van het causale stelsel, zo blijkt bijvoorbeeld uit HR 2 december 1966, NJ 1967, 353, JHB.

Omdat bij koop de prijs een van de essentialia is (zie art. 7:1 BW), zal ter verkrijging van een gave titel vermelding daarvan in de akte van levering krachtens een koopovereenkomst (of welke andere onderliggende soortgelijke overeenkomst dan ook) noodzakelijk zijn, hetgeen ook zal gelden voor een eventueel ingeschreven uittreksel van die akte (zie ook het voorschrift gegeven door art. 46 WNA).¹⁴

Als er diverse onderliggende overeenkomsten zijn (zoals bij een ABC-transactie, waarbij A levert aan C ter uitvoering van de koopovereenkomsten A-B en B-C, of ten gevolge van een samengestelde titel als in de eerder genoemde Ruiterswaard-casus), zullen alle overeenkomsten en de desbetreffende koopprijzen moeten worden vermeld.¹⁵ Uit de tuchtrechtspraak blijkt dat de notaris niet lijdelijk kan blijven indien er zich onverklaarbare prijsverhogingen voordoen; zie K.F.M. Berger, WPNR 6241 (1996), naar aanleiding van Hof Amsterdam, 15 juni 1995, WPNR 6196 (1995), alsmede Kamer van Toezicht Assen 27 oktober 1997, WPNR 6308 (1998).

Een complicatie kan zich in zulke gevallen voordoen indien één van de onderliggende overeenkomsten wordt vernietigd. Indien dit de overeenkomst B-C is, kan men stellen dat die vernietiging geen goederenrechtelijke gevolgen heeft voor de levering A-C, aldus S.E. Bartels in AA 46 (1997), p. 287, alwaar ook vermelding van andere meningen.

Tussen de obligatoire overeenkomst(en) enerzijds en de levering/overdracht anderzijds bevindt zich, zoals wij in het vorige onderdeel reeds zagen, de (in de akte van levering vervatte) goederenrechtelijke overeenkomst. Men kan de onderliggende obligatoire overeenkomst(en) kenschetsen als (een) overeenkomst(en) *tot* levering en de daarop volgende goederenrechtelijke overeenkomst als een overeenkomst *van* levering.

De vraag is aan de orde of aan deze, op de obligatoire overeenkomst(en) voortbouwende goederenrechtelijke overeenkomst en haar gevolgen dezelfde eisen kunnen worden gesteld als aan de onderliggende over-

14 Zie in dit verband ook art. 3:261 BW (rangorde hypotheek voor onbetaalde koopprijs).

15 Zie antwoord rechtsvraag, WPNR 6413 (2000). Nader over ABC-contracten R. Zwitser, RM Themis 1994/3, p. 101 e.v., alsmede F.W. Grosheide, WPNR 6172 (1994).

eenkomst(en). In het bijzonder betreft dit een antwoord op de vraag of er (volledige) wilsovereenstemming tot levering tussen partijen dient te bestaan en of er – mede in verband met derdenbescherming – aan de bedoeling van partijen buiten de notariële akte om betekenis mag worden toegekend. Nauw hiermee verbonden is de kwestie of ook dit type voortbouwende overeenkomst onderdeel uitmaakt van het hiervoor bedoelde causale stelsel.

Het vorenstaande doet zich met name voor indien er, naar later blijkt, meer of minder grond blijkt te zijn geleverd/overgedragen dan partijen voor ogen stond. Uit diverse arresten van ons hoogste rechtscollege – bijvoorbeeld HR 8 december 2000, NJ 2001, 350, WMK (Eelder Woningbouw/Van Kemmen c.s.) – blijkt duidelijk dat er volgens ons hoogste rechtscollege bij de uitleg van een leveringsakte in beginsel slechts mag worden uitgegaan van hetgeen de akte openbaart. Partijbedoelingen (en daardoor toepassing van de Haviltex-maatstaf¹⁶) kunnen derhalve na het passeren en publiceren van de leveringsakte niet meer ter sprake komen. Zie eerder in gelijke zin HR 22 april 1994, NJ 1995, 560, WMK.¹⁷

Uitgaande van dit door de Hoge Raad gehuldigde strenge beginsel, dringt zich de conclusie op dat wij voor levering en overdracht weliswaar het causale stelsel huldigen, maar dat dit systeem – mede in verband met het leerstuk der derdenbescherming – bij de levering van onroerende zaken sterk wordt ingeperkt door de inhoud van de leveringsakte. Zowel tussen partijen als ten opzichte van derden is volgens de geldende rechtspraak de inhoud van de leveringsakte in beginsel beslissend, waardoor derhalve een beperking wordt gesteld aan de werking van het causale stelsel, zulks onverminderd de blijvende causale werking van de onderliggende obligatoire overeenkomst.

Maar als er onduidelijkheid bestaat over de uitleg van een erfdiensbaarheid, is het niet ongebruikelijk – óók als de in de notariële akte opgenomen bewoordingen helder zijn – dat de rechter niettemin de onderliggende overeenkomst in zijn oordeel betreft en beslissend laat zijn; zie Vzng. Rb. Groningen 7 november 2002, KG 2002, 289 (ruilverkaveling).

Zie over deze kwestie C.G. Breedveld-de Voogd in RM Themis 2002/5, die de strikte uitleg van ons hoogste rechtscollege – met name indien geen rechten van derden in het spel zijn – bestrijdt.

16 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, CJHB.

17 Nader over deze twee uitspraken L.P.W. van Vliet, NTBR 2001/5, resp. C.A. Kraan, WPNR 6177 (1995).

Nader over de problematiek verbonden aan de levering en overdracht van niet uitgemeten (gedeeltelijke) percelen het door H.D. Ploeger verzorgde onderdeel van dit preadvies. Zie ook Rb. Maastricht 22 jan. 2003, Notafax 2003, nr. 35 (in het verleden niet meeverkochte, maar later wel kadastraal uitgemeten garage).

2.4 Bescherming van opvolgende verkrijgers. Causaal tegenover abstract stelsel

Valt de obligatoire titel na een plaatsgevonden overdracht alsnog weg – bijvoorbeeld door een gehonoreerde eis tot vernietiging van een koopovereenkomst wegens dwaling van de oorspronkelijke eigenaar – dan vallen krachtens het hiervoor geschetste stelsel ook de op de titel steunende levering en overdracht met terugwerkende kracht weg (art. 3:53 BW), hetgeen uiteraard opvolgers in de eigendom van de onroerende zaak en eventuele latere hypotheekhouders onaangenaam kan verrassen.¹⁸

Omdat dit laatste een minder gewenst gevolg is van de causale leer, bepaalt art. 3:88 lid 1 BW sedert 1 januari 1992 dat opvolgers in de eigendom van een onroerende zaak (registergoed) worden beschermd tegen het wegvallen van voorgaande overdrachten, mits zij te goeder trouw zijn en de overdracht niet van het begin af aan nietig was wegens beschikkingsonbevoegdheid van een vorige eigenaar. Het betreft dus de reparatie van een vroeger titel- of leveringsgebrek, waardoor de rechtschijn wordt versterkt tot rechtszekerheid.

Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 22 mei 2000, KG 2000, 152: een opvolgend eigenaar van een woonhuis is op grond van art. 3:88 BW beschermd tegen het mogelijk wegvallen van een eerdere titel als achteraf blijkt dat het bestuur van de oorspronkelijke eigenaar (een stichting) haar statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid wellicht heeft overschreden (art. 2:16 en 291 BW).¹⁹

18 Zie voor een voorbeeld onder het oude BW: HR 17 dec. 1976, NJ 1977, 241, GJS, met vervolg HR 5 dec. 1986, NJ 1987, 382, alsmede Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 1989 en 3 februari 1992, 429, inzake Erckens/gemeente Bunde. Voor een titelgebrek inzake een niet goed uitgevoerde inbreng in een BV zie antwoord rechtsvraag, WPNR 6406 (2000). Nader over de positie van de notaris bij een wankel titel A.H.M. Santen, WPNR 6057 (1992), mede n.a.v. Pres. Rb. Amsterdam 23 mei 1991, KG 1991, 207 (not. Van der Laan/Place Noduvri BV).

19 Zie in dit verband ook de hieraan ten grondslag liggende uitspraak van Rb. Arnhem 4 dec. 1997, NJ kort 1998, 13, en het commentaar daarop van W. Bosse in JBN 1998 nr. 38, die meent dat de rechtbank niet over nietigheid doch vernietigbaarheid wegens doeloverschrijding had dienen te spreken.

Om een ander (klassiek) voorbeeld te geven: indien een handelaar een huis koopt en verwerft van een naïeve weduwe voor een te laag bedrag en dit huis vervolgens verkoopt en door-overdraagt aan een koper voor een normale koopsom, dan zal deze koper geen gevaar lopen de eigendom van zijn pas verworven huis te verliezen, indien de weduwe er later via de rechter in slaagt om de eerste koopovereenkomst vernietigd te krijgen, aangenomen dat hij de voorgeschiedenis niet kende of niet kon vermoeden (art. 3:88 lid 1 jo. 3:11) BW. De weduwe behoudt in dat geval uiteraard wel een actie wegens schadevergoeding jegens de handelaar.²⁰

Voorts dienen in dit verband vermeld te worden rechtshandelingen die door inhoud of strekking in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde; deze zijn nietig, aldus art. 3:40 lid 1 BW. Hierbij kan worden gedacht aan de verkoop van een woning om daardoor (na overdracht) ontruiming te kunnen bewerkstelligen van een ex-echtgenote (Vzng. Rb Breda 10 juni 2002, KG 2002, 171) of door overeen te komen dat een deel van de koopprijs ‘zwart’ zal worden betaald.²¹ Deze overeenkomsten – en daarom ook de daarop volgende overdrachten – zijn van de aanvang af nietig, maar de bescherming van derden-verkrijgers zal ook hier gelden. Hetzelfde zal gelden na een eerdere overdracht aan een tussenkomend persoon als bedoeld in art. 3:43 BW; zie voor zo’n geval de casus berecht door HR 29 september 1995, NJ 1996, 104.

Overeenkomstig het bepaalde in art. 3:98 BW zal de door art. 3:88 BW geboden bescherming voorts gelden voor verkrijgers van beperkte rechten, zoals een hypotheekhouder. Zo zal een hypotheek, ondanks de vernietiging van een koopovereenkomst nadat de onroerende zaak aan de

20 Een geval waarbij haar dat niet lukte levert HR 26 okt. 1990, NJ 1991, 22 (Helder/wed. Jonker). Voor een beroep op misbruik van omstandigheden (huidig art. 3:44 BW; *undue influence*) zie HR 29 mei 1964, NJ 1965, 104, GJS (Van Elmbt/wed. Feierabend).

21 Als een deel van de koopprijs ‘zwart’ moet worden betaald, dreigt nietigheid, aldus blijkt uit HR 20 november 1981, NJ 1982, 68, alsmede HR 16 november 1984, NJ 1985, 624, CJHB. Zie over dit gevaar W.J.M. Davids, WPNR 5474 (1979), die daarbij wijst op de bescherming van derden na de overdracht overeenkomstig art. 3:26 BW. Zie voor een mogelijke oplossing van deze casus Asser-Hijma, nr. 211. Nader over nietigheid ex art. 3:40 lid 1 BW (nietigheid wegens strijd met goede zeden of openbare orde) en de daarmee verbonden actie tot ongedaanmaking van art. 6:211 BW, de dissertaties van V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (Den Haag, 2002) en H. van Kooten, *Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten* (Deventer, 2002), tezamen besproken door W.J. Zwolve in WPNR 6501 (2002).

koper/hypotheekverlener is geleverd, in beginsel onaangetast blijven, hoewel de eigendom van de onroerende zaak terugvalt aan de verkoper.²²

Het wegvallen van een eerdere overdracht heeft wél gevolgen, indien achteraf blijkt dat de eerste eigenaar beschikkingsonbevoegd was om de eigendom over te dragen: de weduwe uit het voorbeeld stond ten tijde van de levering onder curatele of was failliet verklaard, terwijl zij, en niet de curator leverde. Ook faillissement tussen de levering en de inschrijving van de akte van levering is fataal; zie Hof 's-Hertogenbosch 29 april 1999, NJ 2000, 385 (waarbij de dag van faillietverklaring en niet het tijdstip van inschrijving bepalend is, aldus art. 23 Fw). Zie voor een mogelijke relativering hierna onder nr. 2.6 (art. 3:24 lid 2 BW).

Zou men voor ons stelsel de hiervoor gesignaleerde onvolkomenheden in het goederenrechtelijke stelsel zo veel mogelijk willen uitsluiten, dan zou door de wetgever moeten worden overgegaan op het zogenaamde *abstracte stelsel*, waarbij in beginsel de goederenrechtelijke overeenkomst los staat van de onderliggende titel(s), maar die keuze heeft de Tweede Kamer voor het nieuwe BW in de afweging van de belangen tussen oude en nieuwe eigenaars van onroerende zaken niet willen maken.²³ Zou die keuze wél gemaakt zijn – zoals in Duitsland bij de invoering van het BGB in 1900 – dan zou er weinig behoefte meer zijn aan (deels) beschermende bepalingen als art. 3:88 BW, omdat de bescherming dan immers, door uit te gaan van een in beginsel onaantastbare (eerste) overdracht, bij voorbaat in het stelsel is verankerd, waarbij echter wel dient te worden aangetekend dat overdracht door een handelingsonbevoegde in beginsel onverminderd nietig zal blijven, omdat zo'n persoon ook geen goederenrechtelijke overeenkomst kan aangaan en derhalve niet rechtsgeldig kan leveren.²⁴ Ook bij verkoop in strijd met de wet zal een abstract stelsel niet helpen, omdat de goederenrechtelijke overeenkomst waarschijnlijk aan hetzelfde manco zal lijden.²⁵

22 Zie W.G. Huijgen, WPNR 6037 (1992); voorts mijn bespreking van de derde druk van Monografie Nieuw BW B-12b *Hypotheek* (W. Heuff en W.G. Huijgen) in NTBR 2001/4, alsmede Asser *Zakenrecht* III, nr. 332.

23 De belangrijkste voorstander van het abstracte systeem was Suyling, zie diens bijdrage in Themis 1915, p. 618, 1918, 105. Zijn voornaamste tegenstander was J.C. van Oven, preadvies BCN 1924. Meijers koos aanvankelijk de zijde van Suyling, doch volgde later de HR.

24 Dat het abstracte stelsel veel genuanceerder werkt dan men op het eerste gezicht zou menen, blijkt uit p. 78 e.v. van het hierna te noemen AA Cahier deel 4.

25 H.C.F. Schoordijk, WPNR 6270 (1997), p. 327.

Hetzelfde zal zich bij de eerste overdracht kunnen voordoen bij een onder dwang gesloten overeenkomst.²⁶

Ten slotte zal een derde, ongeacht het stelsel, niet beschermd worden tegen een in de akte opgenomen – en met die akte gepubliceerd – manco, zoals een ontbindende voorwaarde. Dit komt bij ons bijvoorbeeld voor bij de zogenaamde ‘Groninger akte’, waarbij een ontbindende voorwaarde in werking treedt indien de koper de door hem schuldig gebleven koopprijs niet uiterlijk op een bepaalde datum betaalt.²⁷ Men kan zich voorstellen dat zo’n ingebakken manco ook blijft bestaan indien zou worden overgegaan op een abstract stelsel, het is immers een uit de leveringsakte kenbaar gebrek: zie art. 3:84 lid 4 BW. Om die reden is krachtens § 925 II BGB overdracht van een onroerende zaak onder voorwaarde of op termijn in Duitsland verboden.

Illustratief in dit verband is (de nog onder BW (oud) gestelde) rechtsvraag II in WPNR 5300 (1975):

A verkoopt en draagt over aan B een onroerend goed onder de opschortende voorwaarde dat B A overleeft. De akte wordt overgeschreven en de voorwaarde wordt in de legger vermeld.

A en B komen vervolgens overeen de koopovereenkomst te ontbinden. Heeft aanvaarding van het causale stelsel ten gevolge dat de eigendom na vervulling van de voorwaarde niet meer op B kan overgaan, omdat aan de – nog niet voltooide – levering de titel is ontvallen? Of moet nu wel geabstraheerd worden en worden vastgesteld dat de levering een eigen leven is gaan voeren en, ondanks de ontbinding, effect zal hebben na vervulling van de voorwaarde? Zo ja, dan zou een – voorwaardelijke – terugoverdracht door B aan A nodig zijn.

Redacteur W. Heuff beantwoordt deze vraag terecht in die zin, dat het hier niet gaat om een gebrek in de titel dat van de aanvang heeft bestaan, doch om een nieuwe (nadere) overeenkomst die goederenrechtelijke gevolgen beoogt (i.c. de voorwaardelijke overdracht niet te laten plaats-

26 A. Stadler *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, diss. Freiburg im Br. 1993 (Tübingen, 1996), p. 76 e.v.; ontleend aan boekbespreking door J.P.W. van Vliet, NTBR 1998/3, p. 80.

27 Voor problemen bij deze constructie zie J.C. van Straaten in de bundel *Het Nieuwe BW in Perspectief* (1990), L.C.A. Verstappen in WPNR 6083 (1993), alsmede R.J. Holtman, WPNR 6240 (1996), met reactie T.F.H. Reijnen, WPNR 6248 (1996).

vinden), waarbij de vraag of wij een causaal dan wel een abstract stelsel hebben geen rol speelt. Voor het beoogde gevolg zal publicatie van de nadere overeenkomst (in de vorm van een notariële akte) vereist zijn.

Nader over het (Nederlandse en Belgische) causale stelsel tegenover het (Duitse) abstracte systeem B.W.M. Nieskens-Isphording *Overdracht/Ubertragung. Eigendomsverkrijging naar Nederlands en Duits recht*, AA Cahiers deel 4 (Nijmegen, 1996), die daarin het volgende voorbeeld over de werking van beide stelsels ten opzichte van derden-verkrijgers geeft (p. 87):

‘A verkoopt en levert een huis aan B. A dwaalt en vernietigt de koopovereenkomst. Inmiddels is het huis door B doorverkocht en geleverd aan C. A eist van C ontruiming en wenst in de openbare registers weer als eigenaar te worden ingeschreven.

Nederland

B is nooit eigenaar geworden van het huis. Hij stond wel als zodanig in de registers genoteerd. Wanneer hij verkoopt en levert aan C, wordt niet aan alle vereisten van art. 3:84 BW voldaan, B is onbevoegd.

Wanneer C te goeder trouw is, vgl. art. 3:11 BW, wordt deze onbevoegdheid geheeld door de werking van art. 3:88. Ondanks onbevoegdheid van B is de overdracht van het registergoed geldig nu de verkrijger te goeder trouw is en de onbevoegdheid van B voortvloeit uit een titelgebrek in de verhouding B-A. C is eigenaar geworden door overdracht ex art. 3:84 jo. 3:88 BW. (...)

Duitsland

De vernietiging van de koopovereenkomst heeft geen effect op de overdracht. B is eigenaar geworden. C verkreeg derhalve van een bevoegde en is eigenaar geworden althans indien is voldaan aan de vereisten die §925 stelt aan een geldige overdracht van onroerend goed. Of C al dan niet op de hoogte is van de voorgeschiedenis A-B doet niet ter zake.

Verschillen

In casu doen zich tussen een causaal en een abstract stelsel belangrijke verschillen voor.

In het causale systeem verliest A de eigendom slechts aan C als deze laatste te goeder trouw is. Is hij van de situatie op de hoogte, wordt hij geen eigenaar.

In Duitsland wordt naar wetenschap aan de zijde van C niet gevraagd, de overdracht B-C voldoet aan alle wettelijke vereisten en is geldig.

Een merkwaardig verschil tussen beide stelsels doet zich voor wanneer B niet aan C verkoopt en levert, maar om niet overdraagt.

In Nederland is in zo een geval art. 3:88 BW onverkort van toepassing, C

wordt eigenaar. Het artikel eist – anders dan art. 3:86 BW – voor bescherming niet dat er anders dan om niet is verkregen.

In Duitsland daarentegen is een op schenking gevolgde overdracht in een geval als het bovenstaande niet onaantastbaar. C is wel eigenaar maar moet op vordering van A ex § 822 BGB aan deze terugleveren.

Deze doorbreking in de werking van het abstracte systeem is niet vreemd, het is eerder de Nederlandse opvatting die uitleg behoeft. C is eigenaar maar is ten opzichte van A ongerechtvaardigd verrijkt. Daarom moet hij de zaak terugleveren. De bescherming van het rechtsverkeer – waar het abstracte stelsel wezenlijk op gericht is – vraagt om deze uitzondering.⁷

Omdat een splitsing in appartementsrechten geen handeling is die valt onder het hiervoor omschreven causale stelsel, zal art. 3:88 BW niet van toepassing zijn op een gebrekkige splitsing. Verkrijgers van appartementsrechten – die zonder dat gebrek geldig zouden hebben verkregen – zullen derhalve in beginsel worden getroffen door zo'n gebrekkige splitsing. Teneinde dit te voorkomen biedt art. 5:110 BW sedert 1 januari 1992 een soortgelijke bescherming als die welke art. 3:88 BW geeft voor opvolgende overdrachten. Deze bescherming gaat echter verder, omdat eerstgenoemde bepaling inhoudt dat geen inperking wordt gemaakt wegens onbevoegdheid van degene die de splitsing tot stand bracht (trachtte te brengen) en evenmin wegens het eventueel niet te goeder trouw zijn van de latere appartementseigenaar (hij wist of kon weten dat de voorgaande splitsing een gebrek had).

Nader over de strekking van de laatste bepaling A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, NTBR 1994, p. 156, alsmede Asser *Goederenrecht* II (2002), nr. 400.

2.5 Bekrachtiging, convalescentie, bevestiging

Indien een rechtshandeling nietig is, kan deze alsnog op grond van art. 3:58 BW geheeld worden door een bekrachtiging van de betrokken partijen, d.w.z. door een daarop gerichte rechtshandeling. Men kan daarbij denken aan het geval van een notariële akte van levering van een onroerende zaak, die aan zo'n ernstig vormgebrek lijdt, dat deze als een onderhandse akte dient te worden beschouwd, bijvoorbeeld omdat de echtgenoot of een familielid van de notaris bij de akte optrad als gevolmachtigde van een der partijen (art. 19 WNA).²⁸ Omdat dan niet is vol-

28 Voor een voorbeeld van zo'n akte zie Hof Amsterdam 24 nov. 1994, WPNR 6170 (1995), alsmede Hof Amsterdam 10 okt. 2002, Notariaat Magazine 2002/11, p. 9 (tuchtrecht).

daan aan de eis van art. 3:89 lid 1 BW, zal de eigendom niet zijn overgegaan. Partijen kunnen vervolgens de nietige overdracht alsnog bekrachtigen, waarbij eventueel door derden verkregen rechten de bekrachtiging niet in de weg staan, mits deze worden geëerbiedigd, aldus art. 3:58 lid 3 BW. Hetzelfde geldt als iemand ten onrechte als gevolmachtigde optrad: zie art. 3:69 BW: de eigenaar kan de overdracht alsnog bekrachtigen.

