

# Een hoofdstalrecht voor duurzame werken in zo ruim mogelijke zin

*Mr. J. A. van den Bos en mr. L. M. de Hoog\**

## 1 Inleiding

Het thema verduurzaming van de gebouwde omgeving trekt in de recente goederenrechtelijke literatuur veel aandacht.<sup>1</sup> Daarin klinkt veelvuldig het geluid door dat de regels van ons huidige goederenrecht een remmende werking hebben op de verduurzamingsambities.<sup>2</sup> De belemmeringen spelen een rol voor eigenaars van individuele grondgebonden woningen, maar vooral ook voor appartementseigenaars die hun complex wensen te verduurzamen. De regels van titel 5.9 BW bieden te weinig flexibiliteit.

In deze bijdrage benaderen wij het verduurzamingsthema vanuit de casus waarin een appartementengebouw wordt verwarmd door de aansluiting op een collectieve energievoorziening, zoals een warmte- en koudeopslag (WKO)-installatie. Een WKO-installatie bestaat vaak uit (1) ondergrondse bronnen, (2) een warmtepomp die doorgaans in een technische ruimte van het gebouw wordt opgesteld, en (3) leidingwerk dat loopt tot en met de afleveret in elk individueel appartement.<sup>3</sup> We gebruiken steeds de WKO-installatie als voorbeeld omdat het een techniek is die inmiddels bij velen bekend is en daarmee behulpzaam is voor de beeldvorming. De uitdagingen waarvoor appartementseigenaars worden gesteld bij de aansluiting op een WKO-installatie spelen echter *mutatis mutandis* ook bij andere bestaande technieken en zullen naar alle waarschijnlijkheid ook spelen bij nog te ontwikkelen technieken.

Het ontwerp en de realisatie van een WKO-installatie zijn specialistisch werk, waarmee bovendien hoge kosten zijn gemoeid. Dat geldt te meer in een bestaand gebouw waar het ontwerp en de uitvoering van de thermische schil (buitenmuren, dak, deuren en ramen) en de overige installaties grotendeels een vaststaand gegeven zijn. Bouwkundige aanpassingen zijn dan slechts in beperkte mate mogelijk of wenselijk voor de bewoners. Ook de exploitatie van een WKO-installatie op het gewenste niveau is een specialistische taak. Die factoren samen zullen appartementseigenaars er doorgaans van weerhouden om ontwerp, realisatie en exploitatie van de WKO-installatie in eigen beheer te houden. Veeleer wordt gecontracteerd met een gespecialiseerde exploitant van WKO-installaties die voor eigen rekening en risico de WKO-installatie ontwerpt, realiseert en gedurende een bepaalde periode exploiteert. De bewoners nemen daartegenover gedurende die periode de warmte af tegen het vastgestelde tarief.<sup>4</sup>

## 2 Nadere probleemanalyse

In het beschreven geval, waarin de exploitant de investering doet en terugverdient uit de exploitatie, blijft bij voorkeur ook de juridische en economische gerechtigdheid tot de WKO-installatie gedurende die periode bij de exploitant. De exploitant verkrijgt die gerechtigdheid doorgaans door middel van een zelfstandig opstalrecht.<sup>5</sup> Dat opstalrecht zorgt ervoor dat de exploitant zelfstandig naar derden toe aansprakelijk is voor de WKO-installatie en deze dient te verzekeren.<sup>6</sup> Het opstalrecht stelt de exploitant ook in staat om hypothecaire financiering aan te trekken omdat het opstalrecht met een hypotheekrecht

\* Mr. J.A. van den Bos is kandidaat-notaris bij Houthoff te Amsterdam. Mr. L.M. de Hoog is kandidaat-notaris bij Houthoff te Amsterdam. Beide auteurs zijn verbonden aan de onroerendgoedpraktijk van Houthoff.

