

Appartementsrecht en recht van opstal

Het nieuwe appartementsrecht dat op 1 mei 2005 in werking is getreden heeft met de invoering van artikel 5:118a BW de mogelijkheid voor een appartementseigenaar geopend om zonder medewerking van de overige appartementseigenaren en beperkt gerechtigden een recht van opstal te vestigen op dat gedeelte van de zaak dat bestemd is om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt. In deze bijdrage zal blijken dat daarmee nog niet ieder probleem bij het vestigen van rechten van opstal op appartementen uit de wereld is geholpen. Daarnaast zal ook aandacht worden besteed aan de mogelijkheid tot het vestigen van een recht van opstal op het gemeenschappelijke gedeelte.

Inleiding

In het navolgende¹ wordt met het privégedeelte van de in appartementsrechten gesplitste zaken bedoeld dat gedeelte van de in de splitsing betrokken zaken dat bestemd is om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt door een eigenaar van een appartementsrecht. Onder appartementsrecht wordt verstaan het aandeel in de goederen die in de splitsing zijn betrokken, omvattende het exclusieve gebruiksrecht van het privégedeelte en het mogelijke recht op het gebruik van gemeenschappelijke gedeelten. Met gemeenschappelijk gedeelte wordt geduid op die gedeelten en bestanddelen van de in de splitsing betrokken zaken die ertoe bestemd zijn om door (een groep van) de appartementseigenaren gezamenlijk te worden gebruikt.

Opstalrechten op het privégedeelte, beperkingen

Het recht van opstal

De allereerste beperking die bij het vestigen van een recht van opstal op een appartementsrecht naar voren komt, is gelegen in de aard van het opstalrecht. Het opstalrecht maakt niet de eigendom van een bestanddeel van een onroerende zaak van een ander mogelijk.² Van een bestanddeel is sprake als iets volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt, of zodanig met een hoofdzaak is verbonden dat zij daar niet van kan worden afgescheiden zonder dat beschadiging van betekenis aan een van de zaken wordt toegebracht.³ Eigendom van een onroerende zaak omvat al haar bestanddelen voor zover de wet niet anders bepaalt.⁴ Dit brengt met zich mee dat goederenrechtelijke rechtshandelingen betreffende een zaak tevens haar bestanddelen omvatten; goederenrechtelijke rechtshandelingen met betrekking tot een afzonderlijk bestanddeel zijn niet moge-

lijk.⁵ Het recht van opstal geeft aan de opstaller de bevoegdheid om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen. Als een dergelijk gebouw of werk niet als zelfstandig werk of gebouw kan worden gekwalificeerd dan is het uitgesloten dat daarvoor een recht van opstal kan worden gevestigd.⁶ Een voorbeeld ter illustratie: het zal voor de eigenaar van een appartementsrecht niet mogelijk zijn om een recht van opstal voor een kamer in zijn privégedeelte te vestigen. Evenmin zal hij een recht van opstal kunnen vestigen strekkende tot het in eigendom hebben van bijvoorbeeld een wastafel in het privégedeelte. Het vestigen van een recht van opstal voor een gedeelte van een gebouw dat een zekere zelfstandigheid heeft en als zodanig bijvoorbeeld als gebouw of werk kan worden beschouwd is in beginsel wel mogelijk.

Toekomstige gebouwen, werken en beplantingen

De tweede beperking op grond van artikel 5:118a BW is dat de individuele appartementseigenaar alleen een recht van opstal op zijn privégedeelte kan vestigen als het een recht van opstal strekkende tot het in eigendom hebben van toekomstige gebouwen, werken of beplantingen betreft. De achtergrond van deze beperking houdt verband met het feit dat het niet voor een individuele eigenaar van een appartement mogelijk moet zijn om eenzijdig zaken aan de splitsing te onttrekken. De eigenaar van een appartementsrecht heeft slechts mede-eigendom, hij is een deelgerechtigde. Indien de eigenaar van een appartementsrecht bijvoorbeeld in de tot zijn privégedeelte behorende tuin een schuur sticht, dan wordt deze door natrekking eigenaar van de gezamenlijke appartementseigenaren. Indien deze schuur aanwezig is ten tijde van het vestigen van het recht van opstal dan ligt in de vestiging van dat recht een eigendoms-overdracht van de schuur begrepen. Aangezien de schuur ten gevolge van natrekking⁷ gemeenschappelijk eigendom is van de gezamenlijke appartementseigenaren, is de eigenaar van het individuele appartementsrecht niet beschikkingsbevoegd (*nemo-plus*).