Voor het geval de bekrachtiging geschiedt door een derde – zoals de werkelijke eigenaar – dan kan diens verklaring gericht worden zowel tegen de pseudo-vervreemder als tegen de beoogde verkrijger. Stelt deze derde daarbij bepaalde voorwaarden jegens de laatstgenoemde, dan zal niet meer van een bekrachtiging gesproken kunnen worden (met terugwerkende kracht) maar van een nieuwe beschikking (zonder dat van terugwerkende kracht kan worden gesproken), aldus G.H. Potjewijd, *Bekrachtiging en convalescentie*, studiepockets privaatrecht nr. 65 (Deventer, 2002), nr. 18. Deze auteur is overigens onder nrs. 20.3 en 24 van zijn studiepocket van oordeel dat, gezien de bewoordingen van art. 3:89 lid 1 BW, bekrachtiging van een gebrekkige levering van een registergoed niet mogelijk is: een (aanvullende) levering door de werkelijke eigenaar zal in zo'n geval altijd vereist zijn, aldus Potjewijd, hetgeen betwijfeld moet worden. Stel A staat in de kadastrale registratie als enig eigenaar van een onroerende zaak te boek. Na de levering van die zaak door A aan B, blijkt dat A's ex-echtgenoot in 1990 krachtens echtscheidingsconvenant eigenaar van die zaak was geworden. Naar mijn mening zal die ex-echtgenoot de gebrekkige overdracht (voorzover nodig gezien art. 3:24 lid 1 BW) alsnog kunnen bekrachtigen. Zie ook de in de eerste alinea gegeven voorbeelden.

Denk voorts aan het geval dat iemand over wie een meerderjarigenbewind is uitgesproken zijn woonhuis verkoopt en overdraagt zonder de vereiste medewerking van de bewindvoerder (art. 1:438 lid 2 BW). Zo'n bewindvoerder zal de overdracht later kunnen bekrachtigen. Hetzelfde zal naar mijn mening gelden indien het bestuur van een stichting of vereniging een onroerende zaak verkreeg of vervreemde zonder de statutair benodigde medewerking (art. 2:44 resp. 291 BW). Als na echtscheiding van in algehele gemeenschap gehuwde echtgenoten (of geregistreerde partners) wordt overgedragen door een van hen (degene die als enig eigenaar bij het kadaster is vermeld), zal de ander deze overdracht alsnog kunnen bekrachtigen. Zie ook P. van Schilfgaarde, antwoord rechtsvraag WPNR 5727 (1985): als een hypotheek in strijd met het bepaalde in art. 3:268 lid 3 BW is gevestigd krachtens een door de hypotheekgever verstrekte onderhandse (in plaats van authentieke) akte van

volmacht, is later bekrachtiging mogelijk. *Evenzo Pres. Rb. Amsterdam 23 mei 1991, KG 1991, 207.*

Als er aan een NV of BV in oprichting is geleverd, kan na de oprichting bekrachtiging van de koop en levering plaatsvinden ex art. 2:93 resp. 203 BW, aldus W.C.L. van der Grinten onder nr. 119 van de twaalfde druk van het door hem bewerkte handboek *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap* (Zwolle, 1992), waarbij echter onduidelijkheid bestaat over de eigendomsverhoudingen tussen het tijdstip van de levering aan de nog niet bestaande rechtspersoon en de bekrachtiging door die rechtspersoon na haar oprichting. Van der Grinten merkt daarover het volgende op (p.141-142):

‘Levering van registergoederen geschiedt door een authentieke akte gevolgd door een inschrijving daarvan in de daartoe bestemde openbare registers (zie voor zaken art. 3:89). Akte en inschrijving kunnen echter geen rechtsverrijking tot gevolg hebben zolang de vennootschap niet bestaat. Anders dan in de vorige druk zouden wij willen aannemen, dat inschrijving van de akte mogelijk is en dat deze hetzelfde effect heeft als de leveringsakte bij niet-registergoederen. De overdragende partij blijft voorshands eigenaar, doch zij wordt beschikkingsonbevoegd. De bekrachtiging door de vennootschap is niet aan een vorm gebonden. Zij kan in de openbare registers worden ingeschreven, omdat zij verandering in de rechtstoestand van het registergoed brengt (art. 3:17), immers door de bekrachtiging wordt de vennootschap eigenaar.

Verdedigd is, dat inschrijving van de overdrachtsakte waarbij als verkrijgende partij de niet bestaande vennootschap wordt genoemd, wel terstond eigendomsovergang medebrengt. De eigendomsovergang zou dan geschieden aan de persoon of personen die namens de niet bestaande vennootschap handelen. Deze zouden eigenaar worden. Dit eigendomsrecht zou echter een tijdelijk eigendom zijn. Met de bekrachtiging door de vennootschap zou de eigendom van rechtswege aan de vennootschap overgaan. Deze interpretatie van art. 93 (203) vindt ons inziens in de wettekst geen steun.’

Gezien de onduidelijke goederenrechtelijke toestand tussen het inschrijven van een afschrift van de akte van levering en de daarna plaatsvindende bekrachtiging door de vennootschap – wat is de situatie als de vervreemder tussentijds faillieert? – lijkt zo’n overdracht niet aanbevelenswaardig, temeer omdat men ook afhankelijk is van een juiste omschrijving van de verplichting in de akte van oprichting, waarover nader B. Wessels, WPNR 6217-6218 (1996).

Voor de toepassing van het vorenstaande op andere rechtspersonen zie R.G.M. Jansen, WPNR 6299/6300 (1998), n.a.v. HR 24 januari 1997, RvdW 1997, 31, die daar aantoonst welke problemen hierbij kunnen ontstaan. Ook zo'n overdracht moet worden ontraden, hetgeen niet al te moeilijk is, omdat dit soort rechtspersonen in het algemeen zonder veel problemen in korte tijd kunnen worden opgericht (eventueel in rudimentaire vorm, later gevolgd door een statutenwijziging).

Nauw verwant aan de in de eerste alinea bedoelde bekrachtiging is de convalescentie, waarbij een nietige rechtshandeling wordt geheeld door een later ingetreden rechtsfeit.²⁹ Stel een eigenaar droeg onbevoegd over – hij meende eigenaar te zijn, maar dat was niet hij, maar zijn gelijknamige vader – dan zal de overdracht worden geheeld, indien de abusievelijk overdragende partij alsnog eigenaar is geworden (bijvoorbeeld krachtens erfrecht).

Ook Potjewijd is van mening dat convalescentie van toepassing kan zijn op registergoederen, waar hij in zijn genoemde studiepocket onder nr. 46.2, onder verwijzing naar Pitlo *Goederenrecht* nr. 848, het volgende voorbeeld geeft:

‘Ook een beschikking over een registergoed die is uitgebleven omdat de vervreemder geen rechthebbende op het goed was, komt voor convalescentie in aanmerking wanneer de vervreemder achteraf rechthebbende is geworden. Zo is art. 3:58 van toepassing wanneer de koper van een onroerende zaak op de dag waarop hij de zaak geleverd krijgt, een hypotheek op de zaak wil vestigen, en de akte van vestiging vervolgens vóór de akte van levering in de registers wordt ingeschreven. De vestiging van het hypotheekrecht blijft dan aanvankelijk uit omdat de koper geen eigenaar van de zaak is en hij dus niet bevoegd is om over de zaak te beschikken. Het beoogde recht van hypotheek komt alsnog op de zaak te rusten wanneer de akte van levering in de registers wordt ingeschreven en de koper daarmee de eigendom van de zaak verkrijgt.’

Een ander voorbeeld: indien een recht van erfpacht of opstal wordt overgedragen zonder toestemming ex art. 5:91 lid 1 BW van de grond-

29 Nader over dit ook al in het Romeinse recht bestaande fenomeen A.S. Hartkamp in *Non sine causa* (G.J. Scholten-bundel, Zwolle, 1979), alsmede G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie*, diss. Leiden, 1998 (Deventer, 1998).

eigenaar (indien vereist), dan zal de overdracht worden geheeld als de toestemming alsnog wordt gegeven.³⁰

Naast bekrachtiging en convalescentie als hiervoor bedoeld, bestaat er ook bevestiging. Die kan zich voordoen indien iemand verklaart geen beroep te doen op een hem wellicht toekomende bevoegdheid tot vernietiging, bijvoorbeeld ex art. 2:7 BW op grond van mogelijke doeloverschrijding door een rechtspersoon.

Indien door een oprichter van een NV of BV een hem toebehorend goed wordt ingebracht, zonder dat de in art. 2:94 c/204 c BW voorgeschreven procedure is gevolgd, dan is die inbreng (overdracht) vernietigbaar, maar deze kan achteraf door de vergadering van aandeelhouders worden bevestigd.³¹ Eventueel kan iemand die een bevoegdheid tot vernietiging heeft overeenkomstig art. 3:55 lid 2 BW door elke onmiddellijk belanghebbende gedwongen worden om zich te uiten, zodat een einde kan komen aan een periode van onzekerheid.³²

2.6 De verdere beschermingsartikelen

Zoals wij hiervoor onder nr. 2.4 zagen, kan de werking van het causale stelsel in sommige gevallen tot onredelijke gevolgen leiden, in het bijzonder ten aanzien van derden, zodat er behoefte is aan relativerende regelingen, teneinde het rechtsverkeer niet al te zeer te ontregelen. Boek 3 BW biedt daarom sedert 1 januari 1992 de nieuwe eigenaar van een onroerende zaak (verkrijger) op diverse plaatsen bescherming. Uiteraard strekt deze bescherming zich vervolgens eveneens uit over opvolgende verkrijgers. Ook zijn er enkele artikelen die in beginsel uitsluitend betrekking hebben op opvolgende verkrijgers, zoals het reeds behandelde art. 3:88 BW.

Uitgangspunt is in vrijwel alle beschermingsartikelen het te beschermen vertrouwen van de verkrijgende partij, waarbij meestal de schijn van een rechtsgeldige overdracht is gewekt door degene die zijn rechten verliest. Anders gezegd: het vertrouwen van een (pseudo-)verkrijger wordt door de wet beschermd wanneer het verkeersbelang dit vereist.³³

30 Zie hierover mijn opmerkingen in *Erfpacht*, KNB-pleidvies (Lelystad/'s-Gravenhage, 1995), p. 81.

31 B.C.M. Waaijer, antwoord rechtsvraag WPNR 6505 (2002).

32 Zie voor een karakterisering van dit instituut J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1988 (Deventer, 1988), p. 167.

33 Zie de literatuur genoemd onder nrs. 2-4 van Mon. Nieuw BW *Derdenbescherming* A-22 (B.W.M. Nieskens-Isphording en A.E.M. van der Putt-Lauwers).

Ook geldt als beginsel dat de verkrijger van rechtswege wordt beschermd in zijn positief contractbelang, d.w.z. hij houdt in principe wat hij meende rechtsgeldig verkregen te hebben. Anders gezegd: de verkrijger wordt door de wet automatisch van pseudo-eigenaar bevorderd tot eigenaar.

De desbetreffende bepalingen hebben in beginsel een *cumulatieve* toepasselijkheid, hetgeen inhoudt dat zo'n nieuwe eigenaar (dan wel een opvolgende verkrijger) zich desgewenst op meer dan één bepaling zal kunnen beroepen, waarbij overigens telkens als uitgangspunt zal dienen te gelden dat de nieuwe eigenaar bij zijn verkrijging te goeder trouw was; zie hierna.

Allereerst is daar art. 3:24 lid 1 BW, waarin wordt bepaald dat een feit dat in de openbare registers had kunnen worden ingeschreven, niet aan een verkrijger te goeder trouw kan worden tegengeworpen indien geen publicatie plaatsvond (waarbij lid 2 een aantal uitzonderingen geeft, met name voor verjaring, alsmede voor feiten die in andere registers dienen te worden gepubliceerd, zoals het faillissementsregister of het register van de burgerlijke stand).

Op grond van deze bepaling kan wellicht worden verdedigd dat een kort voor de levering uitgesproken faillissement van de verkoper niet aan de verkrijger kan worden tegengeworpen indien dit faillissement nog niet is ingeschreven in het faillissementsregister, tenzij de verkrijger wist of kon weten van de faillietverklaring.³⁴

Indien een levering plaatsvond onder een ontbindende voorwaarde, bijvoorbeeld de niet-betaling van de koopprijs binnen een maand na de levering (de hiervoor onder nr. 2.4 genoemde 'Groninger akte'), maar deze ontbindende voorwaarde werd niet ingeschreven in de openbare registers, dan zal deze niet kunnen worden tegengeworpen jegens een derde (waarbij de vraag zich voordoet, indien deze wél was ingeschreven, wat de situatie is, indien het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde wegens niet tijdige betaling een maand later niet werd ingeschreven³⁵).

34 In deze zin J.J. van Hees in de bundel *De curator, een octopus*, serie Onderneming en Recht deel 6 (Deventer, 1996) en in onderdeel 4.3.2. van *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht*, KNB-preadviezen 1998 (Lelystad/'s-Gravenhage, 1998).

35 Over deze vraag B.W.M. Nieskens-Isphording, WPNR 6062 (1992), met reacties van J.C. van Straaten en H.W. Wiersma in WPNR 6091 (1993). Zie voor een voorbeeld van een leveringsakte met ontbindende voorwaarde Pres. Rb. Rotterdam 7 juli 1995, KG 1995, 302.

Als de gerechtigde met betrekking tot een erfdienstbaarheid met de eigenaar van het dienend erf een beperking daarover afspreekt (hij zal voortaan niet meer 's nachts over het voetpad lopen), geldt deze beperking niet voor de rechtsopvolger in de eigendom van het heersend erf (die van niets weet), tenzij deze beperking in de vorm van een aanvullende akte is gepubliceerd. Zie de discussie hierover van H.W. Wiersma, B.E. Reinhartz en C.E. du Perron in WPNR 6100 (1993), naar aanleiding van een bijdrage van eerstgenoemde in WPNR 6068 (1992), alsmede het vervolgartikel van hem daarover in WPNR 6136 (1994), waarin deze auteur aan de hand van elf casusposities tot de conclusie komt dat art. 3:24 lid 1 BW op uiterst beperkte wijze dient te worden uitgelegd, waartegen K.F.M. Berger zich keert in WPNR 6159 (1994), met reactie van Wiersma.

Ook afspraken tussen burens die op de wet zijn gebaseerd – zoals het toelaten van beplanting tegen de erfgrans – kunnen worden ingeschreven en daardoor werking tegen derden krijgen.³⁶

Zie in dit verband ook het algemener gestelde art. 3:36 BW, dat de verkrijger beschermt tegen opgewekte schijn, zoals een gepubliceerde akte die de werkelijke verhoudingen bewust of onbewust anders weergeeft.³⁷ Een bepaling die ook vóór 1992 bestond (art. 1910, later 1376a BW (oud)) en die aanleiding heeft gegeven tot HR 9 februari 1940, NJ 1940, 302, waarbij een voormalige eigenaar van een bouwterrein dit revindiceerde van een latere (derde) eigenaar, omdat de eerste overdracht door zijn makelaar als lasthebber een schijnhandeling zou zijn geweest, welke eis werd afgewezen (Kok/Hersteld Apostolische Zendinggemeente).³⁸ Zie in dit verband ook het bepaalde in art. 3:35 (vertrouwenleer) en 3:61 lid 2 BW (*apparent authority*; zie hierna).

Al deze bepalingen hebben een algemeen karakter en deze zijn niet toegespitst op een bepaalde casus.

De artikelen 3:25 en 3:26 BW bieden bescherming tegen onjuistheden in de openbare registers, bijvoorbeeld doordat de notaris in zijn akte de verklaring heeft opgenomen van een persoon die zich valselijk als de

36 K.F.M. Berger, WPNR 6283 (1997). Anders G.E. van Maanen, WPNR 6208 (1996).

37 Onduidelijk is of deze bepaling ook betrekking heeft op een ingeschreven notariële verklaring van erfrecht, bijv. indien later een onbekend buitenlands testament van de overledene blijkt te bestaan. Zie over deze vraag E.A.A. Luijten, Nieuw Erfrecht 2002/4.

38 Zie in dit verband de noot van W.M. Kleijn onder HR 2 april 1976, NJ 1977, 361.

eigenaar heeft voorgedaan een onroerende zaak liet leveren (art. 3:25), of indien een onjuist feit niet was rechtgezet, hoewel de eigenaar bekend was met die onjuistheid, bijvoorbeeld omdat de Dienst van het kadaster en de openbare registers hem daarop had gewezen, tenzij de verkrijger dit wist of had kunnen weten (art. 3:26).³⁹ Het onderscheid in deze bepalingen is, dat in het eerste geval de eigenaar zijn eigendom verliest zonder dat hij enige handeling verrichtte of naliet. In zoverre is art. 3:25 BW een vreemde eend in de bijt van de beschermingsartikelen.

In het derde lid van art. 3:24 BW wordt nog een bijzondere regel gegeven voor de bescherming van een verkrijger na het overlijden van de vorige eigenaar. De erfopvolging kan door middel van een notariële akte houdende een door de notaris opgemaakte verklaring van erfrecht worden ingeschreven; laat men dit na, dan wordt een verkrijger beschermd (tenzij het overlijden nog geen drie maanden geleden plaatsvond). In de praktijk vloeit uit dit alles geen bloed voort, omdat de in de openbare registers onverminderd als eigenaar vermelde (overleden) eigenaar immers geen rechtshandelingen meer kan verrichten. Als de eigenaar een onherroepelijke volmacht tot levering gaf (bijvoorbeeld in het kader van een economische eigendomsoverdracht), dan zal zijn overlijden niet van invloed zijn, aldus art. 3:74 lid 1 BW. Voor de gewone volmacht geeft art. 3:76 BW enkele relativeringen, zoals het kunnen gebruiken van de volmacht indien betrokkenen niet wisten dat de volmachtgever overleden was (zie ook art. 3:77 BW). Denkbaar is, dat kort na het overlijden een derde zich uitgeeft voor de overledene (bijvoorbeeld diens tweelingbroer), maar dan zal de bescherming van art. 3:25 BW werken. Indien geruime tijd na het overlijden en nadat een onroerende zaak door de erfgenamen inmiddels is geleverd aan een derde, een tot dan toe onbekende erfgenaam opduikt – waardoor zich derhalve het gevaar voordoet van een nietige overdracht – zal de verkrijger beschermd worden krachtens art. 3:17 lid 1 sub b jo. 3:24 lid 3 BW: het risico van nietvermelding van de onbekende erfgenaam is voor de erven. De aldus

39 Nader over deze bepalingen, mede in hun samenhang, P.G.H.T. Konings *De openbare registers ten hypotheekkantore*, diss. Nijmegen 1990, serie Ars Notariatus deel XLV (Amsterdam/Deventer, 1990), alsmede H.W. Wiersma in WPNR 6136 (1994). Voor een voorbeeld van iemand die zich bij een hypotheekakte uitgaf voor een ander Hof 's-Gravenhage 18 maart 1982, WPNR 5652 (1983), alsmede Vzng. Rb. Arnhem 1 nov. 2001, NJ kort 2002, 75; hetzelfde geval bij een leverings- én een hypotheekakte HR 21 juni 1985, NJ 1986, 259.

benadeelde erfgenaam heeft uiteraard wel een aanspraak jegens zijn mede-erven.⁴⁰

Art. 3:42 BW regelt de conversie ('omzetting') en deze bepaling voorkomt dat een nietigheid verder ingrijpt dan door haar doel wordt gerechtvaardigd: onder bepaalde voorwaarden kan een nietige rechtshandeling door de rechter in een geldige rechtshandeling worden omgezet. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat dit ook betrekking kan hebben op vormgebreken, maar conversie kan niet gebruikt worden om de niet in acht genomen vormvereiste van een notariële akte – bijvoorbeeld voor de levering van een onroerende zaak – te helen, omdat er geen overeenkomstige handeling bestaat. Zie *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 199-201. Als een partij zich op conversie beroept, behoeft deze niet aan te geven in welke vervangende rechtshandeling dient te worden geconverteerd; in zo'n geval is de rechter hiertoe ambtshalve bevoegd, aldus HR 22 november 2002, NJ 2003, 34.

Art. 3:45 lid 2 BW geeft de verkrijger die in beginsel paulianeus (anders dan om niet) handelde een bescherming als hij te goeder trouw was bij het aangaan der handeling. Verder bieden de art. 3:53 lid 2 en 54 lid 2 BW een bescherming, in die zin, dat deze bepalingen de rechter de mogelijkheid geven om op verzoek van een der betrokken partijen de gevolgen van een beroep op vernietiging te relativeren, waarbij gedacht kan worden aan het toekennen van een schadevergoeding of verlaging van de koopprijs onder instandhouding van de rechtshandeling. Zie voor een voorbeeld HR 18 januari 2002, NJ 2002, 106, waarbij de kosten van een nodig gebleken bodemsanering over beide partijen werden verdeeld.⁴¹

Indien iemand zich voordeed als gevolmachtigde – bijvoorbeeld de makelaar van een der partijen – zonder dat hij over een toerekenende volmacht beschikte, zal de overeenkomst niet tot stand zijn gekomen, tenzij degene in wiens naam werd gehandeld de schijn van die volmacht heeft gewekt, aldus (het hier eenvoudig weergegeven) eerdergenoemde

40 Zie P. Rodenburg, AA 1994, p. 250, alsmede mijn antwoord rechtsvraag in WPNR 6325 (1998), met reactie van R.J. Holtman in WPNR 6334 (1998).

41 Waarover nader M.E.M.G. Peletier, NTBR 2002/6.

art. 3:61 lid 2 BW.⁴² Hetzelfde geldt voor ongebruikelijke, niet bekendgemaakte beperkingen in de volmacht. Daarnaast blijft de eerder genoemde mogelijkheid van bekrachtiging bestaan (art. 3:69 BW). Voor alle vormen van bekrachtiging geldt echter dat inmiddels door derden verkregen rechten worden geëerbiedigd (zie art. 3:58 lid 3 en 69 lid 5).