1 Zie bijv. de KNB Preadviezen 2019 over 'Duurzaam wonen', de Preadviezen 2018 voor de Vereniging voor Bouwrecht over 'Circulair bouwen' en de lezingen van het Landelijk Notarieel Studentencongres 2021 over 'Vastgoed en duurzaamheid', gebundeld in *Ars Notariatus* nr. 175. Zie voorts het recente overzichtsartikel van S.E. Bartels & E.E. Maathuis, *Duurzaamheidsambities en goederenrechtelijke spanning*, NTBR 2022/50.

2 Zie voor het onderhavige onderwerp H. Koster, *De energietransitie: organisatie van verduurzamingsprojecten in de private sector*, in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Duurzaam wonen* (KNB Preadviezen 2019), Den Haag: Sdu 2019, par. 3.2.

3 De afleveret vormt in de regel de demarcatie: de afleveret is nog onderdeel van de WKO-installatie en behoort daarmee via het opstalrecht toe aan de opstaller; het gedeelte van het systeem achter de afleveret, de zogenoemde binneninstallatie, is eigendom van de appartementseigenaar.

4 Soms is tevens een vergoeding verschuldigd als bijdrage in de aansluitkosten, afgekort aangeduid als de 'BAK'.

5 De vraag of een WKO-systeem kwalificeert als net in de zin van art. 5:20 lid 2 BW gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Die kwestie lijkt thans nog onopgelost. Zie hierover V. Tweehuysen, *Een fiscaal arrest van de Hoge Raad over WKO's*, NTBR 2022/8, M.D.C. Gomes Vale Viga & P.J. van der Plank, *WKO fiscaal en civiel beschouwd*, FBN 2022/14 en eerder M.E.A. van Loenhoud, *Eigendomssituatie WKO-systeem na einde tijdelijk opstalrecht*, WPNR 2019, afl. 7221, p. 2-8.

6 De WKO-installatie kwalificeert als opstal in de zin van art. 6:174 BW, op grond waarvan de exploitant het risico voor gebreken draagt. De exploitant moet ervoor zorgen dat de opstal voldoet aan de eisen die men uit het oogpunt van veiligheid in de gegeven omstandigheden mag stellen, waarbij zorgvuldigheidsnormen een belangrijke rol spelen. Zie HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155 m.n. T. Hartlief.

kan worden belast. Het opstalrecht is dus voor zowel de eigenaars als de exploitant wenselijk.<sup>7</sup>

Aangezien de onderdelen van de WKO-installatie zich zowel onder de grond (de bronputten) als in de technische ruimte (de warmtepomp) en in de rest van het gebouw (leidingwerk tot en met de afleverset) bevinden, moet als object van het opstalrecht worden aangewezen het perceel grond waarop het appartementencomplex is of wordt gerealiseerd. Het opstalrecht verschaft daarmee de bevoegdheid om in, op en boven de grond met het daarop gerealiseerde appartementencomplex de WKO-installatie in eigendom te hebben. Het opstalrecht voor de WKO-installatie moet dus worden gevestigd op de onroerende zaak (de grond met het daarop gerealiseerde complex) die in de splitsing is betrokken.

De huidige regeling van het appartementsrecht werpt voor de vestiging van een dergelijk opstalrecht echter belemmeringen op. De boosdoener is art. 5:117 lid 2 BW. Dat artikel bepaalt dat goederen die in de splitsing zijn betrokken niet kunnen worden bezwaard.<sup>8</sup> Zolang de splitsing niet is opgeheven, hebben goederen die in de splitsing zijn betrokken hun zelfstandigheid verloren. Voor die goederen zijn de appartementsrechten, als zelfstandig overdraagbare registergoederen, in de plaats gekomen. Alleen die appartementsrechten kunnen nog – binnen de door de wet gestelde grenzen<sup>9</sup> – object van beschikkingshandelingen zijn. De gedachte achter de regel van art. 5:117 lid 2 BW laat zich toelichten vanuit de positie van de hypotheekhouder die op een appartementsrecht een hypotheekrecht heeft verkregen. Die hypotheekhouder moet erop kunnen vertrouwen dat de appartementseigenaars geen wijzigingen kunnen aanbrengen in de omvang van de door de appartementsrechten vertegenwoordigde gemeenschap, waardoor de appartementsrechten in waarde zouden verminderen.<sup>10</sup>