* Mr. John (J.J.H.) Wijnmaalen is kandidaat-notaris bij Dirkzwager, advocaten en notarissen te Arnhem.

1. De wetgever gebruikt de termen appartement, appartementsrecht, privégedeelte en gemeenschappelijk gedeelte met verschillende betekenissen. Uit de context blijkt veelal wat inhoudelijk wordt bedoeld.
2. E.C.M. Wolfert, *WPNR* 2003-6523, p. 191-197.
3. Artikel 3:4 BW.
4. Artikel 5:3 BW.
5. W.G. Huijgen, *T&C Vermogensrecht*, 2004, artikel 3:4 BW, aantekening 4.
6. A.A. van Velten, 'Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed', *Ars Notariatus* 2006, 120, p. 49.
7. Artikel 5:20 BW.

Uit de memorie van toelichting⁸ blijkt dat het mogelijk is om hiervan af te wijken als het recht van opstal wordt gevestigd met medewerking van de gezamenlijke appartementseigenaren en beperkt gerechtigden.

De akte van splitsing in appartementsrechten

Een derde beperking kan gelegen zijn in de tekst van de akte van splitsing. Op grond van artikel 5:118a BW is het mogelijk om het privégedeelte te belasten met een recht van opstal voor zover in de akte van splitsing in appartementsrechten niet anders is bepaald. Kan een appartementsrecht met een recht van opstal worden belast als de splitsingsakte een bepaling kent die de mogelijkheid tot het vestigen van een recht van opstal op privégedeelten uitsluit?

Uiteraard kan dit na voorafgaande wijziging van de akte van splitsing. Door de splitsingsakte te wijzigen kan het verbod om zelfstandig een recht van opstal op een privégedeelte te vestigen immers uit de akte worden verwijderd. Artikel 5:118a BW is dan weer onverkort van toepassing.

Daarnaast meen ik dat het ook mogelijk is om, ondanks een daartoe strekkend verbod in de akte van splitsing in appartementsrechten, een recht van opstal op een privégedeelte te vestigen als alle eigenaren en beperkt gerechtigden daaraan hun medewerking verlenen. Artikel 5:106 BW bepaalt dat een appartementsrecht te beschouwen is als een aandeel in de goederen die in de splitsing zijn betrokken met daaraan verbonden het recht tot het privégebruik van bepaalde gedeelten. Als de in de splitsing betrokken goederen eigendomsrechten van onroerende zaken zijn, dan is het appartementsrecht een aandeel daarin. De eigenaar van een appartementsrecht is mede-eigenaar van de in de splitsing betrokken zaken. Dit recht van eigendom geeft aan de eigenaar van het appartementsrecht een recht tot gebruik. Dit gebruik wordt door de wet, de akte van splitsing in appartementsrechten en het reglement gereguleerd.⁹ De vergelijking met 'gewone' mede-eigenaren die een beheersregeling aangaan overeenkomstig artikel 3:186 BW dringt zich op.

Door met de gezamenlijke eigenaren van de appartementsrechten tot vestiging van een recht van opstal over te gaan in weerwil van een in de splitsingsakte opgenomen daartoe strekkend verbod wijkt men van het in artikel 5:118a BW bepaalde af. Dat artikel gaat er immers van uit dat een individuele eigenaar een recht van opstal vestigt op een privégedeelte. Zoals ik hiervoor reeds uiteen heb gezet is het blijkens de memorie van toelichting mogelijk om met medewerking van de gezamenlijke eigenaren en beperkt gerechtigden een recht van opstal te vestigen voor een gebouw, werk of beplanting dat bij het vestigen reeds bestaat (dus niet voor een toekomstig gebouw, werk of beplanting). De gezamenlijke eigenaren en beperkt gerechtigden kunnen over de in de splitsing betrokken goederen beschikken op een wijze als de individuele eigenaar niet kan. Als de akte van splitsing in appartementsrechten de mogelijkheid tot het vestigen van rechten van opstal op privégedeelten uitsluit voor een individuele eigenaar, dan zegt dat niets over de be-

schikkingbevoegdheid van de collectieve eigenaren en beperkt gerechtigden. Zij kunnen onverkort gezamenlijk over de in de splitsing betrokken zaken beschikken en tot vestiging van het recht van opstal overgaan.