Ook buiten Boek 3 BW bestaan enkele bepalingen die verkrijgers van onroerende zaken beschermen. Zo kan de echtgenoot van de vervreemder geen beroep doen op een in strijd met art. 1:88 BW verrichte rechtshandeling – bijvoorbeeld verkoop van de gemeenschappelijke woning zonder toestemming – indien de verkrijger te goeder trouw was (art. 1:89 lid 2 BW)⁴³ en geeft art. 505 lid 3 Rv een dag respijt voor de inschrijving van een afschrift van een akte waarin een onroerende zaak werd geleverd, als op die onroerende zaak direct na ondertekening van de notariële akte van levering aan beslag werd gelegd ten laste van de eigenaar/verkoper.⁴⁴

Ten slotte dient de reeds onder nr. 2.3 vermelde beperkte uitleg van de leveringsakte genoemd te worden: als de bedoeling van partijen daaruit niet blijkt – bijvoorbeeld over een andere omschrijving en/of grootte van het verkochte dan in de akte werd vermeld – mag daar na de levering en overdracht in het algemeen geen rekening mee worden gehouden.

Hiervoor werd vermeld dat men zich in voorkomende gevallen op meer dan één beschermende bepaling kan beroepen. Aan de hand van een aan vroegere rechtspraak ontleende casus kan dit nader worden toegelicht. Stel A heeft door middel van een schijnhandeling een bouwterrein aan B overgedragen, die dit vervolgens overdroeg aan de van die schijnhandeling onkundige C. Als onderliggende titel is telkens een koopovereenkomst vermeld. A wil vervolgens revindiceren. C kan zich dan beroepen op drie beschermingsbepalingen, te weten art. 3:26, 36 en 88

42 Zie HR 7 febr. 1997, NJ 1997, 291, waarover J.J. Dammingh, WPNR 6312 (1998), met reactie J.G. Groenendijk WPNR 6338 (1998). Nader over de makelaar als gevolmachtigde J.J. Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkrijging van onroerende zaken*, diss. Nijmegen 2002 (Deventer, 2002), hoofdstuk 5.

43 Een bepaling die overigens slechts zelden wordt gehonoreerd: zie Hof Amsterdam 26 okt. 1995, NJ 1997, 489.

44 Deze termijn werd verruimd n.a.v. het Baarns beslag-arrest HR 30 jan. 1981, NJ 1982, 56, WMK, WPNR 5557 (1981), waarover H. Stein in na te noemen KNB-preadvies, p. 52.

BW, waarbij het verschil is dat laatstgenoemde bepaling zowel subjectieve als objectieve goede trouw van C eist (art. 3:11 BW), terwijl art. 3:26 en 3:36 BW slechts over een subjectieve goede trouw van de verkrijger spreken, waarbij laatstgenoemde bepaling niet op een bepaald feitencomplex betrekking heeft maar als een soort van 'restbepaling' kan worden beschouwd. Als C derhalve subjectief te goeder trouw was (hij wist niets van de schijnhandeling), maar objectief wellicht niet (hij had het misschien kunnen vermoeden), zal hij slechts een beroep kunnen doen op de art. 3:26 en 3:36 BW. Als dat niet zo zou zijn, hadden die bepalingen immers weinig zin. De conclusie is derhalve, dat C door de wet in een zo gunstig mogelijke positie wordt gesteld ten opzichte van A, hetgeen niet onredelijk is, omdat laatstgenoemde per slot van rekening de veroorzaker is van alle problemen. Anders gezegd: wie goederenrechtelijk schade veroorzaakt, moet goederenrechtelijk boeten. Nader over het vorenstaande de discussie tussen M.A.B. Chao-Duivis en A.E.M. van der Putt-Lauwers in de bundel *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsonbevoegdheid* (Deventer, 1997), p. 185.⁴⁵

Tot welke puzzels dit alles aanleiding kan geven blijkt bijvoorbeeld uit het antwoord op vraag 71 van het ter gelegenheid van de invoering van het huidige BW als resultaat van een studiedag uitgegeven boekje met rechtsvragen:⁴⁶

'Vos verkoopt en levert een perceel grond aan Wolf, die daartoe een overeenkomst van geldlening sluit met Crediet ten behoeve van wie een hypotheek wordt gevestigd op dat perceel. Wolf heeft aan Vos een valse voorstelling van zaken gegeven met betrekking tot de bestemming van het perceel. Crediet was daarvan op de hoogte. Op vordering van Vos wordt de overeenkomst met Wolf vernietigd. Inmiddels had Crediet zijn vordering op Wolf gecedeerd aan Debiet, een buitenstaander die van de voorgeschiedenis onkundig is. Debiet meent een vordering versterkt met hypotheek te krijgen, maar dat wordt betwist. Is dat terecht?

45 Ook over dit vraagstuk Mon. Nieuw BW A-22 *Derdenbescherming* (B.W.M. Nieskens-Ispording en A.E.M. van der Putt-Lauwers) nr. 20, alsmede E.B. Rank-Berenschot in *Quod Licet* (Kleijn-bundel, Deventer, 1992).

46 *1001 Praktijkvragen nieuw BW* o.r.v. W.M. Kleijn en J.D.A. den Tonkelaar (Zwolle, 1991), kritisch besproken in NTBR 1992/3 door J.M. Bergen-Bos en J.M. van Buren-Dee.

Antwoord:

1. Door het geslaagde beroep op de nietigheid van de overeenkomst is Wolf nimmer de eigenaar van de grond geweest. Hij was dus bij het vestigen van het hypotheekrecht onbevoegd. Zie art. 3:98. Crediet kan geen beroep doen op art. 3:88, want hij was niet te goeder trouw.
2. Kan Debiet zich beroepen op art. 3:24 e.v.? Dat hangt ervan af of cessie beschouwd mag worden als een rechtshandeling tot het verkrijgen van een recht op een registergoed. Voor een bevestigende beantwoording van die vraag pleit dat het ongetwijfeld de bedoeling van Debiet is geweest dat hij met het vorderingsrecht een zekerheidsrecht zou verkrijgen. Ook de wetgever lijkt dan dit voorbeeld uit te gaan. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 132: "Men denke aan een cessie...".
3. Art. 3:88 is niet op deze verkrijging van toepassing.
4. Tegen de toepassing van art. 3:36 pleit dat Vos geen toerekenbare schijn heeft gewekt en dat degene die recht heeft op vernietiging van een rechtshandeling niet het risico van het vestigen van zakelijke rechten behoort te dragen.'

Zie uit dezelfde bundel ook vraag 73 en het antwoord daarop:

'Koppel is eigenaar van een door hem bewoonde onbezwaarde riante villa. Hij verkoopt deze villa aan de vennootschap Koppelaar B.V. Van die vennootschap is Stroop directeur en houder van alle aandelen. In werkelijkheid behoren deze aandelen toe aan Koppel en is Stroop alleen stroman. De levering wordt ingeschreven in de registers. De koopprijs wordt gekweten door verrekening met hetgeen de BV uit hoofde van een rekening-courantschuld van Koppel te vorderen had. Die schuld was echter aanmerkelijk lager dan de waarde van de villa. Stroop heeft speelschulden bij Gokker. Ten einde raad biedt Stroop voor een bedrag van f 100.000 aan Gokker hypothecaire zekerheid op de villa. Stroop was statutair bevoegd tot het vestigen van een hypotheek. Gokker aanvaardt deze zekerheid na advies van de notaris dat "alles in orde" is. Koppel ontdekt daarna deze gang van zaken en wil van de hypotheek af. Lukt dat? Maakt het daarbij verschil of Gokker wist of kon vermoeden dat Stroop een stroman is?

Antwoord:

1. Aangenomen moet worden dat de levering van de villa aan Koppelaar geldig was. Koppel zou kunnen aanvoeren dat de titel ontbrak omdat er van een schijnhandeling sprake is geweest. (Zie art. 3:84 lid 1 en HR 2 april 1976, NJ 1977, 361). Een aardige vraag in dit verband is of Koppel zich mag beroepen op eigen frauduleus handelen.

2. Gokker zou een beroep kunnen doen op art. 3:36. Tegengeworpen kan worden dat Gokker weliswaar een positief advies heeft ontvangen van de notaris, maar niet is afgegaan op een verklaring of gedraging van Koppel, tenzij men aanneemt dat zulks indirect is gebeurd doordat Gokker aan de notaris een onderzoek in de registers heeft laten uitvoeren.
3. Hij kan ook art. 3:88 via art. 3:98 invoeren, maar betwijfeld moet worden of hij te goeder trouw is. Een hypothecaire zekerheid van een derde voor een gokschuld is ongebruikelijk. Welke betekenis komt toe aan het feit dat de villa door Koppel bewoond werd? Koppel heeft daarentegen vertrouwen gewekt door Stroop als stroman te gebruiken.
Als Gokker daarvan op de hoogte was of kon zijn, is hij zeker niet te goeder trouw.
4. De beste kans biedt art. 3:26, dat niet de eis van de goede trouw stelt. Koppel heeft zelf de onjuistheid van de titel in de registers doen opnemen.'

Ten slotte het laatste voorbeeld genoemd onder nr. 20 van Monografie Nieuw BW A-22 *Derdenbescherming* (B.W.M. Nieskens-Ispording en A.E.M. van der Putt-Lauwers):

'A levert aan B een huis op grond van een vernietigbare titel. B levert door aan C. Op dat moment is de titel A-B vernietigd, zonder dat dat uit de registers blijkt. C zal zich, indien hij de vernietiging niet kende, in eerste instantie op artikel 3:24 kunnen beroepen. Toen C geleverd kreeg, bleek uit de registers niet van de inmiddels plaatsgevonden hebbende vernietiging. Het lijkt redelijk het niet ingeschreven zijn van de vernietiging voor rekening van A te laten.

Een probleem doet zich hierbij echter wel voor. Stel dat het titelgebrek bestond uit bedrog, door B jegens A gepleegd, waarvan C van meet af aan op de hoogte was. Kan A C tegenwerpen dat hij wetenschap had van het bedrog, zodat C alsnog wordt teruggeworpen op artikel 3:88? De billijkheid pleit in dit geval voor die oplossing. Het systeem van bescherming van verkrijgers van registergoederen via de artikelen 3:24-26 wijst een andere kant op. Denkbaar is ook C onrechtmatig handelen te verwijten, indien hij zich onder de geschetste omstandigheden wil blijven beroepen op artikel 3:24. Zie over de hier aan de orde gestelde problematiek ook Rank-Berenschot in de Kleijn-bundel. Ook zij neemt een genuanceerd standpunt in. In het algemeen zal het moeilijk zijn aan te geven welke eisen de goede trouw stelt aan iemand die op de hoogte is of behoorde te zijn van een wilsgebrek in een vorige levering. Moet zo iemand zich direct de belangen aantrekken van degene die zich op een wilsgebrek kan beroepen? Bij wetenschap van

onrechtmatig handelen, zoals bij voorbeeld bedrog of dwang, ligt dit meer voor de hand dan bij een vermoeden van dwaling. Moet C een (nog) nietsvermoedende A op de hoogte stellen van jegens hem gepleegd bedrog? Deze vragen hebben wellicht niet zo zeer te maken met de goede trouw van C dan wel met een mogelijk onrechtmatig handelen door C.’

De conclusie na kennisneming van deze voorbeelden moet zijn, dat er diverse artikelen van beschermende aard zijn, maar dat nauwelijks gesproken kan worden van een samenhangend systeem. Sommige bepalingen gelden uitsluitend voor derden (opvolgers in de eigendom te goeder trouw), andere ook voor verkrijgers (en daardoor ook voor opvolgers), terwijl diverse bepalingen elkaar overlappen. In sommige artikelen wordt uitgegaan van subjectieve goede trouw, in andere daarentegen (ook) van objectieve goede trouw van de verkrijger, waarbij steeds zwaardere eisen worden gesteld aan de onderzoeksplicht van de verkrijger.⁴⁷ Soms wordt degene die om niet verkreeg beschermd, in andere gevallen is dat niet het geval.

Wij volgen in ons BW het causale stelsel in die zin, dat in beginsel de levering en de overdracht wegvallen als de onderliggende obligatoire overeenkomst wegvalt (of nietig was), maar bij de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst wordt dit beginsel door ons hoogste rechtscollege uitsluitend gehuldigd voorzover die overeenkomst blijkt uit de partijverklaringen die zijn opgenomen in de akte van levering. Overeenkomsten aangegaan door (deels) beschikkingsonbevoegden zijn echter bijna altijd fataal voor de opvolgende levering. Kortom, het stelsel is nogal onoverzichtelijk en bovendien systematisch weinig fraai. In veel gevallen zijn opvolgende verkrijgers beschermd, maar niettemin blijven er voor hen risico's bestaan, in het bijzonder indien er bij een vorige overdracht sprake blijkt te zijn geweest van beschikkingsonbevoegdheid. Risico's die onaangenaam zijn voor de desbetreffende verkrijgers en voor derden, maar die er ook de oorzaak van kunnen zijn dat de openbare registers en de kadastrale registratie niet overeenkomen met de juridische werkelijkheid.

Men kan zich afvragen of de inperkingen die art. 3:88 BW maakt, gezien de eisen die een zo veel mogelijk ongestoord rechtsverkeer verlangt, niet beter verlaten kunnen worden, waarbij aansluiting zou kunnen worden gezocht bij het onder nr. 2.4 genoemde art. 5:110 BW inzake

47 Zie Maarten Haak en Jeroen Kortmann 'Ontwikkelingen in de derdenbescherming' AA 1997, p. 306 e.v.

gebrekkige splitsingen in appartementsrechten, welke bepaling een opvolgend appartementseigenaar ook tegen onbevoegd verrichte splitsingen beschermt. Het vervallen van de eis van goede trouw lijkt daarbij niet onoverkomelijk, omdat verkrijgers te kwader trouw meestal op andere wijze kunnen worden aangepakt.⁴⁸

Opvallend is overigens dat publiekrechtelijke wetgeving zich van het zorgvuldig opgebouwde, ingewikkelde civielrechtelijke stelsel weinig aantrekt. Het meest storende wat dit betreft is de Wet voorkeursrecht gemeenten (WVG). Krachtens deze wetgeving ontstaat het recht van een gemeente om bij voorrang een onroerende zaak te mogen kopen daags na publicatie van het desbetreffende besluit in de Staatscourant en heeft inschrijving daarvan in de openbare registers geen constitutieve functie. Art. 4 lid 4 WVG sluit de werking van art. 3:24 lid 1 BW nadrukkelijk uit. Ook in andere regelingen waarbij een besluit van een bestuursorgaan in de openbare registers dient te worden ingeschreven, wordt art. 3:24 lid 1 BW uitgesloten; zie bijvoorbeeld art. 28 lid 3 Woningwet inzake aanschrijvingen (missives). Inschrijving heeft vrijwel nooit constitutieve betekenis en verkrijgers kunnen derhalve ten aanzien van de al of niet aanwezigheid van inschrijvingen niet op de openbare registers en de kadastrale registratie afdaan, hetgeen valt te betreuen.⁴⁹

2.7 De trits koop, levering, overdracht

Bij de levering en overdracht van een onroerende zaak krachtens een koopovereenkomst kunnen, zoals wij hiervoor zagen, de volgende stadia worden onderscheiden:

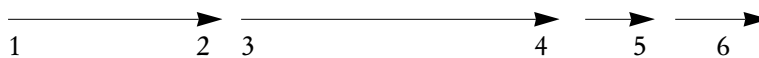
- de obligatoire fase, te weten een koopovereenkomst, die meestal is voorafgegaan door een precontractuele (onderhandelings)fase; als art. 7:3 BW in werking is getreden zal in de obligatoire fase de ‘Vormering’ of ‘Priority note’ kunnen worden geplaatst ter securering van kopers recht op levering gedurende een termijn van maximaal zes maanden;
- de goederenrechtelijke fase, bestaande uit een goederenrechtelijke (zakelijke) overeenkomst en een
- levering (beide belichaamd in de op de koopovereenkomst voortbouwende notariële akte van levering), direct gevolgd door:

48 HR 17 nov. 1967, NJ 1968, 42, GJS (Van den Bosch/Pos).

49 Nader over dit onderwerp J.A. Zevenbergen en J. de Jong in *De notaris en/in het bestuursrecht*, preadviezen KNB ('s-Gravenhage, 2001).

- de beoogde situatie van overdracht, bestaande uit de inschrijving van een afschrift (of uittreksel) van de akte van levering in de openbare registers, op welk tijdstip zowel tussen partijen als ten opzichte van derden de eigendom overgaat;
- dit alles afgesloten met enkele feitelijke handelingen, te weten de verschaffing van toegang door middel van overhandiging van de sleutels van de verkochte zaak (de ‘aflevering’ als bedoeld in art. 7:9 BW, die overigens meestal reeds plaatsvindt bij de ondertekening van de notariële akte)⁵⁰ casu quo – bij een beleggingsobject – een mededeling van de plaatsgevonden overdracht aan de huurders, alsmede de uitbetaling door de notaris van de onder hem berustende verkoopprijs aan de verkoper (art. 7:26 lid 3 BW). Dit laatste uiteraard voorzover de verkoopprijs niet dient te worden voldaan aan diens eventuele hypothecaire schuldeiser (in welk geval de notaris na inhouding en betaling van het verschuldigde bedrag aan de hypotheekhouder zal zorg dragen voor doorhaling van de desbetreffende hypotheek omdat deze door aflossing van de lening is tenietgegaan; zie art. 3:274 BW).⁵¹

Indien men deze fasen uitzet op een tijdbalk ontstaat derhalve het volgende beeld:



Waarbij (1) de aanvang van de precontractuele fase aangeeft – die in verschillende onderdelen uiteen kan vallen⁵² – en (2) het moment van totstandkomen van de koopovereenkomst, waarna (3) in de toekomst de ‘Vormerkung’ of ‘Priority note’ ten behoeve van de koper in de openbare registers kan worden geplaatst met een looptijd van maximaal zes maanden (ontw. art. 7:3 BW). De akte van levering – inhoudende de goederenrechtelijke overeenkomst – zal bij voorkeur (maar niet nood-

50 Over de vraag of dit inhoudt de verschaffing van het bezit van de (bijna) overgedragen onroerende zaak zie C.A. Kraan in WPNR 6219 (1996), in zijn bespreking van Asser *Koop en ruil*.

51 Zie over de problemen die zich daarbij kunnen voordoen H. Stein in KNB-pleadings *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht* (Lelystad/s-Gravenhage, 1998), alsmede HR 5 januari 2001, NJ 2001, 612, DA. Voor beslag zal in beginsel hetzelfde gelden als voor hypotheek, zie voormeld pleadings.

52 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723, CJHB (Plas/gemeente Valburg), waarover mijn Mon. Nieuw BW B-65c *Koop van onroerende zaken*, nr. 4, alsmede de daar vermelde verdere literatuur.

zakelijk) binnen die termijn van zes maanden dienen te worden gepasseerd (4), direct daarna gevolgd door de inschrijving van een afschrift of uittreksel van die akte in de openbare registers (5), waardoor de eigendom van het verkochte zal overgaan van verkoper op koper (5) en – na herinzage in de kadastrale registratie – uitbetaling van de koopprijs door de notaris aan verkoper en/of diens hypothecaire financier kan plaatsvinden (6).

In de tijd die verstrijkt tijdens de obligatoire fase (op de tijdbalk tussen 2 en 4) zullen tal van handelingen worden verricht, waarbij gedacht kan worden aan het opzeggen van verkopers hypothecaire lening en het opvragen van de bescheiden met betrekking tot de door koper benodigde hypothecaire financiering, het aanvragen van eventueel vereiste vergunningen of toestemmingen (bijvoorbeeld ex art. 5:91 BW), het opvragen van een betalingsoverzicht bij een vereniging van eigenaars (art. 5:122 leden 5 en 6 (nieuw) BW), het verrichten door de notaris van de nodige nazoeken, in het bijzonder het doen van inzage in de kadastrale registratie, alsmede het doen van titelonderzoek, waarmee bedoeld wordt het controleren van voorgaande leveringen (zie het volgende onderdeel).

Zoals eerder opgemerkt, bouwt de akte van levering via de daarin opgenomen goederenrechtelijke overeenkomst voort op de koopovereenkomst. De in het koopcontract opgenomen bepalingen zullen derhalve in beginsel na de levering onverkort van kracht blijven, tenzij uit de aard van die bepalingen anders blijkt (zoals een boetebeding bij niet-levering) of indien in de akte van levering een andere (nadere of afwijkende) bepaling is opgenomen. Sommige in het koopcontract opgenomen bedingen zullen pas hun volle werking krijgen na de levering, zoals een arbitragebeding of een non-concurrentiebepaling ('postcontractuele verplichtingen'), waarbij het uiteraard verstandig is om deze bedingen in de akte van levering te herhalen of daarnaar te verwijzen, opdat er geen misverstand kan ontstaan over hun blijvende gelding en eventuele derden (zoals hypotheekhouders) daarmee rekening kunnen houden. Indien onduidelijk is wat precies is verkocht – een huis met of zonder achterpad – zal, mede uit een oogpunt van derdenbescherming, gelden dat de omschrijving in de akte van levering de doorslag geeft, aldus HR 8 december 2000, NJ 2001, 350, WMK (Stichting Eelder Woningbouw/Van Kemmen c.s.); zie hiervoor onder nr. 2.3.

Een bijzonder probleem bij dit alles kan ontstaan indien de inhoud van het koopcontract en van de leveringsakte van elkaar verschillen, zonder

duidelijkheid omtrent de reden van dat verschil. Als regel zal dienen te gelden dat de (latere) akte van levering prevaleert – zie de eveneens eerder genoemde uitspraak HR 22 april 1994, NJ 1995, 560, WMK⁵³ – maar dit kan anders zijn indien het verschil is aangebracht op verzoek van een der partijen, zonder dat de andere partij zich dat realiseerde. Bijvoorbeeld indien de levering geschiedt ter uitvoering van twee elkaar opvolgende koopovereenkomsten (ABC-transactie) waarbij verschillende regelingen gelden inzake de verrekening van onder- of overmaat, terwijl de regeling van het eerste contract als grondslag wordt genomen voor de desbetreffende bepaling in de akte van levering: zie Hof 's-Gravenhage 22 januari 1988, NJ 1990, 705.⁵⁴

Dat, anders dan vóór 1992, het niet meer gebruikelijk – en ook onnodig of zelfs schadelijk voor partijen – is om in een akte van levering een bepaling op te nemen inhoudende de verklaring dat partijen afstand doen van elk recht om ontbinding of vernietiging van de onderliggende koopovereenkomst te vorderen, blijkt uit HR 13 april 2001, NJ 2001, 326.⁵⁵ Onder het oude BW was dit daarentegen noodzakelijk, omdat toen de ontbinding goederenrechtelijk gevolg had. Ook deze verandering in ons stelsel kan als een verbetering van de bescherming van derden worden beschouwd.