Voor de vestiging van een opstalrecht voor een WKO-installatie op de onroerende zaak die in de splitsing is betrokken, kunnen twee paden worden bewandeld. Het eerste pad loopt via de wijziging van de akte van splitsing. Bij de wijziging van

de splitsing kan de WKO-installatie aan de splitsing worden onttrokken, in die zin dat de gemeenschap wordt gewijzigd doordat de gezamenlijke eigenaars in dezelfde akte voor de WKO-installatie een opstalrecht vestigen op de tot de gemeenschap behorende onroerende zaak.<sup>11</sup> Op die manier wordt op de voet van het bepaalde in art. 5:117 lid 3 BW ten aanzien van een gedeelte van de onroerende zaak de splitsing beëindigd, namelijk het gedeelte met betrekking tot de WKO-installatie, dat door de vestiging van het opstalrecht is verzelfstandigd. Het tweede pad voert achtereenvolgens langs (1) het opheffen van de splitsing, waardoor de eigenaars in dezelfde verhouding als waarin zij tot de voormalige appartementsrechten gerechtigd waren, nu gerechtigd worden tot de (niet meer gesplitste) onroerende zaak, (2) de vestiging van het opstalrecht voor de WKO-installatie op die onroerende zaak, (3) het opnieuw splitsen van de (inmiddels met het opstalrecht belaste) onroerende zaak, waardoor de eigenaars allen gerechtigd worden tot de nieuw gevormde appartementsrechten (in nog altijd dezelfde verhouding), en (4) tot slot de verdeling van elk van die (gemeenschappelijke) appartementsrechten aan de deelgenoot die gerechtigd was tot het daarmee corresponderende ‘oude’ appartementsrecht. Eventuele hypotheekrechten keren in dit geval van rechtswege terug op de bijbehorende nieuwe appartementsrechten via de werking van art. 5:146, 5:114 lid 1 en 3:177 BW.<sup>12</sup>

Welke route men ook kiest, het opstalrecht kan alleen tot stand komen met medewerking van alle appartementseigenaars en met toestemming van diegenen die op het appartementsrecht een beperkt recht hebben. Zeker bij grote appartementencomplexen levert de totstandkoming van het opstalrecht na splitsing in appartementsrechten dan ook een ingewikkeld, tijdrovend en (dus) kostbaar traject op. Dat geldt zowel voor het eerste pad via de wijziging van de splitsingsakte, onder gelijktijdige vestiging van het opstalrecht,<sup>13</sup> als voor het tweede pad dat loopt via de opheffing van de splitsing, gevolgd door vestiging van het opstalrecht en hersplitsing van de – alsdan belaste – goederen.

7 Als alternatief voor de vestiging van een opstalrecht wordt in de literatuur ook wel een constructie uitgewerkt, met name in het kader van PV-panelen, die uitgaat van een huurovereenkomst met een daarin opgenomen wegneemrecht voor de exploitant. Zie bijv. M.D. van Bezooijen & W.F.L. Runge, *Verduurzaming van vastgoed*, WPNR 2023, afl. 7421, p. 573-581, die echter niet behandelen in hoeverre dit ook een werkbaar alternatief zou zijn in geval van een in appartementsrechten gesplitst gebouw.

8 Wij laten hier buiten beschouwing dat ook een erfpachtrecht in een splitsing in appartementsrechten kan worden betrokken, omdat we dan steunen op de regel dat een erfpachter niet bevoegd is om een opstalrecht te verlenen. In dat geval biedt het ondererfpachtrecht ten gunste van de exploitant uitkomst.

9 Zo beperkt art. 5:118a BW de mogelijkheid voor een appartementseigenaar om opstalrechten op zijn privégedeelte te verlenen tot nieuw aangebrachte opstallen.