Het is natuurlijk de vraag of het in een voorkomend geval niet eenvoudiger is om de akte van splitsing in appartementsrechten te wijzigen. Met name de medewerking bij de vestiging van het recht van opstal van alle appartementseigenaren en beperkt gerechtigden zal onder omstandigheden lastig blijken. In die situatie kan het eenvoudiger zijn om de splitsingsakte te wijzigen. Op grond van het eveneens op 1 mei 2005 gewijzigde artikel 5:139 BW kan een wijziging van de akte van splitsing in beginsel plaatsvinden met een meerderheid van ten minste vier vijfde van de appartementseigenaren en de medewerking van het bestuur van de vereniging van eigenaren, tenzij deze mogelijkheid bij de akte van splitsing is uitgesloten.¹⁰ Daarnaast is de toestemming vereist van hen die een beperkt recht op een appartementsrecht hebben, de eventuele beslagleggers en, voor zover een recht van opstal of erfpacht in de splitsing is betrokken, de grondeigenaar. Van de gerechtigden tot een erfdienstbaarheid is de toestemming vereist voor zover hun recht door de wijziging wordt verkort. Voor splitsingen die op 1 mei 2005 reeds bestonden, zal het op grond van het overgangsrecht pas vanaf 1 mei 2008 mogelijk zijn om de akte van splitsing te wijzigen op de hiervoor omschreven wijze. De wijziging van artikel 5:139 BW heeft voor deze splitsingen uitgestelde werking.

Het modelreglement

Een vierde beperking bij het vestigen van opstalrechten op het privégedeelte voor een individuele eigenaar kan uit het toepasselijke (model)reglement voortvloeien. Het KNB Modelreglement bij splitsing in appartementsrechten (hierna: 'modelreglement') van 1992 bepaalt in artikel 13 dat iedere op-, aan- of onderbouw zonder toestemming van de vereniging van eigenaren is verboden. Gevolg van deze bepaling is dat het voor de eigenaar van een appartementsrecht derhalve mogelijk is om krachtens artikel 5:118a BW zelfstandig zonder medewerking van de overige appartementseigenaren een recht van opstal te vestigen, maar dat hij voor het object van het recht van opstal, te weten het te bouwen of aan te brengen gebouw of werk, de toestemming van de vereniging van eigenaren nodig heeft. Dit brengt met zich mee dat bij toepasselijkheid van het modelreglement 1992 het vestigen van een recht van opstal zonder bemoeienis van de overige appartementseigenaren in principe is beperkt tot het vestigen van een recht van opstal tot het in eigendom hebben van beplantingen. Bij

8. MvT, 28 614 nr. 3, p. 4.

9. In gelijke zin: H.W. Heyman, 'Vestiging van erfpacht en opstal door een appartementseigenaar', in: *Vast en Goed* (Liber Amoricum A.A. van Velten), Deventer 2003, p. 72-92.

10. Voor de goede orde wijs ik erop dat de wijziging van artikel 5:139 BW op grond van het overgangsrecht voor op 1 mei 2005 bestaande splitsingen niet van toepassing is tot 1 mei 2008.

beplantingen is er immers geen sprake van een op-, aan- of onderbouw.

In het modelreglement 2006 wordt in artikel 22 eveneens de toestemming van de vergadering van eigenaren verplicht gesteld voor iedere op-, aan- of onderbouw, maar wordt aan dit lijstje de bijbouw toegevoegd. Deze toevoeging in het modelreglement 2006 nodigt uit tot de conclusie dat het daarom in het modelreglement 1992 mogelijk is om een bijbouw (bijgebouw?) te stichten zonder dat de toestemming van de vereniging van eigenaren is vereist. Als men het met deze lezing eens is, dan zal men met mij van mening zijn dat er dan wel een recht van opstal voor een bijbouw kan worden gevestigd op een privégedeelte zonder bemoeienis van de vereniging van eigenaren.

Voorts meldt het modelreglement 2006 expliciet dat de toestemming voorafgaand aan de bouw dient te zijn verkregen. Daarnaast is in artikel 22 van het modelreglement 2006 de toestemming van de vereniging van eigenaren verplicht voor het vestigen van rechten van erfpacht en opstal. Daarmee is in het modelreglement 2006 zonder meer de toestemming van de vereniging van eigenaren vereist voor het vestigen van rechten van opstal waar de bemoeienis van de vereniging van eigenaren bij het splitsingsreglement 1992 beperkt kan zijn.