Volledigheidshalve wordt nog vermeld, dat een verkrijger nooit beschermd wordt voor eventueel op het overgedragene rustende (hem onbekende) beperkte rechten. Voor wat betreft hypotheek wordt dit gevaar in de praktijk geëlimineerd, doordat de voor de overdracht ingeschakelde notaris zal zorgen dat hij tevoren een toezegging tot doorhaling tegen betaling van (een gedeelte van) de koopprijs zal hebben (zie hiervoor).

Bij oude erfdienstbaarheden kan hier echter een gevaar bestaan, omdat de ontstaansmogelijkheid daarvan vroeger veelal niet duidelijk was; zo kon een erfdienstbaarheid ontstaan door bestemming (art. 747 oud BW). Ook was de inhoud in de akte van vestiging vaak vaag omschreven. Het gevolg daarvan is dat deze vroeger niet goed werden vermeld

53 Waarover C.A. Kraan, WPNR 6177 (1995).

54 Waarover A.J.H. Pleysier, De Notarisklerk 1275 (1991). Zie ook L.P.W. van Vliet, NTBR 2001/5 (waarin ook verdere jurisprudentie).

55 Zie A.I.M. van Mierlo, AA 2002, p. 89, alsmede mijn instemmend commentaar in WPNR 6458 (2001). Eerder W.M. Kleijn, JBN 1994, nr. 96. Zie in dit verband ook art. 6:236 sub b BW ('zwarte lijst').

in de kadastrale registratie; zie in dit verband art. 78 Overgangswet. Ingeval zo'n erfdiensbaarheid later mocht opduiken zal de verkrijger naar verwachting jegens zijn wederpartij een actie ex art. 7:20 BW kunnen instellen, dan wel een beroep op de algemene regeling van Boek 6 kunnen doen (schadevergoeding; eventueel ontbinding). Hetzelfde geldt voor oude, niet gepubliceerde zakelijke rechten, zoals het zakelijk recht van afpaling rond een eendenkooi (waardoor bouwwerkzaamheden binnen de afpalingskring gestaakt moesten worden: Pres. Rb. Zwolle 17 mei 2001, KG 2001, 201). Krachtens art. 150 Overgangswet kunnen deze rechten wel worden ingeschreven, maar is art. 3:24 lid 1 BW daarop niet van toepassing.

Het voor hypotheek opgemerkte is ook van toepassing op beslagen waarbij het notariaat naar aanleiding van het in het vorig onderdeel genoemde Baarns beslag-arrest in samenwerking met de Dienst van het kadaster en de openbare registers een procedure van her-inzage in de kadastrale registratie heeft ontwikkeld, teneinde een op het laatste moment ten laste van de verkoper op de verkochte onroerende zaak gelegd beslag te signaleren.

Bij nieuwbouw of verbouw van het verkochte in opdracht van de verkoper kan een gevaar schuilen in het retentierecht dat de niet-betaalde aannemer kan uitoefenen jegens de opdrachtgever en diens opvolger in de eigendom; uitoefening van dat recht is een feitelijke kwestie en publicatie daarvan in de openbare registers is daartoe niet noodzakelijk. Zie voor een sprekend voorbeeld Vzng. Rb Breda 13 augustus 2002, KG 2002, 230.

Ook bestaande persoonlijke rechten ten behoeve van derden in de vorm van huur of pacht moeten worden geëerbiedigd (art. 7:226 BW; art. 34 Pw); ook deze zijn van feitelijke aard en bovendien zijn deze rechten niet publiceerbaar, aldus art. 3:17 lid 2 BW. Als de verplichtingen uit een lopende huurovereenkomst overgaan op de nieuwe eigenaar zal dit in beginsel uitsluitend betrekking hebben op de verplichtingen van de vorige eigenaar/verhuurder, die onmiddellijk verband houden met het doen gebruiken van de gehuurde zaak tegen de door de huurder daartoe te betalen prijs, aldus HR 9 augustus 2002, NJ 2002, 544 (landgoed Queekhoven). (Art. 7:226 is nu nog 7A:1612 BW.)

Een enkele keer kan het wenselijk zijn om op een andere wijze dan door middel van levering gevolg te geven aan het bij een koop overeengekomen.

Zo kan het gewenst zijn om een aan een gemeente in het kader van een zogenaamde 'minnelijke onteigening' verkocht perceel grond niet te

leveren, maar dit alsnog te laten onteigenen, teneinde het perceel te zuiveren van (onbekende) erfdiensbaarheden (art. 59 lid 3 Onteigeningswet).

Indien na de koop van een hypotheccair (over)belast pand, doch vóór de levering daarvan, de verkoper/rechtspersoon wordt ontbonden overeenkomstig art. 2:19a BW (beschikking Kamer van Koophandel) kan spoedheidshalve in overleg met de hypotheekhouder besloten worden de weg van executie door middel van verkoop uit de hand als bedoeld in art. 3:268 lid 2 BW te volgen, waardoor deze hypotheekhouder alsnog als verkoper zal optreden.⁵⁶

Nader over ons stelsel, in het bijzonder tijdens de overgang van BW (oud) naar huidig BW, F.H.J. Mijnsen en G.H.A. Schut, *Bezit, levering en overdracht*, studiepockets privaatrecht nr. 26 (Zwolle, 3^e druk, 1991).

2.8 Het negatieve stelsel en de gevolgen daarvan voor de eigendom van onroerende zaken

Titelonderzoek door de notaris die een overdracht verzorgt, is van groot belang, niet alleen in verband met het hiervoor omschreven causale systeem, maar ook omdat in Nederland het zogenaamde *negatieve stelsel* wordt gehuldigd, hetgeen wil zeggen dat voor de levering van onroerende zaken altijd een inschrijving in de openbare registers noodzakelijk is, maar dat de vermelding van iemand als eigenaar van een bepaalde onroerende zaak in die openbare registers niet de garantie geeft dat die persoon ook werkelijk de eigenaar daarvan is.

Om een voorbeeld te geven: indien A zijn huis met bijbehorende grond heeft geleverd aan B, wordt, zoals eerder opgemerkt, B pas eigenaar daarvan indien een afschrift of uittreksel van de desbetreffende notariële akte is ingeschreven in de openbare registers, waarna aldaar vervolgens B (in plaats van A) in de kadastrale registratie als eigenaar zal worden vermeld. Als kort daarna B uit de echt scheidt van C, zal – indien B en C in algehele gemeenschap waren gehuwd – de desbetreffende onroerende zaak gaan toebehoren aan B en C tezamen (art. 1:100 BW), zonder dat de aldus ontstane gemeenschap in de kadastrale registratie is vermeld. Als vervolgens B overlijdt zullen zijn erfgenamen D en E pas later worden vermeld (zie art. 3:24 BW lid 3 BW). Hoewel de kadastra-

⁵⁶ Voor een voorbeeld zie J.G. Gräler, JBN 1994, nr. 123, inzake ontbinding op analoge wijze van een Engelse Ltd.

le registratie vooralsnog onveranderd B als eigenaar van het huis zal opgeven, berust de eigendom daarvan in werkelijkheid inmiddels bij C, D en E.

Ook titelgebreken in de akte A-B zullen hun werking kunnen doen gevoelen, bijvoorbeeld het ontbreken van de toestemming van A's echtgenote voor verkoop van de gemeenschappelijke woning, of een kenbaar paulianeus handelen door A, indien die kort na de overdracht failliet wordt verklaard, zonder dat deze gebreken aanvankelijk uit de openbare registers of de kadastrale registratie zullen blijken.⁵⁷ Indien A onbevoegd handelde (hij was kort tevoren failliet verklaard), zal de eigendom nooit zijn overgegaan op B (en dus ook niet op C, D en E), hoewel B als eigenaar zal zijn vermeld.

Voor oude objecten, zoals hofjes en voormalige gildenhuisen, zal een onderzoek in de normaliter te raadplegen openbare registers niet voldoende zijn en zullen ook andere registers en archieven moeten worden geraadpleegd. Zo stonden de wegen binnen het Amsterdamse Begijnhof in de kadastrale registratie aanvankelijk te boek als gemeentelijke eigendommen; na historisch onderzoek bleek echter de Stichting Begijnhof daarvan eigenares te zijn (waardoor zij deze desgewenst kon afsluiten).⁵⁸ De eigendom van het Paviljoen 'Welgelegen' te Haarlem (thans Provinciehuis) werd eigendom van de Staat krachtens verjaring, zo bleek uit een in 1820 gevoerde procedure (waarbij de Staat overigens merkwaaardigerwijs niet betrokken was).⁵⁹

Zou men daarentegen in onze wetgeving als uitgangspunt willen opnemen dat de vermelding in de kadastrale registratie in beginsel als volstrekt juist (ten opzichte van verkrijgers en derden) dient te gelden, dan zal moeten worden uitgegaan van het zogenaamde *positieve stelsel*, waarbij aan het functioneren en bijhouden van de openbare registers, alsmede het titelonderzoek door de bewaarder van de openbare registers, hogere eisen worden gesteld. Bij de opstelling van het nieuwe BW heeft ons Parlement daar bewust niet voor gekozen; wél wenste men, teneinde de grootste gebreken van het causale stelsel weg te nemen en daardoor de registers betrouwbaarder te maken, een verbetering van de

57 Voor meer voorbeelden zie H. Schuttevaër, RM Themis 1970, p. 366.

58 M. van Roon en B. Rutgerink, UvA-doctoraalscriptie, vermeld in Ons Amsterdam 2002 nr. 3, p. 92, alsmede door P.H.M. Gerver in De Ponder nr. 12 (2002).

59 Dit betrof een procedure tussen ex-koning Lodewijk Napoleon en koning Willem I, waarover F.A.J. van der Ven in RM Themis 2002/2.

positie van verkrijgers te goeder trouw (hetgeen geschiedde door de invoering van het reeds genoemde art. 3:88 BW en de andere onder nr. 2.6 toegelichte beschermende artikelen).⁶⁰ Ook werd de lijdelijke functie van de bewaarder der openbare registers aangescherpt (art. 3:19 en 3:20 BW) en bovendien is de Staat met zo veel woorden aansprakelijk gesteld voor inschrijvingen die ten onrechte zijn geweigerd of geschied, alsmede voor vergissingen e.d. en het verlies van rechten: zie art. 3:30 BW.

Nader over ons negatieve stelsel H. Schuttevaër in RM Themis 1970, p. 325 (voor BW (oud)) en J.A. Zevenbergen in WPNR 6240 (1996) voor het huidige BW. Dat het Duitse stelsel niet puur positief is (evenmin als het onze puur negatief is) toont W. Mincke aan in NTBR 1993/10.

2.9 Conclusie voor dit onderdeel

De keuze voor handhaving van ons causaal/negatieve stelsel is, zowel voor het oude als voor het nieuwe BW, naar mijn mening juist geweest. Als men het Duitse abstract/positieve stelsel nader beschouwt, blijkt dat dit leidt tot een formeel systeem, waarin bijvoorbeeld niet kan worden gewerkt met ontbindende voorwaarden en waarbij overdracht van gedeeltelijke kadastrale percelen niet is toegestaan (een niet uitgemeten perceel bestaat juridisch niet). Bovendien zullen ook op dit stelsel de nodige uitzonderingen moeten worden gemaakt, in het bijzonder indien de goederenrechtelijke overeenkomst lijdt aan hetzelfde manco als het voorgaande Kaufvertrag. Niettemin is het beoogde resultaat van een abstract/positief stelsel aantrekkelijk, omdat derden mogen afgaan op de situatie zoals die door het Grundbuch wordt weergegeven, waardoor zowel titelonderzoek als raadpleging van andere registers tot een minimum kan worden terug gebracht.

Met een stelsel als het onze kan een situatie worden bereikt die in feite het resultaat van het Duitse systeem dicht benadert, in het bijzonder indien het de rechten van opvolgende verkrijgers betreft. Dit zou enerzijds kunnen worden bereikt door de werking van art. 3:88 BW uit te strekken tot alle gevallen van voorgaande titelgebreken – dus óók voor

60 Conclusie TK inzake vraagpunt 1 van Meijers; *Parl. Gesch. Alg. deel* 1961, p. 109. Nader hierover het in 1965 uitgebrachte rapport van de Staatscommissie inzake het kadaster, met een commentaar daarop van H. Schuttevaër in RM Themis 1970, p. 344. Voorts H.J. Rijntje *Het kadaster*, diss. Groningen (Deventer, 1966), alsmede diverse commentaren van P. de Haan, E.A.A. Luijten en D.P.A. Nakken in WPNR 5202, 5203, 5208, 5209 en 5231 (alle 1973).

onbevoegd verrichte handelingen – en anderzijds door een verbetering van de inhoud en juistheid van de informatie verstrekt door de openbare registers en de kadastrale registratie, waarbij in de eerste plaats gedacht zou kunnen worden aan een koppeling met alle bestaande openbare registers (faillissementsregister, boedelregister, curateleregister, enz.⁶¹), waardoor art. 3:23 BW meer aan de werkelijkheid zou gaan beantwoorden. Zelfs zou men kunnen overwegen de goedetrouwbescherming uit te breiden naar de inhoud van de kadastrale registratie. Aansluitend hierop zou tevens de daarvoor in aanmerking komende bestuursrechtelijke wetgeving moeten worden aangepast, zoals thans wordt voorgesteld in het wetsvoorstel Kenbaarheid Publiekrechtelijke Beperkingen. Niet alleen zouden de registers met meer publiekrechtelijke informatie moeten worden uitgebreid dan thans het geval is, maar ook zou die informatie beslissend dienen te zijn voor het intreden van een bepaalde publiekrechtelijke inperking van de eigendomsbevoegdheden.

61 Thans bestaat reeds een koppeling met de Gemeentelijke Basis Administratie. Zie nader over de wenselijkheid van koppeling van bestanden J. de Jong in het KNB preadvies *De notaris en het elektronisch rechtsverkeer* (Lelystad/'s-Gravenhage, 1996), p. 87 e.v.

3 Het Oostenrijkse stelsel van grondboekhouding: enkele lessen

*mr.dr.ir. J.A. Zevenbergen*¹

3.1 Inleiding

In de inleiding is al aangegeven dat in internationaal verband veel over stelsels van grondboekhoudingen geschreven en gediscussieerd wordt. Daarbij gaat men er vaak toe over een stelsel dat in een bepaald land functioneert in te delen naar enkele veel gebruikte classificaties. Deze classificaties richten zich meestal op slechts een of enkele wezenskenmerken van een stelsel van grondboekhouding, en worden vaak ook nogal zwart-wit neergezet. Ze geven dus meestal een zeer versimpeld beeld, dat geen goede weergave is van de werkelijkheid.²

Zo wordt geregeld het in Nederland geldende stelsel (*registration of deeds*, negatief) als tegenpool van het in Oostenrijk geldende stelsel (*registration of title*, positief) gezien, terwijl er – zeker in de uitvoeringspraktijk – ook vele overeenkomsten tussen beide blijken te bestaan. In het navolgende volgt een korte beschrijving van het Oostenrijkse stelsel.³ Achtereenvolgens komen aan de orde een globaal overzicht van het Oostenrijkse grondtransactiesysteem, enkele elementen van het algemeen goederenrecht, de wetgeving met betrekking tot het stelsel van grondboekhouding, de status van het grondboek, de bescherming bij gebreken, een korte vergelijking met Nederland, en enkele lessen voor Nederland.

Het Oostenrijkse stelsel werkt goed in Oostenrijk, maar het lijkt meer te kosten dan absoluut noodzakelijk, en zeker meer dan wat men er in

1 De schrijver is prof.mr. J. de Jong zeer erkentelijk voor haar kritische beschouwingen op eerdere versies van dit hoofdstuk.

2 Uitgebreid hierover J.A. Zevenbergen, *Systems of Land Registration – Aspects and Effects*, diss. Delft 2002 (Delft: Nederlandse Commissie voor Geodesie), hoofdstuk 3, m.n. blz. 75-76.

3 Vergelijk ook J.A. Zevenbergen, a.w., paragraaf 6.3, het daaraan ten grondslag liggend case report, alsmede de daar aangehaalde literatuur.

veel landen voor over wil of kan hebben.⁴ Dat wil niet zeggen dat een welvarend land met goede samenwerking tussen zulke organisaties, zoals Nederland, er toch niet het een en ander van kan leren. Dat Oostenrijk erg veel waarde hecht aan zijn grondboekhoudingstelsel kan worden afgeleid uit de reactie van de Oostenrijkse Minister van Justitie toen hij op de hoogte werd gebracht van de nieuwe Bulgaarse wet op het kadaster en de eigendomsregistratie uit 2000. Na een eerder vooral vanuit Beieren geïnspireerd wetsvoorstel tot invoering van een positieve *registration of title*, was uiteindelijk gekozen voor een met Nederland vergelijkbare verbetering van het oorspronkelijke – aan het Belgisch BW ontleende – negatieve *registration of deeds* systeem. De minister verklaarde hierover tegen een vooraanstaand Bulgaars parlements lid: Nederland-Oostenrijk: 1-0.⁵

3.2 Grondtransactiesysteem

In het Oostenrijkse burgerlijk recht vindt overdracht van onroerende zaken plaats in twee stappen, te weten via de ‘titel’ en ‘levering’ (*Titel (Rechtsgrund)* en *Erwerbungsart*). De ‘titel’ is de rechtshandeling waarmee het obligatoire recht tot verkrijging ontstaat. Deze ‘titel’ ontstaat zodra partijen overeenstemming hebben bereikt over de hoofdpunten, veelal gedurende de mondelinge onderhandelingen waaraan geen formele eisen zijn verbonden.

De ‘levering’ is de openbaar zichtbare handeling die tot de werkelijke verkrijging van het zakelijk recht leidt en die het zichtbaar maakt voor de rest van de wereld. Totdat de ‘levering’ is voltooid blijft de eigendom bij de verkoper berusten.⁶ De ‘levering’ van onroerende zaken bestaat uit boeking in het *Grundbuch* (§ 431 ABGB), dit wordt wel het *Intabulationsprinzip* (boekingsprincipe) genoemd.⁷ Boeking vindt

4 J.A. Zevenbergen, a.w., blz. 158, waar ook staat dat hij het systeem niet geschikt acht om onveranderd elders toe te passen, zelfs niet in naburige Centraal-Europese landen. Dit gebrek aan toepasbaarheid elders, geldt vooral voor landen waar geen cultuur van goede samenwerking tussen de betrokken organisaties bestaat. Op blz. 153 wordt aangegeven dat het een goed voorbeeld is van een bestaand stelsel dat streeft naar een rechtszekerheidsniveau van 100-120%.

5 Naast een Beierse adviseur, waren ook enkele Nederlanders nauw bij dit wetgevingstraject betrokken. Het ging zowel om daartoe uitgezonden medewerkers van de Nederlandse Dienst voor het kadaster en de openbare registers, als schrijver dezes.

6 Peter Rummel in *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (red. Josef Aicher et al), Band I, 1990, blz 1698.

7 Uitzonderingen hierop bestaan in enkele speciale gevallen, waaronder rechterlijke uitspraken, vererving, fusies, onteigening en ruilverkaveling.

alleen plaats op grond van een uitdrukkelijk verzoek daartoe, dat, hoewel de wet dat niet eist, in de praktijk steeds schriftelijk moet zijn. Het verzoek dient de uitdrukkelijke instemming te bevatten van degene wiens recht zal worden ‘doorgehaald’ (*formelles Konsesprinzip*). Op het verzoek wordt door de *Grundbuchrichter* (in de praktijk veelal door de onder hem of haar werkende *Rechtspfleger*) beslist, aan de hand van de wettelijke eisen. Het verzoek wordt uitsluitend ingewilligd als het consistent is met de actuele stand van de boekingen in het *Grundbuch*, als de betrokken partijen bevoegd zijn de overeenkomst die aan het verzoek ten grondslag ligt aan te gaan en als hun wil om die overeenkomst aan te gaan duidelijk in de akte verwoord is (§ 94 GBG). Alvorens op het verzoek te beslissen worden deze zaken nagegaan. Ook wordt gecheckt of alle benodigde vergunningen en/of instemmingsverklaringen van uiteenlopende overheden verleend zijn. Niet nagegaan worden zaken betreffende de materieel rechtelijke kant van de onderliggende overeenkomst zelf. De Oostenrijkers noemen dit het ‘beperkte legaliteitsbeginsel’ (*beschränktes Legalitätsprinzip*).⁸ Bij verkrijging op grond van een overeenkomst, is voor levering een gelegaliseerde akte in de voorgeschreven vorm of een overheidsakte nodig (§ 432). Alle partijen moeten de akte tekenen, en in geval van een onderhandse (niet-overheids)akte moeten de handtekeningen door een notaris of griffier van een gerecht worden gelegaliseerd. In bepaalde gevallen (o.a. bij blinden) is een notariële akte voorgeschreven. De inhoud van de akte moet verzekerd zijn door goede hechting van de bladen en er mogen geen substantiële wijzigingen zijn aangebracht. De akte dient te bevatten: een gedetailleerde beschrijving van de vervreemder en de verkrijger, van het perceel dat wordt overgedragen en de delen daarvan, van de ‘titel’ die aan de overdracht ten grondslag ligt, alsmede van de tijd en plaats waar de overeenkomst is aangegaan. Een duidelijke omschrijving van het recht dat wordt overgedragen wordt door de wet niet vereist, maar zou wel uit de inhoud van de akte moeten blijken.⁹

Op grond van § 32 GBG dient iedere overdracht van zakelijke rechten gepaard te gaan met een expliciete verklaring van de persoon wiens recht wordt beperkt, wordt bezwaard, komt te vervallen of wordt overgedragen, dat hij instemt met de aanpassing van het *Grundbuch* aan deze situatie. Dit noemt men de *Aufsandungserklärung* (§ 433). Deze verklaring kan zijn opgenomen in de akte, in een aanvullende akte of in

8 Rummel, a.w., blz. 492.

9 Rummel, a.w., blz. 499.

het verzoek tot boeking (§ 32 GBG). Vrijwel alle boekingen vinden uitsluitend plaats op verzoek. De Oostenrijkse regelgeving aangaande het stelsel van grondboekhouding is erg strikt en formeel en vereist zeer gedetailleerde informatie in het verzoek. Daardoor is het noodzakelijk om grote kennis van de betreffende regelgeving te hebben wanneer men de akten en vooral de verzoeken opstelt. Foutieve akten of verzoeken aan de *Grundbuchrichter* zullen niet tot de beoogde boeking leiden omdat het verzoek zal worden afgewezen.¹⁰ Professionele akteopstellers zijn notarissen en advocaten.

Afhankelijk van het soort onroerend goed dat wordt overgedragen heeft men in Oostenrijk in veel gevallen toestemming of vergunning van deze of gene overheidsinstantie nodig. Het gaat hierbij goeddeels om regelgeving op het niveau van de *Länder*. In alle *Länder* is toestemming nodig voor de overdracht van landbouwgrond buiten de familie, van grote percelen en van overdracht aan buitenlanders, alsmede voor perceelssplitsing. Veelal dient deze toestemming te worden gevraagd bij de *Grundverkehrsbehörde*, die deel uit maakt van de *Bezirksbehörde* (bestuurslaag direct boven de gemeente).¹¹ In sommige *Länder* is welhaast iedere overdracht aan toestemming gebonden (bijv. in Tirol). Als er bouwlocaties worden gecreëerd, dan moeten de nieuw gevormde percelen zich voegen naar de (gemeentelijke) bestemmings- en kavelin-delingsplannen.

De eigenaar kan, via een speciaal verzoek, iemand van tevoren een prioriteit (*Rang*) verlenen. De datum van het verzoek bepaalt deze prioriteit, welke na een jaar zijn werking verliest¹² (vergelijk onze voorgestelde regeling in art. 7:3 BW die na zes maanden zijn werking verliest). Ook te onzent wordt deze regeling vaak met de Duitse term *Vormerkung* benoemd.

In geval van perceelssplitsing moeten de grenzen in het terrein worden gemarkeerd met toepasselijke grensmerken die duidelijk en stabiel zijn (§ 845 ABGB). Dit principe geldt alle grenzen (vergelijk § 25/1, 35/1 en 41/2 van de Wet op het Landmeten (*Vermessungsgesetz* (VermG))). De perceelssplitsing dient gebaseerd te zijn op een akte, en de nieuwe rechten ontstaan eerst nadat een en ander in het *Grundbuch* is verwerkt.

10 Martin Meyer, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Österreich; In: Schönhofer/Böhner, Haus- und Grundbesitz im Ausland, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg i.Br. (losbladige), blz. 4/B/1 – 4/B/105, m.n. blz. 4/B/13 (1996); eveneens Rummel, a.w., blz. 492.

11 Meyer, a.w., 1996, blz. 4/B/31-33.

12 Rummel, a.w., blz. 509.

In het geval dat de grensmerken tussen twee percelen door wat voor reden dan ook zodanig zijn beschadigd dat ze onherkenbaar zijn geworden, of wanneer een grens niet langer zichtbaar is of wordt weersproken, kan iedere aangrenzende eigenaar het gerecht vragen de grens te vernieuwen of te corrigeren (§ 850 ABGB). De eerste stap is daarbij een niet-contentieuze procedure waarbij de grens in het veld wordt aangeven en gemarkeerd. Daarna kan eventueel bij de rechter worden verder geëxpedeerd.

De grens tussen twee percelen kan alleen veranderen middels een eigendomsverandering in het *Grundbuch* of via een (gerechtelijke) grenscorrectie ex § 850. Dit geldt ook bij verkrijging door verjaring.

3.3 Algemeen goederenrecht

Het Oostenrijkse burgerlijk recht vindt zijn grondslag in het al uit 1811 daterende *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB). Hierin zijn o.a. definities te vinden van welke zaken als roerend en als onroerend te gelden hebben. De wet onderscheidt in § 286-290 ook tussen private en publieke zaken (*öffentliches Gut*) (zoals wegen, rivieren, havens en stranden), hoewel in veel gevallen de regels hetzelfde zijn (maar voor verjaring ten nadele van een publieke zaak geldt bijv. een langere termijn).

Daarnaast wordt speciaal nog een definitie gegeven van de zakelijke rechten (*dingliche Rechte*), die verder ook worden opgesomd. De belangrijkste zijn bezit (*Besitz*), eigendom (*Eigentum*), een deel van de erfdienstbaarheden (*Dienstbarkeiten*, *Servitute*) en ook huur en pacht (*Miete*) die geregistreerd kunnen worden en dan een aantal eigenschappen van een zakelijk recht krijgen.¹³ Buiten het ABGB treffen we nog het aan opstal en erfpacht verwante zakelijk recht *Baurecht*¹⁴ en het aan appartementsrecht verwante *Wohnungseigentum* aan. Een typisch Oostenrijks recht is verder de *Bergwerkberechtigung*.

De zekerheidsrechten zijn weer wel in het ABGB geregeld (§ 447 e.v.). Daarbij wordt ten aanzien van onroerende zaken onderscheid gemaakt tussen het *Grundpfandrecht* (dat uitsluitend bij het aangaan van een schuld kan worden gevestigd, en ook met de schuld teniet gaat (hoewel

13 Alleen geregistreerde huur of pacht bindt op grond van § 1095 ABGB een opvolgende eigenaar (uiteraard kent ook Oostenrijk voor veel andere gevallen sociale huurbescherming).

14 Dit recht dat een looptijd van 10 tot 100 jaar kan hebben is geregeld in de *Baurechtsgesetz* 1912 (BauRG), Wet van 26 April 1912, RGBl 1912/86.

dat niet altijd direct uit het register blijkt)) en de *Hypothek* (die al voor het ontstaan van de schuld gevestigd kan worden). Daarnaast kan iemand een *Zwangspfandrecht* op een onroerende zaak leggen (vergelijkbaar met ons beslag).

3.4 Wetgeving met betrekking tot het stelsel van grondboekhouding

Meer nog dan in Nederland vindt het stelsel van grondboekhouding als zodanig zijn regeling niet zozeer in het burgerlijk wetboek (ABGB), als in speciale uitvoeringswetten.¹⁵ Een korte en krachtige omschrijving van het *Grundbuch* is:¹⁶

‘Das Grundbuch ist ein von den Gerichten geführtes öffentliches Register, in das Grundstücke und die an ihnen bestehenden dinglichen Rechte eingetragen werden.’

Onder een *Grundstück* kan ongeveer hetzelfde worden verstaan als te onzent onder een onroerende zaak wordt verstaan. In vergelijkbare zin wordt het veelal door middel van een kadastraal perceel geïdentificeerd. Overigens worden verschillende zaken binnen één gemeente die dezelfde eigenaar hebben meestal als één *Grundbuchkörper* behandeld. Iedereen kan het *Grundbuch* inspecteren, en de boekingen hebben *öffentliches Glauben*: Eenieder kan zich verlaten op de correctheid en de compleetheid ervan.¹⁷ Het *Grundbuch* wordt gevoerd door de *Bezirksgerichte* (vergelijkbaar met onze (vroegere) kantongerechten) binnen wier ambtsgebied het grondstuk ligt. Boeking in het *Grundbuch*

15 De belangrijkste zijn:

- *Allgemeines Grundbuchslegungsgesetz 1929* (AllgGAG), Wet van 19 december 1929, BGBl 1930/2
- *Allgemeines Grundbuchsgesetz 1955* (GBG) Wet van 2 februari 1955, BGBl 1955/39
- *Grundbuchsumstellungsgesetz 1980* (GUG) Wet van 27 november 1980, BGBl 1980/550
- *Liegenschaftsteilungsgesetz 1929* (LiegTeilG) Wet van 19 december 1929, BGBl 1930/3
- *Vermessungsgesetz 1968* (VermG) Wet van 3 juli 1968, BGBl 1968/306
- *Urkundenhinterlegungsgesetz 1974* (UHG) Wet van 21 mei 1974, BGBl 1974/326.

16 Helmut Koziol en Rudolf Welser, *Grundriß der bürgerlichen Recht*, Band II (Sachen-, Familien- und Erbrecht), 1995, Wenen: Manz Kurzbücher, blz. 99.

17 Meyer, a.w., 1996, blz. 4/B/48.

vervangt in hoge mate de functie die bezit speelt bij de meeste andere zaken.¹⁸

Het *Grundbuch* bestaat uit het hoofdboek (*Hauptbuch*) en de aktenverzameling (*Urkundensammlung*). In aanvulling hierop zijn er nog de *Grundbuchmappe* (een bij het gerecht aanwezige kopie van de kadastrale kaart), een perceelsindex en een eigenarenindex, welke geen deel van het *Grundbuch* uitmaken. Doorslaggevend is de boeking in het hoofdboek; als uitsluitend de akte in de verzameling is opgenomen, treedt – anders dan in Nederland – het juridische effect niet in. Of het nodig is ook de akte te raadplegen om een volledig beeld van de situatie te krijgen, hangt af van de verkeersnorm, dan wel bijzondere verdenkingen.¹⁹

In het hoofdboek is er een folio voor ieder *Grundbuchkörper*, welke kan bestaan uit een of meer onroerende zaken die men kan vinden op de *Grundbuchmappe* en die van een perceelsnummer zijn voorzien. Deze kaart geeft alleen indicatie van de ligging van het perceel. De ligging van de grenzen is niet gegarandeerd, tenzij het perceel deel uitmaakt van het *Grenzkataster*. Omdat er (historisch) voor iedere onroerende zaak een folio is, wordt wel van het *Realfoliensystem* gesproken, dit in tegenstelling tot systemen waar per persoon alle hem toebehorende rechten worden geboekt (*Personalfoliensystem*, vgl. de Nederlandse ‘kadastrale legger’). Een *Grundbuchkörper* kan uit meer dan één onroerende zaak bestaan. Als één daarvan verkocht wordt, is het nodig om die uit dit folio te halen en naar een ander folio over te boeken, dan wel er een nieuw folio voor te openen.

Ieder folio bestaat uit drie pagina’s:

- pagina A; zaaksbestandspagina (informatie over de percelen en rechten die daaraan annex zijn); bestaat uit twee delen:
- nummer en gebruikscategorie van ieder perceel (A-1);
- rechten annex aan de percelen (erfdienstbaarheden waarvan een perceel het heersend erf is), door formele grensverschuiving veroorzaakte vergrotingen en verkleiningen van de omvang van de percelen²⁰ en publiekrechtelijke beperkingen die op een perceel rusten (A-2);

18 Koziol/ Welser, t.a.p.

19 Rummel, a.w., blz. 493-494.

20 In het Nederlandse stelsel resulteert iedere grensverandering in de vorming van nieuwe percelen (met nieuwe perceelsnummers), maar in Oostenrijk behoudt men zo veel mogelijk een perceelsnummer, ook al is eigenlijk een andere onroerende zaak ontstaan.

- pagina B; eigendomspagina (informatie over de eigenaar(s) en juridische feiten aangaande deze; in geval van mede-eigendom zijn de aandelen weergegeven;
- pagina C; bezwaringenpagina (informatie over bezwaringen op het recht, zoals zekerheidsrechten en belastende erfdiensbaarheden).

Het hoofdboek van het *Grundbuch* is volledig geautomatiseerd. De juridische basis voor deze automatisering is de *Grundbuchsumstellungsgesetz*, die al in 1980 van kracht werd. Tijdens de omzetting naar het geautomatiseerde systeem hebben de nieuwe gegevens zes maanden ter inzage gelegen en kon men correcties voorstellen (een soort *adjudication*-proces²¹).

Het *Grundbuch* is nauw verbonden met het door de *Vermessungsämter* gevoerde kadaster, dat uit zowel kadastrale kaarten als een beschrijvende administratie (vergelijkbaar met onze kadastrale registratie) bestaat. Die laatste registratie bevat o.a. informatie over de omvang van de percelen en het grondgebruik ervan. Een deel van deze informatie kon ook aangetroffen worden op pagina A van het *Grundbuch* toen beide nog op papier werden gehouden. Al sinds de vroege jaren tachtig zijn die twee gecombineerd in één database, waarbij sommige gegevens door het gerecht en sommige door het *Vermessungsamt* bewerkt mogen worden. Door de jaren heen heeft het zogenaamde grondbelastingkadaster zich ontwikkeld tot een technisch hoogstaand grondkadaster. Dit grondkadaster vormt een betrouwbaar instrument voor de afbakening van de eigendom op grond.²² Toch kent de (landmeetkundige) kwaliteit van het grondbelastingkadaster zijn beperkingen, en bevat het later opgezette grenskadaster (*Grenzkataster*) betere, gegarandeerde informatie. Dit grenskadaster is geïntroduceerd met de *Vermessungsgesetz*, welke in 1969 van kracht werd, maar waarvan de invoering nogal langzaam verloopt. In 1996 was ongeveer 8% van de percelen in het grenskadaster opgenomen. Het kadaster (bij het *Vermessungsamt*) wordt ook geauto-

21 Over *adjudication* zie bijv. Zevenbergen, a.w., blz. 70-73. Het is de angst voor zo'n soort proces van 'omvangrijke overgangsregelingen' dat door de Kamercommissie als één van de drie argumenten werd aangevoerd om vast te houden aan het bestaande negatieve stelsel van grondboekhouding n.a.v. het 1e Vraagpunt van Meijers (PG Boek 3 NBW, blz. 108).

22 Aldus het *Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen* (de landelijke, overkoepelende organisatie van de *Vermessungsämter*) in '150 Jahre Österreichischer Grundkataster', 1967, Wenen, blz. 5.

matiseerd gehouden, en het gedeelte, niet zijnde de kaart, zit in een gecombineerde database met het *Grundbuch*.

Zodra een verzoek tot (wijziging van de) boeking is ingediend, voert een medewerker van het *Grundbuch* het verzoek in het ‘dagregister’ in, waarmee de prioriteit van de verzoeken wordt bepaald. Er wordt ook een aantekening geplaatst bij de relevante informatie (folio) van de betreffende onroerende zaak. In het verleden gebeurde dat met potlood in het papieren folio, tegenwoordig uiteraard in het geautomatiseerde systeem (de naam *Plombe* verwijst nog wel naar het gebruik van een potlood). Hierna wordt het verzoek gecheckt, en neemt de medewerker van het *Grundbuch* (in de praktijk niet een rechter maar een soort gespecialiseerde klerk (*Rechtspfleger*)) een besluit (*Beschluß*) om het verzoek toe of af te wijzen. In beide gevallen staat tegen het besluit beroep open gedurende 30 dagen (in bijzondere gevallen 60 of 90 dagen).²³ Ten tijde van de eerste ideeën over mogelijke automatisering van het *Grundbuch* in 1971 bleek dat in meer dan 98% van de gevallen positief werd besloten, en dat rond 70% van de gevallen als routinezaak werd gekwalificeerd.²⁴

Er wordt *uitsluitend* gecontroleerd of de aanvraag is toegestaan op grond van de huidige informatie in het *Grundbuch*, of de partijen bevoegd zijn om deze overeenkomst aan te gaan en of de wil tot overdracht uit de betreffende akte blijkt (§ 94 GBG). Aangezien het verzoek slechts ingewilligd wordt wanneer het in overeenstemming is met de huidige staat van het *Grundbuch*, kan men een recht alleen verkrijgen van degene die als rechthebbende te boek staat. Is een der partijen een rechtspersoon, dan moet ook worden geverifieerd of de persoon die namens deze optrad inderdaad een rechtmatige vertegenwoordiger is. Voor bedrijven kan hiertoe het (eveneens geautomatiseerde) *Firmenbuch* geraadpleegd worden. Men dient bewijs van deze vertegenwoordigingsbevoegdheid aan het *Grundbuch* te overhandigen (dit kan door een notaris worden voorbereid).²⁵

23 Herbert Hofmeister en Helmut Auer, *Das Moderne Grundbuch*, 1992, Wenen: Österreichische Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit im Notariat und Bundesministerium für Justiz, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz No. 58, blz. 78.

24 Hofmeister/Auer, a.w., blz. 102.

25 Meyer, a.w., blz. 4/B/53.

De eigendomsoverdracht wordt geacht plaats te hebben op het moment dat het verzoek tot boeking wordt ingediend. Omdat het besluit op het verzoek, en de werkelijke boeking in het *Grundbuch* later plaatsvinden, gebeurt dit met terugwerkende kracht. Tot die tijd heeft de ‘nieuwe’ eigenaar de zaak in bezit.

In principe mag iedereen de informatie in het *Grundbuch* inzien. Maar de openbaarheid van de eigenarenindex is beperkt. Alleen de eigenaar zelf en personen met een wettelijk belang kunnen een lijst van alle bezit van een bepaalde eigenaar krijgen.²⁶ In de praktijk hebben alleen de medewerkers van het *Grundbuch* en het *Vermessungsamt* (houder van het kadaster) en notarissen en advocaten de mogelijkheid de database op persoon te bevragen. Het is aan hen om te bepalen of het wettelijk belang echt is en of het opweegt tegen de bescherming van de privacy van de betreffende eigenaar.

3.5 Bescherming bij gebreken

Eventuele gebreken in de onderliggende overeenkomst kunnen niet worden gerepareerd via de beroepsmogelijkheden van de boekingsprocedure, maar moeten via een speciaal doorhalingsverzoek plaatshebben. Problemen in de ‘titel’ worden niet gerepareerd door boeking in het *Grundbuch*, ook hier geldt de *causale leer*. Desondanks mogen derden wel op een boeking die niet consistent is met de juridische situatie vertrouwen, waardoor het mogelijk is rechten te verkrijgen van iemand die niet zelf die rechten bezat. Zo moet degene die via een nog niet geboekte verjaring een recht heeft verkregen het afleggen tegen een op het *Grundbuch* vertrouwende verkrijger te goeder trouw (§ 1500 ABGB), waarbij – net als te onzent – voor de goede trouw niet daadwerkelijk het *Grundbuch* geraadpleegd hoeft te zijn.²⁷ In Nederland werkt verjaring wel tegen een derde die op registers vertrouwd, zie art. 3:24 lid 2 onder e BW. Vergelijkbaar met de situatie in Nederland, gaat in het geval een eigenaar dezelfde zaak aan twee verschillende personen heeft verkocht, de eigendom naar de koper wiens verzoek tot boeking het eerst wordt ingediend (§ 440). Onder omstandigheden kan de ‘verliezende’ koper schadevergoeding vorderen, niet alleen van de verkoper, maar ook van de bevredigde koper, zelfs in de vorm van overdracht van de eigendom

²⁶ Koziol/Welser, a.w., blz. 107.

²⁷ Rummel, a.w., blz. 495.

aan hem.²⁸ Anders is het geval waar de verzoeken tot boeking gelijktijdig zijn gedaan, dan hebben beiden dezelfde prioriteit en ontstaan een onduidelijk situatie. Omdat in het Oostenrijkse stelsel (anders dan in het in vele opzichten vergelijkbare Duitse en Zwitserse stelsel) de koopovereenkomst vormvrij is, komen zulke ‘dubbele verkopen’ relatief vaker voor.²⁹ Partijen moeten de situatie zelf zien op te lossen. De werkelijke fysieke overdracht is niet van belang bij de overdracht van het (eigendoms)recht. Deze speelt in het goederenrecht geen enkele rol, maar kan die wel spelen in het overeenkomstenrecht.³⁰

3.6 Status van het grondboek³¹

‘Was eingetragen ist, gilt.’

Deze regel is desondanks tamelijk complex. Aan deze positieve kant van het publiciteitsbeginsel, wordt de derde slechts volledig beschermd wanneer de boeking van zijn rechtsvoorganger rechtskracht had verkregen,³² er geen waarschuwingen omtrent conflicten waren opgenomen en drie jaar gepasseerd zijn sinds de laatste boeking.

‘Was nicht eingetragen ist, gilt nicht.’

Men kan zich verlaten op het hoofdboek, zonder de aktenverzameling te checken. Voor het geautomatiseerde systeem dient men ook de doorgehaalde boekingen te bekijken.

Een uitzondering waar het systeem niet zo positief is als men zou denken betreft bepaalde erfdiensbaarheden (*Legalservitute*), welke tegen eenieder geldig zijn zelfs als ze niet zijn geboekt. Zelfs aangaande andere erfdiensbaarheden (*Dienstbarkeiten*) is de bescherming niet volledig.³³

28 Rummel, a.w., blz. 1699.

29 Hofmeister/Auer, a.w., blz. 52.

30 Rummel, a.w., blz. 496.

31 Koziol/Welser, a.w., blz. 110-111.

32 Dit is na verloop van de hiervoor al genoemde termijn van 30 (soms ook 60 of 90) dagen waarbinnen men beroep tegen het besluit op het verzoek tot boeking kan aantekenen.

33 Christoph Twaroch, Grundstücksgrenzen und Kataster, in: *Österreichische Notariats-Zeitung (NZ)*, 1994/3, blz. 54-61, m.n. blz. 54.

3.7 Korte vergelijking met Nederland

Evenals in Nederland is de eigenlijke obligatoire overeenkomst aangaande de overdracht van een onroerende zaak vormvrij, en komt deze veelal ('in hoofdlijnen') mondeling tot stand. De mate waarin er vervolgens sprake is van overeenkomst of verschil tussen het Oostenrijkse en Nederlandse stelsel is een kwestie van hoe men ertegen aan wil kijken.

Na de (mondelijke) overeenstemming volgt in Oostenrijk (verplicht) de gelegaliseerde akte die aan een aantal vormvereisten moet voldoen (waaronder de *Aufsandungserklärung*). Vervolgens wordt er een verzoek tot boeking gedaan, waarbij deze akte en meestal nog enkele andere noodzakelijke stukken (zoals overheidstoestemming) worden aangehecht. Na toetsing van die stukken (door of namens de *Grundbuchrichter*) volgt een besluit aangaande boeking. De stukken worden gearchiiveerd en indien het besluit positief is, wordt het (geautomatiseerde) *Grundbuch* hiermee in overeenstemming gebracht (beide ook door of namens de *Grundbuchrichter*).

In Nederland volgt op de mondeling totstandgekomen overeenstemming meestal (hoewel (nu nog) in geen enkel geval verplicht) een onderhandse akte waarin de obligatoire overeenkomst – eventueel nader uitgewerkt – wordt bestendigd. Vaak wordt vóórdat deze onderhandse akte tot stand komt maar in beperkte mate onderzoek gedaan naar de feitelijke en juridische status van de onroerende zaak, hoewel dit daarvoor een logischer moment is dan bij de overdracht. Vergroting van de rol van de notaris in deze fase is weliswaar niet verboden, maar is en blijft wettelijk niet voorgeschreven. Hierna wordt (door of namens de notaris) recherche in de kadastrale registratie en openbare registers verricht. Indien daarbij geen problemen aan het licht komen volgt de notariële akte tot levering (met daarin de 'goederenrechtelijke overeenkomst'). Ook als de notaris al bij de koopakte betrokken is geweest, blijft deze plicht bestaan.³⁴ Een afschrift van de notariële akte tot levering wordt bij ontvangst door de Dienst genummerd en vervolgens, na summier toetsing op enkele vormvereisten door of namens de bewaar-

34 Zie over alternatieven daarvoor W.G. Huijgen, *Rechtszekerheid of rechtsbescherming? Ofwel taak en plaats van de notaris in het vermogensrecht* (oratie Leiden), *Ars Notarius* LXXX, 1997, p. 22.; W.G. Huijgen, *Aanvulling Boek 7 nieuw BW met koop en huurkoop van onroerende zaken en aanneming van werk*, Verslag van de derde kwartaalvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht, 2002, *Bouwrecht* 2002, p. 1003-1010, m.n. p. 1006 e.v.

der, in de openbare registers ex afd. 3.1.2 BW gearhiveerd. Op basis van deze notariële akte vindt vervolgens door of namens de bewaarder de bijhouding van de (geautomatiseerde) kadastrale registratie plaats. Wij treffen in beide landen vrijwel dezelfde stappen aan, met vergelijkbare stukken (vooral akten) en vergelijkbare informatieverzamelingen (zowel aktenverzamelingen als databases). Verschil zit hem in de werkverdeling tussen de – eveneens verschillende – functionarissen,³⁵ en in – en dat krijgt meestal de meeste aandacht – de juridische betekenis van de stukken en vooral de informatieverzamelingen in gevallen waar gebreken of problemen aan het licht komen.³⁶ De weergave die men op het computerscherm ziet van de Nederlandse geautomatiseerde kadastrale registratie (AKR) en van het Oostenrijkse geautomatiseerde *Grundbuch* (*Grundstücksdatenbank GDB*) verschillen nauwelijks.