Het overgangsrecht

De vijfde beperking is er een van tijdelijke aard. Artikel 172 van de Overgangswet bepaalt in het nieuw toegevoegde lid 5 dat 'Op een splitsing die heeft plaatsgevonden voor het tijdstip waarop de wet in werking treedt, is artikel 118a van Boek 5 gedurende drie jaren na dat tijdstip niet van toepassing'. De overgangsrechtelijke hoofdregel van onmiddellijke werking is dus niet van toepassing op artikel 5:118a BW. De achtergrond voor het uitstel van de inwerkingtreding van artikel 5:118a BW ligt in het feit dat aan de eigenaren van appartementen die voor 1 mei 2005 zijn ontstaan tot 1 mei 2008 de gelegenheid wordt geboden om de akte van splitsing te wijzigen. De mogelijkheid tot het vestigen van opstalrechten kan worden beperkt of zelfs geheel worden uitgesloten. Naar mijn mening zou het tot 1 mei 2008 voor de gezamenlijke eigenaren van de appartementsrechten als mede-eigenaren van het geheel mogelijk moeten zijn om het privé-gedeelte van een appartementsrecht met een recht van opstal te belasten.¹¹

Opstalrechten op het gemeenschappelijke gedeelte

Artikel 5:117 lid 2 BW bepaalt dat het in beginsel niet mogelijk is om goederen die in de splitsing in appartementsrechten zijn betrokken geheel of gedeeltelijk over te dragen, te verdelen, te bezwaren of uit te winnen. Een uitzondering wordt gemaakt voor hypotheeken, beslagen en voorrechten met betrekking tot in de splitsing betrokken goederen, die ten tijde van de splitsing in appartementsrechten reeds op een van de goederen rustte. Voorts bepaalt het vierde lid van artikel 5:117 BW dat het in afwijking van het tweede lid mogelijk is dat de gezamenlijke eigenaren een of meerdere van de in de split-

sing betrokken goederen belasten met een erfdienstbaarheid.

Als een recht van opstal op het gemeenschappelijke gedeelte moet worden gevestigd, dan rijst de vraag of artikel 5:117 BW hieraan in de weg staat. Naar mijn mening is dat niet het geval en ik zie mij door de memorie van toelichting in deze opvatting gesteund. Hiervoor heb ik aangegeven dat het in beginsel niet mogelijk is dat een individuele eigenaar van een appartementsrecht zijn privégedeelte belast met een recht van opstal dat betrekking heeft op een bestaand bouwwerk. Voorts heb ik aangegeven dat uit de memorie van toelichting blijkt dat het wel mogelijk is om een dergelijk recht van opstal te vestigen indien alle appartements-eigenaren en beperkt gerechtigden daaraan hun medewerking verlenen. Als achtergrond hiervoor wordt in de memorie van toelichting opgemerkt dat: 'De onttrekking van reeds bestaande gebouwen, werken en beplantingen aan de splitsing zonder dat de andere appartements-eigenaren en eventuele beperkt gerechtigden hun medewerking behoeven te verlenen aan de vestiging van het opstalrecht, zou een te ver gaande inbreuk maken op de mede-eigendom van die andere gerechtigden (vgl. artikel 5:117 leden 2 en 3 BW).' Als het is toegestaan om op een gedeelte van de zaken die in de splitsing in appartementsrechten zijn betrokken en bestemd zijn als privégedeelte te worden gebruikt, een recht van opstal te vestigen met medewerking van de overige eigenaren en beperkt gerechtigden dan geldt mijns inziens mutatis mutandis hetzelfde voor dat gedeelte van de in de splitsing betrokken goederen dat bestemd is om te worden gebruikt als gemeenschappelijk gedeelte.

In dit verband wijs ik erop dat blijkens artikel 5:117 lid 3 BW voor de onttrekking van een in de splitsing betrokken goed een wijziging van de splitsingsakte nodig is. Het vestigen van een recht van opstal kan een onttrekking aan de splitsing met zich brengen als het recht van opstal een bestaande zaak betreft. Dat is geen onttrekking als in dit artikel bedoeld. Het is dan ook niet nodig om de splitsingsakte te wijzigen.

Conclusie

Uit het vorenstaande mag blijken dat de invoering van artikel 5:118a BW onzekerheden over de mogelijkheid tot het vestigen van opstalrechten op het privégedeelte heeft weggenomen. Toch zal altijd bezien moeten worden of het in een concrete situatie wel mogelijk is om een recht van opstal te vestigen. De vervolgvraag is dan of deze mogelijkheid voor een individuele appartements-eigenaar bestaat of dat de medewerking van de overige appartements-eigenaren en de beperkt gerechtigden is vereist.

11. Zie mijn bijdragen in *JBN* 2005, 37, alsmede de reactie op dit artikel van J.W.A. Hockx, *JBN* 2006, 9, met naschrift.