Dit gegeven moet in de Europese context niet onderschat worden. Hoewel het recht aangaande grondeigendom en grondboekhouding nog volledig nationaal gekleurd is, is binnen de Europese Unie natuurlijk steeds meer sprake van één communautaire onroerendgoedmarkt, en zeker van één hypotheekmarkt. Steeds vaker zullen mensen, bekend met de situatie in een bepaald land, informatie over een onroerende zaak in een ander land zoeken. Daarbij is zo'n vergelijkbaar scherm natuurlijk mooi als de achterliggende betekenis vergelijkbaar is, maar uiterst misleidend als die juist sterk verschilt. Overigens is het, zelfs al lijken de schermen op elkaar, natuurlijk nog knap lastig om een scherm in een andere taal te lezen.

Mede met het oogmerk om die misleiding te voorkomen en dat lezen te vergemakkelijken heeft een aantal organisaties verantwoordelijk voor grondboekhoudingen in een achttal Europese jurisdicties (alle EU-lid of binnenkort toetredend) een gezamenlijk project opgezet: EULIS. Dit staat voor European Land Information Service, en beoogt een eenduidige toegang te gaan geven tot informatie omtrent eigendom en beperkte rechten in de deelnemende landen. Het gaat dan zowel om uitleg over de betekenis van die informatie in het rechtssysteem van het betreffende land, als om een meertalige toegang tot feitelijke informatie aangaan-

35 Zie hierover ook J.A. Zevenbergen, Nederlandse stelsel van grondboekhouding, een 'geprivatiseerde' vorm van een positief stelsel, WPNR 6240 (1996), blz. 727-731.

36 In Oostenrijk is de 'perceelsindex' juridisch leidend, in Nederland het (achterliggende) 'archief'. In Oostenrijk mag als hoofdregel iedereen, behoudens partijen bij de laatste overdracht, op het register afgaan. In Nederland mag dat als hoofdregel niet, hoewel derden te goeder trouw in veel gevallen wel beschermd worden.

de specifieke onroerende zaken in dat land. Dat een en ander niet eenvoudig is zal niemand verbazen. De voortgang en uiteindelijk het resultaat zijn via de web-portal www.eulis.org te bekijken.

3.8 Lessen voor Nederland

Zoals uit de Oostenrijkse (en ook de Zwitserse) situatie blijkt kan een (verdere) positivering van ons stelsel van grondboekhouding plaatsvinden zonder dat van de causale op de abstracte leveringsleer dient te worden overgestapt. Sinds 1992 kent ons BW uiteenlopende vormen van derdenbescherming (zowel in het algemeen, als ten aanzien van hen die op de registers vertrouwden) (zie het overzicht van Van Velten in hoofdstuk 2). En ook in het Oostenrijkse stelsel zijn nog nuanceringen op de mate van positief zijn van het stelsel te vinden. In veel ‘gewone’ gevallen zal de uitkomst onder ons en Oostenrijks recht niet uiteenlopen (‘zorg ervoor dat er een door de notaris ondertekende akte wordt verwerkt, en je wordt eigenaar’). Maar zelfs in gevallen waarbij daarna gebreken of problemen het licht zien, komen de rechtsstelsels vaak tot vergelijkbare uitkomsten. Eigenlijk alleen in het geval dat tussen twee personen die beiden goede bedoelingen hadden sprake is van een tegenstrijdig belang, wordt de Gordiaanse knoop soms verschillend ontward. Naast het laten vervallen van het hiervoor door Van Velten al genoemde verschil bij derdenbescherming tussen een beschikkingsonbevoegdheid die voorkwam uit een titel- of leveringsgebrek versus beschikkingsonbevoegdheid van de toenmalige vervreemder, gaat het om de vraag of de *juridische status van de kadastrale registratie* (lees AKR) verzwaaard zou moeten worden. Net als in Oostenrijk lijkt het goed daarbij een onderscheid te maken tussen ‘wat er staat geldt’ en ‘wat er niet staat geldt niet’.

Dat laatste gaat in zekere zin al op, omdat in de praktijk levering zonder kadastrale tenaamstelling van de vervreemder niet zonder nadere verklaring kan plaatsvinden.³⁷ Hij die gerechtigd is, maar niet als zodanig in AKR bekend staat, heeft toch wel wat uit te leggen, en de notaris zal extra alert zijn en aanzienlijk uitgebreider reageren. Een verkrijger die in zo’n geval niet om nadere informatie vraagt, kan ook niet als te goeder trouw worden aangemerkt. Immers, bij beantwoording van de vraag welke feiten door raadpleging van de registers zouden zijn

37 Vergl. Asser-Mijnssen-de Haan, 2001, blz. 349.

gekend is ‘mede van belang wat aan ingeschreven feiten bij een zodanige raadpleging uit de kadastrale registratie naar voren komt.’³⁸

De Raad van State las hierin dat voor art. 3:23 ‘registers’ gelezen diende te worden als omvattende zowel de openbare registers als de kadastrale registratie. De raad stelde verder voor deze lezing ook tot de andere artikelen van afd. 3.1.2 BW uit te doen strekken en de kadastrale registratie dus juist ook bij de verschillende vormen van derdenbescherming een expliciete rol te laten spelen. De raad vond ook dat dit in overeenstemming was met de art. 3, 7, 49, 86 en 93 Kw.³⁹ In het Nader Rapport neemt de Regering dit voorstel echter niet over, en geeft aan dat met ‘registers’ in afd. 3.1.2 uitsluitend de openbare registers zijn bedoeld, en dat het ook niet wenselijk is daarin verandering te brengen.⁴⁰ Waarbij wel opgemerkt moet worden dat ten tijde van deze discussie de moderne geautomatiseerde kadastrale registratie nog niet functioneerde. Zie hierover ook Asser-Mijnssen-De Haan, 2001, blz. 369-370.

Intussen heeft het nieuwe stelsel (zoals door invoering van het nieuwe BW en de Kadasterwet en door automatisering van de kadastrale registratie ontstaan) ruim 11 jaar gefunctioneerd, en is de kwaliteit van de kadastrale registratie verder verbeterd. Enerzijds is dit gebeurd door een grotere volledigheid van in te schrijven stukken en verminderd belang van verkrijging buiten de openbare registers om. Anderzijds ontvangen zowel vervreemder als verkrijger in de meeste gevallen verplicht een kennisgeving na kadastrale toepassing van een ingeschreven stuk (art. 58 lid 1 Kw). Tegen de beschikking aangaande die kadastrale toepassing kan men bezwaar maken en beroep bij de rechtbank instellen (art. 56b en 56c). Het lijkt alleszins verdedigbaar om het risico te leggen bij degene die niet de moeite heeft genomen om zorg te dragen voor een juiste vermelding van de juridische situatie in de kadastrale registratie. Als sluitstuk op deze verhoging van de status van de kadastrale registratie zou het verstandig zijn om het beroep op de rechtbank uit art. 56c een gewoon civielrechtelijk, en niet een bestuursrechtelijk geschil⁴¹ te laten zijn.⁴² Het gaat er namelijk niet om om na te gaan of de

38 Advies RvS met aanhaling van de MvT; PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1059.

39 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1059.

40 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1063.

41 Over de beperkte betekenis van zo’n bestuursrechtelijke uitspraak zie Hoge Raad 8 augustus 1997, o.a. NJB 26-9-97, Nr 157C, p 1601 en Agrarisch Recht 1998, 4932.

42 Dit ook als compensatie voor de trend om allerlei rechtsbescherming rond onroerend goed juist een sterker bestuursrechtelijk karakter te geven (zoals bij onteigening en herverkaveling bij o.a. ruilverkaveling).

‘ambtenaar’ tot zijn besluit aangaande de kadastrale toepassing in redelijkheid (in bestuursrechtelijke zin) had kunnen komen, maar om de civielrechtelijke interpretatie van de stukken.

Dat laatste zal ons al heel dicht bij een positief stelsel brengen, maar daarvoor is het niet noodzakelijk dat de wet uitdrukkelijk verklaart dat de informatie in de kadastrale registratie klopt, dan wel dat hetgeen daarin staat opgenomen wordt gegarandeerd. Zo’n bepaling kent ook het Oostenrijkse niet. Het is niet zozeer de bemoeienis (en controle) door of namens nog een jurist (bewaarder of boekingsrechter, in aanvulling op de notaris), maar het verzuim van de rechthebbende om voor een juiste weergave van zijn rechten zorg te dragen die rechtvaardigt dat hij aan het kortste eind trekt als ten gevolge daarvan belangentegstellingen zijn ontstaan.

4 Grond en grenzen; erven en percelen

Mr.dr. H.D. Ploeger

4.1 Een stukje Nederland

Het is zo vanzelfsprekend dat we er niet meer bij stilstaan. Dat er iemand is die over een stukje van ons land zonder enig probleem kan zeggen: ik ben hier eigenaar van, dit is mijn domein, mijn erf, mijn perceel. Maar de mogelijkheid van eigendom van een deel van onze aarde is een enorme stap voorwaarts geweest in het (juridisch) denken. Roerende zaken, zoals een dier, een steen, een fiets, een auto, een muntstuk, vormen altijd een van hun omgeving afgescheiden geheel, een fysieke eenheid van nature. Aan die eenheid ontleen zij hun zelfstandigheid en daarmee de benodigde individualiteit om ook als ‘zaak’ in het rechtsverkeer aangemerkt te kunnen worden. Ontbreekt die afscheiding, bijvoorbeeld bij een zandkorrel op het strand van Scheveningen, een waterdruppel in de Rijn, dan is er geen eigendom mogelijk.¹

Bij een erf ontbreekt deze natuurlijke individualiteit. Een stuk grond ontleent die individualiteit uitsluitend aan de menselijke wil. Fysiek maakt het erf deel uit van de gehele aardkorst, en kan daaruit ook niet worden losgemaakt. In feite is de aardbol één grote zaak. De individualisatie als zaak berust dus geheel op de menselijke voorstelling, een gedachte begrenzing.²

Weliswaar kan deze grens aansluiten bij fysieke kenmerken, bijvoorbeeld een rivieroever, een rotswand, een sloot of een greppel, maar het is niet deze fysieke werkelijkheid die uit zichzelf de grens van het erf bepaalt. Dit geldt ook bij een afscheiding die door mensenhanden is ontstaan, een muur of een schutting. Deze kan zeker op de grens zijn geplaatst, men zie in dit verband het vermoeden in art. 5:36 BW, en

1 Zie uitgebreid J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten*, diss. Leiden 2003, hoofdstuk 3.

2 J. Ph. Suyling, *Inleiding tot het Burgerlijk recht deel V, Zakenrecht*, 1940, nr. 35, H.J. Rijtma, *Het kadaster*, diss. Groningen 1966, blz. 1.

daarmee een hulpmiddel zijn tot identificatie van de grens, maar deze afscheiding is nimmer zelf de grens.

De omvang van het erf reikt dus zo ver als het recht van de eigenaar strekt. De individualiteit ontleent het stuk grond uiteindelijk aan het subjectieve recht (de aanspraak van de eigenaar) en het objectieve recht dat die aanspraak erkent en beschermt.

Begrippen

Hierboven zijn reeds een aantal begrippen genoemd: ‘grond’, ‘erf’, ‘grens’. Hier zal men onmiddellijk het ‘perceel’ aan willen toevoegen. Deze woorden gebruiken we in het dagelijks leven én in het recht zo vaak, dat hun betekenis vanzelfsprekend lijkt. Maar is dat wel zo?

4.2 Grond en erf

In art. 5:20 BW vindt men de inhoud van de eigendom van de grond :

- ‘De eigendom van de grond omvat, voor zover de wet niet anders bepaalt:
- a. de bovengrond;
 - b. de daaronder zich bevindende aardlagen;
 - c. het grondwater dat door een bron, put of pomp aan de oppervlakte is gekomen;
 - d. het water dat zich op de grond bevindt en niet in open gemeenschap met water op eens anders erf staat;
 - e. gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen en werken, voor zover ze geen bestanddeel zijn van eens naders onroerende zaak;
 - f. met de grond verenigde beplantingen.’

Onmiddellijk valt op dat geen nadere omschrijving wordt gegeven van het begrip ‘grond’. Ook in de parlementaire geschiedenis vinden we geen nadere uitleg.

Kennelijk wordt in de eerste zin met ‘grond’ bedoeld een stukje van de aardbol, nader aan te duiden als het ‘erf’, of het ‘grondstuk’, dat eigendom is van één persoon (of een groep personen). Dus een in het horizontale vlak afgegrensd geheel, dat door die individualisatie vatbaar is voor (privé)eigendom.

Maar hoe worden die grenzen nu bepaald? Hierover zwijgt artikel 20. Dit handelt immers over de omvang van de grondeigendom in de verti-

cale richting (bovengrond met de daaronder gelegen ‘ondergrond’) en de gebouwen, werken, beplantingen en het water op en in die grond.

Het erf

In art. 5:20 BW wordt, naast ‘grond’ ook gesproken over het ‘erf’ (sub d).³ Dit begrip vinden we op verschillende plekken in Boek 5 terug. Men zie bijvoorbeeld art. 5:22 BW: de bevoegdheid tot het betreden van het erf van een ander. Titel 4 van Boek 5 gaat in zijn geheel over de ‘Bevoegdheden en verplichtingen van eigenaars van naburige erven’. Er is sprake van mandeligheid indien het aandeel in een gemeenschappelijke onroerende zaak kwalitatief is verbonden aan de eigendom van een erf (art. 5:60 BW). Een erfdiensbaarheid is een last waarmee het dienende erf, ten behoeve van het heersende erf is bezwaard (art. 5:70 BW). Het begrip ‘erf’ wordt in de wet niet uitgewerkt. In de Parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt:

‘Het woord “erf”, (..) heeft in het ontwerp de betekenis van “grondstuk”, waarbij zowel aan land- als aan waterpercelen moet worden gedacht, en inclusief eventuele op het grondstuk staande opstallen’.⁴

Opvallend is dat in dit citaat ook het begrip ‘perceel’ genoemd wordt. In de praktijk zien we vaak dat het begrip perceel op één lijn wordt gesteld met het erf. Dat dit onjuist is, zal onder 4 worden uitgelegd. Ik merk nu reeds op dat een erf uit verschillende (kadastrale) percelen kan bestaan.

Bekend is natuurlijk ook het ‘kavel’ als aanduiding voor een zeker stukje grond, met name in verband met begrippen als ‘verkavelen’, ‘kavelruil’ en ‘ruilverkaveling’. Anders dan bij het erf ontbreekt bij de aanduiding kavel de specifiek goederenrechtelijke betekenis en kan dit beschouwd worden als een meer algemene aanduiding.

3 Het BW 1838 (bijv. art. 562) kende in dit verband ook nog de uitdrukking ‘gronderven’.

4 Memorie van Antwoord II, Parl. Gesch. Boek 5, blz. 123. Zie ook Parl. Gesch. Boek 5, Invoeringswet, blz. 1031: een erf is ‘een stuk grond met inbegrip van de daarbij één geheel vormende gebouwen en werken’.

4.3 Grenzen

Al diverse malen is over de grens van een erf gesproken. Hierbij werd telkens gedoeld op de eigendomsgrens. Bij onroerende zaken moeten we echter verschillende soorten grenzen onderscheiden:⁵

- Gebruiksgrens (terreingrens/cultuurgrens)
- Bezitsgrens
- Eigendomsgrens (horizontale vlak)
- 3D-grens (eigendomsgrens in het verticale vlak)
- Kadastrale grens.

Gebruiksgrens

Het gaat hier om een feitelijke grens. Hoewel juridisch (goederenrechtelijk) niet direct relevant, is het goed op te merken dat de grenzen die we zien ‘in het veld’, in feite de gebruiksgrenzen zijn. Zo’n grens kan simpelweg blijken uit het type gebruik (weg, weiland, akkergrond, bos), of uit de fysieke omgrenzing van de stukken grond: een hekje, een muur, een sloot, een dijk, een heg, etc. Zo’n gebruiksgrens behoeft natuurlijk geen eigendomsgrens te zijn. Een simpel voorbeeld is een rijtje verhuurde huizen van een woningbouwvereniging. Natuurlijk heeft elke huurder zijn eigen domein, maar het geheel is eigendom van één rechtspersoon.

De begrippen terreingrens of cultuurgrens zijn min of meer synoniem aan de gebruiksgrens.

Bezitsgrens

Evenals bij het gebruik gaat het bij bezit om een feitelijke verhouding tot de grond. Maar daar komt iets bij. Bezit is het houden van een goed voor zichzelf (art. 3:107 BW). Cruciaal is het uitoefenen van de feitelijke macht, met de pretentie van een recht dat anderen uitsluit. Dat kan eigendom zijn, of een beperkt zakelijk genotsrecht zoals erfpacht. Dit

5 De grenzen die bij een appartementsplitsing ontstaan tussen de privédelens onderling en met de gemeenschappelijke delen van het complex laat ik wegens het specifieke karakter buiten beschouwing. Ik merk slechts op dat splitsing in appartementsrechten ook kan leiden tot een soort ‘verkaveling’ van het aardoppervlak, met name bij de zogenaamde horizontale appartementsplitsing, waarbij de appartementen naast elkaar op maaiveldniveau gelegen zijn. Men dient zich wel te realiseren dat de splitsing resulteert in een complex dat in zijn geheel gemeenschappelijk eigendom is van de appartementsgerechtigden.

wil niet zeggen dat de bezitter ook inderdaad de rechthebbende is. Maar volgens de bewijsregel van art. 3:119 BW wordt de bezitter wel vermoed rechthebbende te zijn. Anderen moeten hun betere recht bewijzen.

Het recht biedt de bezitter bescherming. Zie art. 3:125 BW. Hij kan optreden tegen een derde die hem in zijn bezit stoort, voorzover de ander geen beter recht heeft. De bezitter heeft recht op het herstel van de feitelijke toestand. Bewijs dat men werkelijk eigenaar, erfpachter, etc. is, is daarvoor niet nodig.

Tot slot is het bezit van belang wegens de verkrijging door verjaring. Wie bezitter is van de grond, maar geen eigenaar, zal uiteindelijk wel eigenaar worden als dit bezit maar lang genoeg duurt; 10 jaar voor bezit te goeder trouw (art. 3:99 BW), en anders 20 jaar (art. 3:105 jo 306 BW). Wanneer er sprake is van bezit van een onroerende zaak is een vraag die lastig in abstracto te beantwoorden is. De wet verwijst naar de verkeersopvatting (art. 3:108 BW). Beslissend is dat de feitelijke omstandigheden wijzen op een toebehoren van de zaak aan de bezitter. Mijnssen schrijft hierover:⁶

‘Dat de verkeersopvattingen beslissend zijn bij de beoordeling of de macht voldoende is komt in het bijzonder tot uitdrukking bij bezit van onroerende zaken, bijvoorbeeld bij landerijen en bossen. Niet hij die de fysieke heerschappij uitoefent wordt als bezitter aangemerkt (dan zou gedurende het grootste deel van de tijd niemand bezitter zijn), maar hij die de zaak gebruikt naar haar bestemming, die op het land poot, zaait, maait, die de bossen kapt en er paden door legt, kortom die daden ten aanzien van de zaak verricht, waardoor hij haar met uitsluiting van anderen aan zich dienstbaar maakt.’

Hij geeft in dit verband nog de volgende voorbeelden:⁷

‘Bezet van heidegrond wordt verkregen door deze te omwallen, schapen er op te schutten, zand er van te halen en plaggen te steken. Bezit van een stuk grond dat men als weg wil inrichten verkrijgt men door langs die grond palen te slaan, de grond binnen die palen te doen zuiveren en gelijk te maken, aan de buitenzijde langs de palen een sloot te graven en langs de weg bomen te planten.’

6 Asser-Mijnssen-De Haan, 2001, nr. 119

7 Asser-Mijnssen-De Haan, 2001, nr. 141.

Eigendomsgrens

Waar de grens tussen de eigendommen (de erven) precies ligt is van groot belang. Op de eerste plaats voor de vaststelling van de juiste omvang van het voorwerp van eigendom. Maar ook omdat het wetboek regels geeft voor het bouwen en planten rond de erfgrens, in de vorm van een ‘verboden zone’. Zie artikel 5:42 (twee meter vanaf de grenslijn voor bomen en een halve meter voor heesters en heggen) en de art. 5:50 en 5:51 BW (over de aanwezigheid van vensters en balkons binnen een zone van twee meter rond de grens).

De enige algemene regel over de ligging van de grens vinden we in art. 5:36 BW.

Dit bevat het voor weerlegging vatbare vermoeden dat de eigendomsgrens samenvalt met het midden van een afscheiding in de vorm van een muur, hek, heg, greppel of een niet bevaarbaar water (sloot, etc.). De wet sluit hierbij aan bij wat normaal is: dat men zijn eigendom op de een of andere wijze afbakent en afsluit.

Daarnaast zijn er meer specifieke bepalingen over de ligging van grenzen. In de art. 5:29-34 BW vinden we de aanwas en afslag: de verplaatsing van de eigendomsgrens door de verandering van de oeverlijn, de fysieke grens tussen water en land. Dit proces wordt beëindigd door een grensvastlegging, hetzij via een zogenaamd ‘delimitatiecontract’ tussen de betrokken eigenaars, of door de rechter.

Typisch Nederlands is art. 5:35 BW over de overstuiving van grond door zeeduin. Deze bepaling heeft evenals de regels van aanwas en afslag diepe historische wortels. De waarde van de regel is heden ten dage echter zeer gering. Zo is de werking beperkt tot de grens tussen duin en het strand. Het laatste is in de regel eigendom van de Staat der Nederlanden (art. 5:26 BW). Met betrekking tot de grens tussen het duin en de erven in het binnenland geldt de regel niet. Evenmin bij overstuivingen op andere plaatsen, zoals bijvoorbeeld de Veluwe.⁸

Is de grens tussen twee erven onzeker, dan kan de procedure tot grensbepaling van art. 5:47 BW gevolgd worden, waarbij de rechter de juiste grens vaststelt. Volgens lid 2 is de rechter bij deze procedure niet gebonden aan het wettelijk vermoeden dat de bezitter van de grond ook eigenaar is.⁹

8 Een analoge toepassing werd onder het oude recht verdedigd door A. Pitlo, *Zakenrecht*, 1980, blz. 153.

9 Zie nader Pitlo/Reehuis, *Heisterkamp, Goederenrecht*, 2002, nr. 569.

Er is geen sprake van een onzekere grens als een van de eigenaren meent dat de feitelijke grens niet overeenstemt met de eigendomsgrens.¹⁰ Dan kan deze procedure niet gevolgd worden, maar zal de revindicatie voor de betreffende grondstrook moeten worden ingesteld.

De eigenaar van een erf heeft op grond van art. 5:46 BW het recht dat op de grens afpalingstekens worden gesteld. De eigendomsgrens wordt zo zichtbaar gemaakt. Maar dit betreft dus niet de vaststelling van de grens zelf.

3D-grens (hoogte en diepte)

Het Nederlandse recht, zoals de meeste (Europese) rechtsstelsels gaat wat betreft de omvang van de grondeigendom in het verticale vlak uit van de regel ‘cujus est solum ejus est usque coelum et ad inferos’. Wie eigenaar is van de grond, is eigenaar tot in de hemel en in de diepten.¹¹ Dat over eigendom van de luchtkolom boven de grond niet gesproken kan worden volgt in elk geval sinds de invoering van het huidige BW in 1992 uit de eigendomsdefinitie in art. 5:1 BW, in samenhang met de zaaksdefinitie in art. 3:2 BW. Eigendom van louter ruimte is niet mogelijk. Men kan wel spreken over een gebruiksrecht op die ruimte, dat in beginsel exclusief toekomt aan de eigenaar van de grond.

Een dieptegrens van de eigendom van de grond wordt niet aangegeven. De eigendom van elk lapje Nederlandse grond loopt, conform de genoemde ‘cujus est solum’-regel, door tot in het middelpunt van de aarde. Maar nimmer wordt deze regel tot in de uiterste consequentie doorgevoerd. Een exclusief recht van de grondeigenaar tot op welke diepte dan ook bestaat niet. Niet alleen beperkt de mijnbouwwetgeving zijn rechten op de delfstoffen in het belang van een doelmatige winning,¹² meer in zijn algemeenheid wordt aangenomen dat ergens de exclusiviteit moet ophouden. Dit vinden we neergelegd in art. 5:21 lid 2 BW, dat zowel voor de luchtkolom boven het erf, als voor de aardkolom onder de oppervlakte geldt:

10 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 10 mei 2000, NJ 2001, 169.

11 H.D. Ploeger, *Privaatrechtelijke aspecten van de aanleg van boortunnels*, 1997, blz. 9. Het adagium zelf gaat overigens terug op middeleeuwse auteurs en niet op het klassieke Romeinse recht.

12 Per 1 januari 2003 geldt een nieuwe Mijnbouwwet (Stb. 2002, 617) die de versnipperde en deels sterk verouderde wetgeving heeft vervangen.

‘Het gebruik van de ruimte boven en onder de oppervlakte is aan anderen toegestaan, indien dit zo hoog boven of zo diep onder de oppervlakte plaats vindt, dat de eigenaar geen belang heeft zich daartegen te verzetten’.

Men is dus wel eigenaar van de diepste aardlagen, maar de exclusiviteit stopt waar het belang eindigt.¹³

Een verdeling van de grond zelf in eigendomslagen laat ons recht niet toe.¹⁴ Wel kan men via het opstalrecht eigendom van grond en gebouwen splitsen, of zelfs binnen gebouwde complexen zelfstandige eigendomslagen vormen. Men ziet overigens in de praktijk steeds meer dat dergelijke eigendomsgrenzen in het verticale vlak nader aangeduid worden door een verwijzing naar hoogtegrenzen (gemeten vanaf het NAP). Op dit moment ontbreken de mogelijkheden om deze grenzen in de derde dimensie ook in het kadaster kenbaar te maken. Wel vindt er sinds enkele jaren – in zowel binnen- als buitenland – onderzoek plaats naar de wenselijkheid en mogelijkheid van de ontwikkeling van een zogenaamd 3D-kadaster.¹⁵

Kadastrale grens

Het begrip kadastrale grens hangt nauw samen met het begrip ‘perceel’, en dit zal ik hierna bespreken.

4.4 Perceel

Vaak ziet men dat de begrippen ‘erf’ en ‘perceel’ als synoniem worden gebruikt. Dit is niet alleen het geval in de praktijk, ook in de literatuur en rechtspraak wordt soms onvoldoende onderscheid gemaakt.

Het ‘perceel’ zoekt men tevergeefs in het Burgerlijk Wetboek. Het is ook geen civielrechtelijk, maar een ambtelijk begrip. Artikel 1 van de Kadasterwet geeft de volgende definitie:

‘een deel van het Nederlands grondgebied van welk deel de Dienst [voor het kadaster en de openbare registers (HP)] de begrenzing met behulp van land-

13 Uitgebreid H.D. Ploeger en C.J.J.M. Stolker, De ondertunneling van de HSL. Boortunnels en de rechten van grondeigenaren, WPNR 6285 (1997), blz. 656-660, met reactie G.G. Zwanikken, WPNR 6310 (1998), blz. 261.

14 Ploeger, Privaatrechtelijke aspecten van de aanleg van boortunnels, blz. 61-62.

15 H.D. Ploeger en J.E. Stoter, Ruimtelijk inzicht in het kadaster, Geodesia 2002, blz. 444 e.v.

meetkundige gegevens heeft vastgelegd op grond van gegevens betreffende de rechtstoestand, bestemming en het gebruik en dat door zijn kadastrale aanduiding is gekenmerkt’.

Strikt genomen heeft het begrip perceel dus slechts een kadastrale betekenis.¹⁶ Dat neemt niet weg dat het perceel, met zijn kadastrale aanduiding, een grote rol speelt in het civielrechtelijk rechtsverkeer.

Reeds in het BW 1838 werd de kadastrale aanduiding erkend ‘als het voornaamste onderscheidingsteken van ieders eigendommen, ingevoerd als uniek en eenduidig kenmerk bij uitstek om onroerende zaken blijvend te individualiseren’.¹⁷ In dit wetboek (art. 1219 en 1231) werd bij de vestiging van hypotheek het gebruik van de kadastrale aanduiding verplicht gesteld. In de overige gevallen (eigendomsoverdracht, vestiging van beperkte genotsrechten), werd het vermelden ‘gestimuleerd’ door een strafbepaling in de (toenmalige) Notariswet.

Nu vinden we het voorschrift als inschrijvingsvereiste in art. 20 lid 1 van de Kadasterwet.

‘Indien een stuk ter inschrijving wordt aangeboden en het daarin vermelde in te schrijven feit betrekking heeft op een onroerende zaak of op een recht waaraan een zodanige zaak is onderworpen, vermeldt dit stuk de aard, de plaatselijke aanduiding zo deze er is, en de kadastrale aanduiding van die onroerende zaak onderscheidenlijk van de onroerende zaak die aan dat recht is onderworpen. (...)’

Zo kan het kadaster ook fungeren als toegang tot de openbare registers.¹⁸ Zie art. 48 lid 1 Kw:

‘de kadastrale registratie (...) wordt op een zodanige wijze gehouden en bijgehouden, dat zij tenminste door middel van de naam van de eigenaar of beperkt gerechtigde (...), alsmede door middel van de kadastrale aanduiding van de onroerende zaak en het appartementsrecht steeds de raadpleegbaarheid mogelijk doet zijn van de openbare registers (...)’.

16 Tot de uiterste consequentie doorredenerend E.E.A. Luijten en D.P.A. Nakken, *Het kadaster, de facade onzer grondboekhouding*, WPNR 5145 (1971), blz. 417: een kadastraal perceel is geen zaak, en daarom zou een leveringsakte waarin slechts naar de kadastrale kenmerken van de onroerende zaak wordt verwezen niet tot overdracht leiden.

17 J.G. Brouwer, *Kadasterwet: meer dan een grond-wet*, in: *Kadaster, openbare registers en de rechtspraktijk*, 1991, blz. 27.

18 *Parl. Gesch. Kadasterwet*, blz. 120.

De individualisatie vindt dus plaats aan de hand van de kadastrale aanduiding van het perceel, en niet primair aan de hand van een omschrijving van het grondstuk en zijn eigendomsgrenzen. Men moet dus vermelden, ‘perceel kadastraal bekend, gemeente Woudrichem, sectie D, nummer 1133’ en kan niet volstaan met een zinsnede als ‘het stukje grond dat gelegen is aan de Merwededijk 33 te Woudrichem, en waarvan de eigendomsgrenzen als volgt lopen: van de stoeprand, tot aan de perenboom in de tuin, en links en rechts begrensd door de zijgevels van de belendende panden.’

Overigens is het wel zo dat bij discrepantie tussen de kadastrale aanduiding en de feitelijke omschrijving van de onroerende zaak in de ingeschreven akte, de feitelijke omschrijving prevaleert, zo is vaste jurisprudentie.¹⁹ Dit is verklaarbaar. Men draagt immers geen kadastrale percelen over, maar onroerende zaken, de erven. De kadastrale aanduiding is niet meer dan een hulpmiddel ter individualisatie van de zaak, het erf. In het zeldzame geval dat in de akte alleen een kadastrale aanduiding van een perceel is vermeld zonder verdere omschrijving van de ligging van de onroerende zaak, moet men aannemen dat het de bedoeling van partijen is geweest een erf over te dragen conform de perceelsgrenzen zoals deze zijn weergegeven op de kadastrale kaart. Ik laat dit geval verder buiten beschouwing.

De kadastrale grens is niet automatisch eigendomsgrens

Het kadastrale perceel heeft dus een grens die vastgelegd is door de landmeters van het kadaster. Valt die ‘kadastrale grens’ nu ook samen met de eigendomsgrens? Dus met de grens van het erf? In de beleving van de doorsnee eigenaar van een onroerende zaak lijkt dat heel sterk te leven: kadastrale grens is gelijk aan eigendomsgrens. En daarmee zou perceel gelijk zijn aan het erf.

Hierboven is reeds aangestipt dat dit niet juist is. Allereerst valt al de opmerking te maken dat de begrippen erf/grondstuk (civielrechtelijk) en perceel (ambtelijk) niet met elkaar samen behoeven te vallen omdat verschillende percelen één erf kunnen uitmaken. Immers de omvang van het ‘erf’ wordt bepaald door de eigendomsgrens. Verschillende aan elkaar grenzende kadastrale percelen die eigendom zijn van een en dezelfde persoon, en dezelfde rechtstoestand hebben (bijvoorbeeld alle in

19 HR 20 februari 1987, NJ 1987, 1002 (Goedhart/Van den Berg) en HR 2 december 1988, NJ 1989, 160 (Dukker/Los).

volle eigendom, of alle in erfpacht uitgegeven aan dezelfde erfpachter), vormen daarom één erf.

Anders dan in Oostenrijk waar zo'n uit verschillende percelen bestaand erf ook als eenheid terug te vinden is in de grondboekhouding door deze te behandelen als één *Grundbuchskörper* (zie daarover Zevenbergen in onderdeel 3.4), ontbreekt bij ons een dergelijke methode om de eenheid te bewaren. Wel heeft op grond van art. 73 Kw en art. 21 Kadasterbesluit de Dienst de bevoegdheid om in dergelijke gevallen de kadastrale percelen samen te voegen. Dit is met name gewenst als de feitelijke grenzen tussen de kadastrale percelen verdwenen zijn.²⁰ Het is echter niet zo dat de Dienst actief op zoek gaat naar dergelijke voor samenvoeging vatbare percelen.

Maar afgezien van dit geval, vallen de perceelsgrenzen met de eigendomsgrenzen samen?

In het ideale geval is dat inderdaad het geval. Dan zijn gebruiksgrens, bezitsgrens, eigendomsgrens en kadastrale grens volledig identiek.

Maar laten we eerst bezien wat de oorsprong is van die kadastrale percelen en hun grenzen.

Oorsprong van de perceelsgrenzen

Voorafgaande aan de formele instelling van het Nederlandse kadaster per 1 oktober 1832 moest niet alleen de nodige informatie over de recht-hebbende en rechten op onroerende zaken worden vergaard, maar ons land ook kadastraal in kaart worden gebracht.

Destijds bij het uitmeten van die percelen werden de eigenaren, voorzover bekend uit de toen bestaande 'verpondingsregisters' (registers op basis waarvan tot dan toe de belastingheffing plaatsvond), uitgenodigd aanwezig te zijn om de toen bestaande grens aan te wijzen.²¹

Waar verschil van mening bestond over de juiste ligging van de eigendomsgrens werd getracht partijen tot een schikking te bewegen. Kon er geen overeenstemming bereikt worden, dan werd de grens langs een zichtbare afscheiding gelegd. Ontbrak een dergelijk afgrenzing dan werd het perceel in 'consort gesteld', dat wil zeggen beide grondstukken werden onder één kadastraal nummer verenigd en als een perceel behandeld waarbij partijen als mede-eigenaren werden geboekt.

²⁰ Parl. Gesch. Kadasterwet, blz. 255.

²¹ Rijtma, diss. blz. 4.

Verscheen slechts één eigenaar, dan stelde de landmeter de perceelsgrens ook vast aan de hand van diens eenzijdige aanwijzing. Verscheen niemand, dan werd de grens ambtshalve vastgesteld, aan de hand van de informatie van een 'plaatselijk bekende aanwijzer'. In de praktijk trad de burgemeester of de veldwachter als zodanig op.

Nederland was in kaart gebracht en verdeeld in percelen. In beginsel waren alle eigendommen keurig uitgemeten. Men zou dus (fouten daar gelaten) moeten aannemen dat zich toen de ideale situatie voordeed: eigendomsgrens is gelijk aan de kadastrale grens; erf is gelijk aan kadastraal perceel.

Hoe is het mogelijk dat daar in de loop der tijd toch verschillen in zijn gekomen?

Het antwoord ligt in feite reeds besloten in het ontstaan van de kadastrale percelen: de landmeter heeft de grenzen uitgemeten die hem door partijen zijn aangewezen. Zo gaat het nog tot op de dag van vandaag. Iets anders gezegd: het kadaster legt de aangegeven eigendomsgrenzen vast in zijn administratie, maar maakt deze grenzen dus zelf niet. De eigendomsgrenzen worden dus ook niet gegarandeerd. Het kadaster kan alleen aangeven wat de kadastrale grens tussen twee percelen is. Hierbij dient men nog te bedenken dat de kadastrale kaart, hoe groot ook het belang is dat daar in de praktijk aan gehecht wordt, in feite niet meer geeft dan een indicatie van de ligging van het perceel en zijn grenzen. Een nauwkeurige reconstructie van de eertijds opgemeten grens is slechts mogelijk aan de hand van het bij de meting opgemaakte veldwerk. In dit verband is het opmerkelijk dat in de Kadasterwet de kaart centraal staat en voor het op het kadasterkantoor aangehouden archief met veldwerken een weinig prominente plek is weggelegd (zie art. 3, 49 en 50 Kw).

Bijhouding en vernieuwing

Mutaties worden natuurlijk wel verwerkt. Aanpassing van het kadastrale beeld aan de (juridische) werkelijkheid heet in de Kadasterwet 'bijwerking'. Bijwerking kan gebeuren in de vorm van 'bijhouding', of als 'vernieuwing'.

De belangrijkste vorm van bijhouding is de reactie van het kadaster op stukken die zijn ingeschreven in de openbare registers: bijvoorbeeld een akte van overdracht of de vestiging van een beperkt recht. In de regel zal dit niet leiden tot een wijziging van de eigendomsgrenzen.

Dit is wel het geval bij de overdracht (of bezwaring) van een gedeelteilijk (kadastraal) perceel. De eigendomsoverdracht of bezwaring is vol-

ledig geldig op het moment dat de akte is ingeschreven in de openbare registers. In tegenstelling tot het door Zevenbergen beschreven Oostenrijkse stelsel (en vele andere landen) verplicht de Nederlandse wet niet dat voor de rechtshandeling het bestaande kadastraal perceel wordt gesplitst opdat het stukje grond ook kadastraal een zelfstandig bestaan verkrijgt. De mogelijkheid om vooraf het betreffende deel uit te laten meten bestaat overigens wel. Er wordt echter zelden gebruik van gemaakt. De individualisatie tot zelfstandige zaak, tot zelfstandig voorwerp, vindt in de Nederlandse praktijk plaats met de overdracht zelf, en door een feitelijke omschrijving in de akte. Dus niet via een voorafgaande (administratieve) procedure.

Zoals in de inleiding reeds aan de orde kwam, worden de mutaties achteraf wel kadastraal verwerkt. De nieuwe grens wordt uitgemeten, en de nieuwe eigendommen verkrijgen een nieuw kadastraal nummer, een eigen kadastrale identiteit. Een en ander vindt ook plaats bij vestigen van een beperkt recht op een deel van het erf, tenzij er sprake is van de in art. 6 Kadasterbesluit genoemde gevallen.²² De andere (zeer zeldzaam toegepaste) procedure om kadastrale registratie en kaarten in overeenstemming te brengen met de juridische realiteit is de (ambtshalve) vernieuwing.

De Dienst kan een onderzoek starten of de kadastrale gegevens wel kloppen. Als door de belanghebbenden geen afdoende bezwaren naar voren zijn gebracht, wordt een notariële akte van vernieuwing opgesteld, die door een ambtenaar van de Dienst wordt ondertekend. Na inschrijving van de akte in de openbare registers worden kadastrale registratie en kaarten bijgewerkt (art. 74 Kw).

Op te merken is dat bij de inschrijving van de akte van vernieuwing geen sprake is van titelzuivering. Een eventuele werkelijk rechthebbende op de grond ziet dus door de inschrijving van de akte zelf zijn rechten niet verloren gaan. Wel geldt (op grond van art. 78 Kw) dat de in de akte genoemde personen voor de werking van de verjaring als te goeder trouw worden aangemerkt. Praktisch betekent dit dat een eventuele werkelijk rechthebbende nog tien jaar de tijd heeft om te handelen. Doet hij dit niet, dan zullen de bezitters na 10 jaar door verjaring eigendom (of het betreffende beperkte recht) verkrijgen.

22 Vestiging op een deel van een perceel van een recht van hypotheek, een erfdienstbaarheid, een vruchtgebruik dat betrekking heeft op een deel van een gebouw en een recht van opstal dat uitsluitend betreft het leggen en houden van leidingen.

Verschuivingen

Ondanks deze instituten, die erop gericht zijn om de juridische mutaties te verwerken in de kadastrale registratie, moet men er altijd op bedacht zijn dat de erfgrans niet overeenkomt met de perceelsgrens. De oorzaak dat deze grenzen zijn gaan verschuiven zal in het algemeen zijn dat het feitelijk gebruik van de grond zich niets meer heeft aangetrokken van de eerder bestaande grenzen. Dit kan zijn doordat iemand zich het bezit verschafft van een strook grond ten koste van zijn buurman. Maar men ziet ook dat burens stukjes grond op informele wijze ‘overdragen’, dat wil zeggen zonder dat er ooit een leveringsakte in de openbare registers wordt ingeschreven. Als het bezit maar lang genoeg duurt, zal het recht zich aanpassen aan de feiten. Feit wordt recht. De bezitsgrens wordt de eigendomsgrens. Maar daarmee is de kadastrale grens nog niet aangepast.

Een andere bron van problemen vormen de eerdergenoemde erven die bestaan uit verschillende kadastrale percelen.²³ Als op dit erf een gebruiksgrens zichtbaar is (bijvoorbeeld een sloot tussen twee weilanden) die niet de kadastrale grenzen volgt, is een vergissing later snel gemaakt. Gaat de eigenaar een deel van het erf verkopen aan de hand van deze gebruiksgrens, dan stemt het verkochte dus niet overeen met een kadastraal perceel. Realiseren partijen zich deze discrepantie niet, dan zal de nieuwe eigendomsgrens niet juist in de leveringsakte worden opgenomen en dus niet in het kadaster verwerkt worden. Partijen verkeren immers in de veronderstelling dat de overdracht een compleet kadastraal perceel betreft. De nieuwe grens wordt niet uitgemeten.

Dat de kadastrale grens dus niet per definitie hoeft samen te vallen met de eigendomsgrens wordt ook door juristen niet altijd even goed begrepen. Men zie bijvoorbeeld het arrest Hoge Raad 3 november 2000, NJ 2001, 222 (Van Rossel/Versteijnen). Hierin geeft de Hoge Raad uitdrukkelijk de regel dat met de ligging van de kadastrale grens de eigendomsgrens nog niet is gegeven. Dit had het Hof miskend. Het arrest van de feitenrechter werd (mede) daarom vernietigd.

23 Zie voor een heldere bespreking van dergelijke casuïstiek E.C. Henriquez, Notaris, openbare registers, kadaster en grondeigendom, in: *Op goede gronden*, 1982, blz. 136.

4.5 Een heldere grens?

Er is niets dat tussen burens zo veel emoties kan opwekken als een discussie over de juiste ligging van de eigendomsgrens. Meningsverschillen kunnen uitlopen tot jarenlange procedures of erger. Het is de taak om deze bron van conflicten zo veel mogelijk uit te sluiten.

Verbeterde procedure grensaanwijzing

Zoals in hoofdstuk 1 uiteengezet, gaat het systeem er in beginsel van uit dat alle betrokken partijen aanwezig zijn bij de aanwijzing van de grens. Echter, in de praktijk ziet men steeds vaker dat slechts één van de partijen verschijnt, of zelfs helemaal niemand. Toch kan de landmeter dan, eveneens als bij onenigheid tussen verschillende verschenen partijen, in bepaalde gevallen tot bijhouding van de kadastrale kaart overgaan. Artikel 14 lid 3 Kadasterbesluit omschrijft deze gevallen als ‘indien de omschrijving van de ligging van de nieuwe grenzen in de ingeschreven stukken naar *het oordeel van de met de meting belaste ambtenaar* geen twijfel overlaat en tevens niet in tegenspraak is met de door hem waargenomen afpaling.’ Dat deze ambtenaar wel eens te snel tot dat oordeel komt, blijkt uit de beschikking van de rechtbank Rotterdam van 22 januari 2003, nr. 183983. Hier had een van de belanghebbenden geen mededeling gekregen van de dag en het tijdstip van de meting. De nieuwe grens werd vervolgens ingemeten zoals aangewezen door de overige partijen. De door de Dienst berekende grootte van de nieuwe percelen week echter in niet onaanzienlijke mate af van de opgave van de in de openbare registers ingeschreven akten. Ook was er duidelijk een verschil zichtbaar tussen de beoogde grens zoals deze ingetekend was op de met de leveringsakte ingeschreven tekening en de grens zoals deze uiteindelijk aangewezen en ingemeten werd. De rechter kwam daarom tot het oordeel dat er sprake was van een ‘kennelijke misslag’ van de dienst in de zin van art. 112 Kw.

De – ook in het algemeen belang zijnde – behoefte bij de betrokken landmeter om bijhouding van de kadastrale kaart af te ronden, gecombineerd met de afname van de aanwezigheid van partijen in het terrein bij het ‘halen van de aanwijs’ wijst in de richting van een noodzakelijke aanpassing van de procedure. Zoals hierna nog uitgewerkt wordt dient de notaris zorg te dragen voor een duidelijker omschrijving van de beoogde nieuwe grens in de akte van overdracht, zodat in meer gevallen met recht conform art. 14 lid 3 gehandeld kan worden. De procedure zelf kan eenvoudig verbeterd worden door na de aanwijzing en

opmeting van de nieuwe grens in het terrein, de daaruit voortvloeiende bijwerking van de kadastrale kaart eerst aan de partijen voor te leggen, alvorens deze definitief kadastraal toe te passen (zowel op de kaart als in de kadastrale registratie).

Gegarandeerde grenzen?

De Oostenrijkse *Vermessungsgesetz* van 1968 biedt in § 49 de mogelijkheid een erf op te nemen in het zogenaamde *Grenzkataster*.²⁴ Dit garandeert dat de erfgrenzen samenvallen met de kadastrale grenzen en mutaties in de grenzen door verkrijgende verjaring zijn uitgesloten. Het fraaie van een dergelijk systeem lijkt dat voor het kadaster geldt: 'What you see (on the map), is what you get'. Wat is een beter middel om de identiteit van de onroerende zaak te waarborgen en daarmee de rechtszekerheid te dienen?

De vraag is echter of men de maatschappelijke realiteit wel kan dwingen in een dergelijk keurslijf. Opgemerkt kan worden dat ook in het *Grenzkataster* de verjaring niet geheel buitenspel is gezet. Verjaring kan geen wijziging brengen in de grenzen, maar men kan wel door verjaring de eigendom van een geheel perceel verkrijgen (§ 50 *Vermessungsgesetz*). Dit roept al direct een vraag op. Anders dan bij een roerende zaak, waarbij bezit van een deel onmogelijk is, kan men natuurlijk bij grond wel een deel van het erf in bezit nemen. Hoe moet geoordeeld worden als dit deel aanmerkelijk meer is dan een grensstrook? Leidt bezit van 95% van het oppervlak uiteindelijk tot eigendom? Of is 80% voldoende? Of moet de wet strikt uitgelegd worden en vindt er nimmer verjaring plaats, tot het moment waarop de rechthebbende geheel van zijn grond is verdreven?

Hoe mooi een dergelijk stelsel ook lijkt, en wellicht ook appelleert aan de bij de leek bestaande gedachte 'kadastrale grens is gelijk aan eigendomsgrens', historische ervaringen in met name Engeland en verschillende Australische deelstaten leren dat landen die met een titelregistratie ooit de verkrijgende verjaring hebben uitgesloten, op die keuze later weer zijn teruggekomen.²⁵ Iets anders gezegd, men kan het dagelijks leven niet juridisch fixeren.

24 Zie Christoph Twaroch, Grundstückgrenzen und Kataster, Oesterreichische Notariats-Zeitung 1994, blz. 54-55. In 1996 was ca 8% van alle percelen in Oostenrijk hierin opgenomen, zie J. Zevenbergen, Systems of Land Registration, Aspects and Effects, diss. Delft 2002, blz. 153.

25 S. Rowton Simpson, Land Law and Registration (book 1), London, Surveyors Publications 1976, blz. 153-156.

Voorafgaande uitmeting bij overdracht gedeeltelijk perceel?

Een potentiële bron van conflicten is de mogelijkheid van de eigendomsoverdracht van gedeeltelijke percelen.²⁶ Zoals hiervoor reeds is aangestipt, is dit in het Oostenrijkse recht niet mogelijk. Voorafgaande aan de perceelssplitsing is toestemming van de (lokale) overheid nodig. En pas nadat het stuk grond door het kadaster is uitgemeten en een eigen kadastrale identiteit heeft verkregen, is bezwaring en overdracht mogelijk.²⁷ Verdient dit in Nederland navolging? De discussie hierover is niet nieuw.²⁸

Een contra-argument dat wel genoemd wordt, en dat vooral speelt bij grote bouwprojecten, zoals de VINEX-locaties, is dat de bouwer behoefte heeft aan voldoende vrijheid bij zijn werkzaamheden. Een definitieve uitmeting van de kavels zou in de praktijk pas mogelijk zijn nadat de huizen zijn neergezet.

Ik laat de waarde van dit argument daar en merk slechts op dat in het buitenland bouwers wel binnen de kadastrale percelen blijken te kunnen blijven. Belangrijker is dat een dergelijke systeem van perceelvorming vooraf in elk geval slechts haalbaar is als binnen korte tijd tot meting kan worden overgegaan én het nieuwe kadastrale perceel gevormd is. En hiervan lijkt op dit moment geen sprake te zijn. Momenteel bedraagt de termijn tussen inschrijving akte overdracht gedeeltelijk perceel en de uiteindelijke kennisgeving aan de rechthebbenden nadat de meting is verwerkt in de kadastrale registratie tussen de 18 (voor de zogenaamde verspreide posten) en 24 maanden (voor grote projecten, bijvoorbeeld een VINEX-locatie).

In de praktijk is een oplossing gevonden in de zogenaamde 'kadastro-clausule' in de leveringsakte. Men spreekt wel over een 'overdracht op tekening'. In de koopakte en leveringsakte wordt de ligging van het gekochte en te leveren erf schetsmatig aangegeven, maar partijen verklaren zich te conformeren aan de grenzen zoals deze uiteindelijk door

26 Er zijn niet alleen problemen op het gebied van grenzen. Als bestaande bebouwing wordt doorsneden door nieuwe eigendomsgrenzen zal men regelingen moeten treffen. Om te zien of dit nodig is zal men de feitelijke situatie moeten kennen. Een voorbeeld hoe het niet moet is het geschil over de Varikse toren, uiteindelijk beslecht door Hof Arnhem 3 april 2001, NJ 2001, 470.

27 Zie *Liegenschaftsteilungsgesetz*, BGBl. Nr 3/1930, waarover Twaroch, a.w., blz. 58-59.

28 Zie bijv. Rijtma, a.w., blz. 107, P. de Haan, RM Themis 1969, blz. 88 en W.M. Kleijn, noot onder HR 9 december 1983, NJ 1984, 342 (Van Popering/Willemsse). In afwijzende zin: Parl. Gesch. Kadasterwet, blz. 126-127.

het kadaster wordt uitgemeten. Deze uitmeting vervangt dus de eerdere (globale) aanduiding van de grenzen in de leveringsakte.²⁹

Deze clause wordt vaak aangevuld met een bepaling over onder- en overmaat, welke bijvoorbeeld inhoudt dat financiële verrekening bij gebleken verschillen onder een bepaald percentage wordt uitgesloten.

4.6 Tot besluit: de rol van de notaris

Een stuk grond dat wordt overgedragen of wordt bezwaard, wordt in de regel geïndividualiseerd aan de hand van zowel een feitelijke omschrijving als een verwijzing naar het kadastrale perceel. Reeds bij de overdracht van een volledig erf speelt de feitelijke omschrijving een grote rol omdat, zoals hierboven reeds aangegeven, bij discrepantie tussen de kadastrale aanduiding en de feitelijke omschrijving in de ingeschreven akte, de laatste voorgaat.

Bij de overdracht van een deel van een erf, is een heldere omschrijving in de leveringsakte zelfs van het grootste belang. Allereerst moet worden voldaan aan de algemene eis dat het goed bij de levering voldoende geïndividualiseerd is (3:84 lid 2 BW). Het is duidelijk dat hiervan zeker geen sprake is als men dit louter zou aanduiden als een ‘deel van het perceel kadastraal bekend (etc.)’ of ‘deel van het erf gelegen aan (etc.)’, zonder dat aangegeven wordt welk deel dit dan wel is. Er is dus een nadere aanduiding van de locatie nodig. Maar vaak ziet men dat in de leveringsakte gebruik gemaakt wordt van een zinsnede als ‘een ter plaatse aangeduid en afgepaald gedeelte ter grootte van ongeveer een en twintig are van het perceel kadastraal bekend (...)’. Als deze afpaling in het terrein er in werkelijkheid helemaal niet is, kan men zich afvragen of er wel is voldaan aan het bepaalbaarheidsvereiste.

De woorden die Eggens 70 jaar geleden opschreef over de rol van de notaris blijven actueel.³⁰ De ‘werkelijke notaris’, is niet de ambtenaar

29 Voorbeeld van een dergelijke clause: ‘De aan de akte te hechten tekening, die door beide partijen voor echt erkend en ten blijke daarvan door hen getekend is, strekt tussen partijen tot bewijs ten aanzien van de grenzen van het perceel grond.

Voor het geval het perceel nog niet is gemeten, verbinden partijen zich onverwijld na daartoe strekkend verzoek van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers over te gaan tot aanwijzing ter plaatse van de nieuwe nog niet in de kadastrale registers opgenomen perceelsgrenzen en zo nodig elkaar in kennis te stellen van het tijdstip waarop bedoelde aanwijzing zal plaatsvinden.

Zodra de meting door de dienst overeenkomstig de gelijkkluidende aanwijzing van partijen heeft plaatsgevonden, treden de uitkomsten van die meting in de plaats van de hiervoor vermelde tekening.’

30 J. Eggens, De rechtsbetrekking van notaris en cliënt, WPNR 3247 (1932), blz. 105.

die volstaat met het relateren van de verklaringen van partijen. Hij is de vertrouwenspersoon die de bedoelingen van partijen moet leren kennen, de bedoelingen toetst aan het recht en de betrokken belangen en na het geven van advies, die bedoelingen moet uitwerken 'op een wijze waarop partijen dit niet kunnen'. Dit laatste is zeer zeker van toepassing op de formulering van nieuwe eigendomsgrenzen.

Het is reeds hiervoor opgemerkt: de Dienst maakt geen eigendomsgrenzen. Partijen ontbreekt het in het algemeen aan kennis en inzicht in onze grondboekhouding. Het notariaat heeft in dit opzicht een grote verantwoordelijkheid. Waar dankzij de goede samenwerking tussen notariaat en de bewaarder van de openbare registers een hoogst betrouwbaar systeem van vastgoedtransacties is ontstaan, is het logisch dat de notaris ook op het gebied van de grenzen van onroerende zaken een waarborgfunctie vervult.

Dat de Hoge Raad onlangs heeft uitgesproken dat het gaat om de objectieve uitleg van de ingeschreven leveringsakte, en dat eventuele partijbedoelingen die niet uit de akte blijken geen rol kunnen spelen, benadrukt slechts het belang van een zorgvuldige en ondubbelzinnige omschrijving van de grenzen van de over te dragen onroerende zaak.³¹

Met name waar het gaat om de overdracht van gedeelten van kadastrale percelen, of een deel van een onroerende zaak die bestaat uit verschillende kadastrale percelen zal de notaris zich op de hoogte moeten stellen van de feitelijke toestand, om vervolgens een heldere omschrijving te maken van de door partijen gewenste eigendomsgrens. Dit kan door te verwijzen naar duurzame tekens in het terrein: muren, sloten, wegen, bomen. Daarnaast is het mee inschrijven van een tekening een nuttig hulpmiddel. Het lijkt ook wenselijk dat bij dergelijke transacties de notaris reeds in de obligatoire fase betrokken wordt. Dit is de waarborg dat het voorwerp van de obligatoire afspraak (koop van het gedeeltelijk perceel), dezelfde is als de goederenrechtelijke handeling (overdracht).

31 HR 8 december 2000, NJ 2001, 350 (Stichting Elder Woningbouw/Van Kammen).

5 Samenvatting en Aanbevelingen

prof.mr. J. de Jong

5.1 Samenvatting

In dit preadvies staat centraal de vraag of en in hoeverre kan worden gekomen tot een meer positief stelsel van grondboekhouding in ons land. Zoals reeds in de inleiding bleek, neemt de informatie- en communicatietechnologie een steeds voornamere plaats in binnen onze grondboekhouding. Het is in de praktijk onmogelijk toegang te krijgen tot de openbare registers zonder de kadastrale registratie te benaderen. Raadpleging van de kadastrale registratie vindt bijna steeds on line plaats op de werkplek van de notaris, makelaar, gemeente, bank etc. en is onmisbaar bij het onderzoek ter voorbereiding en afwerking van rechtshandelingen in onroerende zaken. Over enkele jaren zullen ook via de kadastrale registratie de openbare registers on line zijn te raadplegen. Beschouwingen over ons stelsel van grondboekhouding en voorstellen tot wijziging daarvan kunnen niet los van deze context worden gezien. Behalve op de werkwijze en het samenstel van de diverse registers en registraties waaruit onze grondboekhouding bestaat, wordt in de inleiding ook ingegaan op een aantal beginselen van grondboekhouding zoals die in de internationale praktijk worden gehanteerd: het specialiteitbeginsel; het boekingsbeginsel; het instemmingbeginsel en het publiciteitsbeginsel en die in de volgende hoofdstukken ook aan de orde komen.

In het tweede hoofdstuk van dit preadvies wordt vooral een beschrijving gegeven van ons stelsel van overdracht van onroerende zaken, de mogelijke gebreken die daarbij kunnen optreden, de manieren waarop via de bescherming van de verkrijger en andere derden te goeder trouw aan die gebreken het hoofd kan worden geboden en de rol die de openbare registers daarbij spelen.

Voor de overdracht van registergoederen/onroerende zaken geldt te onzent dat inschrijving van de notariële akte van levering een constitutief vereiste is. Met betrekking tot de overdracht wordt in ons recht het zgn. causale stelsel gehuldigd. Levering en overdracht dienen op een rechtsgeldige titel te steunen. Voor het stelsel van openbare registers

geldt dat ten principale sprake is van een negatief stelsel, waarbij – zonder nadere regeling – inschrijving in de registers geen garantie schept voor de verkrijger/derde te goeder trouw met betrekking tot zowel de volledigheid van de registers als ten aanzien van de juistheid daarvan.

Ons recht – zowel het burgerlijk recht, de Notariswet als de Kadasterwet – kent echter talloze regelingen die de verkrijger/derde te goeder trouw tegen de gevolgen van de causale leer en de onvolledigheid en onjuistheid van de openbare registers beschermen. Zoals echter uit de beschrijving van het stelsel van overdracht van onroerende zaken blijkt, is het geheel van beschermingsbepalingen tegen de gevolgen van de causale leer bij de overdracht en het negatieve stelsel van openbare registers buitengewoon complex en ondoorzichtig.

De problemen die samenhangen met de beperkte reparatiemogelijkheden van art. 3:88 lid 1 BW worden uitvoerig beschreven, evenals de mogelijkheid van bekrachtiging in dat verband van een nietige rechtshandeling. Afd. 3.1.2 BW geeft op talrijke plaatsen voor allerlei verschillende situaties bescherming aan de verkrijger/derde die te goeder trouw afgaat op de inhoud van de openbare registers. De kadastrale registratie en de kadastrale kaart spelen – anders dan art. 3:16 en 3:23 BW op het eerste gezicht zouden doen vermoeden – daarbij geen rol. Ook elders in het BW vindt men regelingen die de verkrijger/derde die te goeder trouw op opgewekte schijn afgang, beschermen. Vaak kunnen deze regelingen cumulatief worden ingeroepen, maar op een zekere uitkomst voor een verkrijger/derde die dacht een onroerend goed te hebben verkregen bestaat geen garantie.

Overigens blijkt het aantal gevallen waarin deze problemen zich voordoen door allerlei eisen opgenomen in de Notariswet en de Kadasterwet en daarop gebaseerde regelingen, alsmede door de goede zorg van het notariaat en de Dienst voor het kadaster en de openbare registers in de praktijk zeer gering te zijn.

Het Oostenrijkse stelsel van grondboekhouding, waarin het *Grundbuch* centraal staat, lijkt een verkrijger en andere derden een grotere mate van zekerheid te geven, ondanks het feit dat dit land ten aanzien van de overdracht van onroerende zaken eveneens het causale stelsel aanhangt. Het Oostenrijkse stelsel wordt kort in hoofdstuk 3 kort beschreven. De essentie van het verschil tussen het Nederlandse en Oostenrijkse stelsel lijkt te liggen in de rol die de boeking (vergelijkbaar met de Nederlandse inschrijving) speelt. Eenieder kan op de volledigheid en juistheid van de boeking in (het hoofdboek) van het *Grundbuch* afgaan. Inhoudelijk is het hoofdboek te vergelijken met onze kadastrale regis-

tratie, maar de juridische status is anders: boeking in het hoofdboek brengt de overdracht tot stand en heeft ten aanzien van derden *öffentli-ches Glauben*, waardoor het toch mogelijk is rechten te verkrijgen van een vervreemder die deze rechten niet zelf bezat. Bijhouding van de kadastrale registratie heeft in ons recht geen directe civielrechtelijke betekenis. Daarentegen heeft in Oostenrijk opnemings van de leveringsakte uitsluitend in de verzameling akten van het *Grundbuch* (vgl. onze openbare registers) juist geen civielrechtelijke betekenis.

In het vierde hoofdstuk van het preadvies wordt aandacht besteed aan de zaaksvorming bij onroerende zaken: hoe wordt de aarde verdeeld in individualiseerbare stukken en welke rol spelen daarbij de verschillende in ons recht gehanteerde begrippen? In het bijzonder wordt aandacht besteed aan de verschillende betekenissen van het begrip grens, zoals gebruiksgrens, cultuurgrens, bezitsgrens, eigendomsgrens, driedimensionale grens, kadastrale grens. Uitvoerig wordt ingegaan op de verschillen tussen de kadastrale grens en de eigendomsgrens en de rol die de eigendomsgrens speelt bij het bepalen van de grenzen van percelen op de kadastrale kaart. Speciale aandacht wordt gegeven aan mogelijke discrepanties in de omschrijving van de grenzen in de notariële akte, de kadastrale grens en de feitelijk grens. In de regel zal de akte hierbij doorslaggevend zijn. Ten slotte worden de problemen geschetst die samenhangen met de levering van gedeeltelijk percelen. Het notariaat heeft de gewichtige rol om de eigendomsgrenzen op een heldere en op ondubbelzinnige wijze te beschrijven. Het gebruik van kaartjes is hierbij een belangrijk hulpmiddel.

5.2 Aanbevelingen

Op grond van de analyses gegeven in de voorgaande hoofdstukken komen wij tot de volgende aanbevelingen met betrekking tot het meer positief maken van ons stelsel van grondboekhouding. Wij stellen daarbij geen fundamentele verandering voor, maar zoeken de verbetering enerzijds in beperkte voorstellen tot wijziging van het civiele recht, anderzijds in verbetering van bestaande werkwijzen voor de notaris en de Dienst voor het kadaster en de openbare registers, eventueel neer te leggen in de Notariswet en/of de Kadasterwet of daarop gebaseerde uitvoeringsregelingen.

1. De bescherming van de verkrijger van registergoederen tegen gebreken in de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder, die voort-

vloeien uit gebreken in een eerdere overdracht dient te worden verbeterd door in art. 3:88 lid 1 BW het laatste zinsdeel te schrappen.

2. De inhoud en juistheid van de kadastrale registratie dient te worden uitgebreid en verbeterd door automatische koppeling met andere geautomatiseerde openbare registers, zoals thans ook al reeds het geval is met de Gemeentelijke Basisadministratie (GBA).
3. Onderzocht zou moeten worden of en in hoeverre de bevoegdheden van de bewaarder ten aanzien van de weigering een inschrijving te doen verder kunnen worden uitgebreid (zie art 3:19 en 3:20 BW, lijdelijkheid bewaarder). Daarbij zou niet alleen aandacht moeten worden besteed aan de gevallen die zich daarvoor lenen, maar ook aan de toenemende technische mogelijkheden, de voortgaande centralisering bij het Dienst, de beschikbaarheid en bereikbaarheid van de bewaarder, het samenspel van het notariaat en de Dienst, etc.
4. De juridische betekenis van de kadastrale registratie dient te worden verhoogd, door deze tot de openbare registers van afd. 3.1.2 BW te rekenen, waardoor de in deze afdeling geboden bescherming aan verkrijgers te goeder trouw en andere derden tegen de onjuistheid en onvolledigheid van deze registers zich ook richt op de inhoud van de kadastrale registratie.
5. Het beroep op de rechter ex art. 56c Kw na de beslissing op bezwaarschrift omtrent de bijwerking van de kadastrale registratie of de kadastrale kaart, na onder meer de inschrijving van stukken in de openbare registers, dient te worden beschouwd als een gewoon civielrechtelijk geschil en met toepassing van het civiele recht te worden beslecht.
6. Het huidige recht ten aanzien van de ligging en betekenis van de grenzen van onroerende zaken, dient ten principale niet te worden gewijzigd. Vooralsnog dient niet te worden overgegaan tot een stelsel van gegarandeerde grenzen op de kadastrale kaart, noch tot verplichte uitmeting van een gedeeltelijk perceel voorafgaande aan de levering.
7. De notaris dient bij levering van een gedeeltelijk perceel gebruik te maken van een aan de akte gehechte (kopie van een) kadastrale kaart waarop het over te dragen gedeelte is geschetst en bovendien in de

akte van levering nauwkeurig de ligging van de nieuwe grens te omschrijven. Deze schets dient met de akte te worden ingeschreven in de openbare registers.

8. Alvorens wordt overgegaan tot bijwerking van de kadastrale kaart naar aanleiding van een nieuw aangewezen en ingemeten perceelsgrens, dient het resultaat daarvan aan de betrokken partijen te worden voorgelegd.
9. Gezien het belang van de veldwerken als basis voor zowel de bijhouding van de kadastrale kaart als van de reconstructie van onduidelijke of betwiste grenzen dient het veldwerk archief als vierde belangrijke informatieverzameling van de Dienst een steviger wettelijke verankering en regeling te verkrijgen, bij voorkeur in de Kadasterwet.