10 Ontleend aan Asser/Beekhuis II 1963, p. 91 en 92. Bovendien zouden er, volgens Beekhuis, moeilijkheden ontstaan als behalve hypotheek op de afzonderlijke appartementen ook hypotheek gevestigd zouden worden op de percelen die in de splitsing zijn betrokken.

11 Zie Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/453, welk standpunt is gebaseerd op art. 5:117 lid 3 BW en diens voorganger. Kritisch hierover: F.J. Vonck, *Appartementsrechten in combinatie met erfpacht- en opstalrechten*, in: A.A. van Velten & F.J. Vonck, *Appartementsrecht en aanverwante rechtsfiguren voor de privaatrechtelijke vormgeving van bouwwerken* (preadvies VBR 2016), Den Haag: IBR 2016/5.2.2, bij wie deze constructie een nogal gewrongen indruk wekt. Hij pleit daarom voor een wetswijziging. Ook B. Akkermans, R.F.H. Mertens & M.C.E. van der Vleuten, *Appartementsrecht*, in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst* (KNB Preadviezen 2016), Den Haag: Sdu 2016, p. 397 bepleiten wijziging van art. 5:117 BW.

12 Anders dan A.A. van Velten in Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/604 menen wij dat art. 3:177 BW wel van toepassing is, omdat het hier niet gaat om een verdeling van de splitsingsgemeenschap zelf, maar om de verdeling van een individueel, nieuw gevormd, appartementsrecht.

13 Aldus M.C.E. van der Vleuten & I. de Jong, *Een verbeterde regeling voor appartementsrechten – een wetsvoorstel*, in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Vervolg ‘Boek 5 BW van de toekomst’* (KNB Preadviezen 2020), Den Haag: Sdu 2020, p. 31, ter onderbouwing van de noodzaak om art. 5:117 BW aan te passen.

Bij nieuwbouw vormt art. 5:117 lid 2 BW geen obstakel, zolang men de juiste volgorde hanteert: éérst het opstalrecht vestigen op de onroerende zaak, daarna de onroerende zaak (belast met het opstalrecht) in de splitsing betrekken. Het opstalrecht bestaat dan reeds voordat de splitsing in appartementsrechten wordt doorgevoerd. De onder het opstalrecht vallende zaken, zoals de WKO-installatie, maken daarmee geen deel uit van de splitsingsgemeenschap. In een dergelijk geval komt men niet toe aan de toepassing van art. 5:117 BW, dat immers ziet op ‘goederen die in de splitsing betrokken zijn’. Het gevaar bestaat echter dat het obstakel van art. 5:117 lid 2 BW daarmee slechts voor een deel van de te realiseren objecten, of voor een korte termijn is ontweken. Dat gevaar ontstaat doordat het opstalrecht vaak helemaal wordt toegeschreven op (a) de betreffende WKO-installatie die op dat moment wordt gerealiseerd, (b) de betreffende onderdelen daarvan zoals die op dat moment zijn voorzien en (c) de op dat moment beoogde exploitatietermijn.

Ad a. In de vestigingsakte van het opstalrecht kent de grondeigenaar over het algemeen uitsluitend bevoegdheden toe ten aanzien van de op dat moment daadwerkelijk door de exploitant aan te brengen ‘gebouwen’, ‘werken’ of ‘beplantingen’ (al komen wij in de praktijk bevoegdheden ten aanzien van beplantingen thans nog zelden tegen). De bevoegdheden die de eigenaar aan de exploitant verleent, beperken immers de bevoegdheden die hij zelf aan de onroerende zaak kan ontlenuen. De eigenaar is daarom geneigd die beperking niet ruimer te maken dan nodig is voor het op dat moment beoogde doel.

Ad b. Over het algemeen wordt in de vestigingsakte het opstalrecht gevestigd voor nauwkeurig afgebakende, op dat moment voorziene, onderdelen van de WKO-installatie. Hoe nauwkeuriger en gedetailleerder die omschrijving van de opstallen in de akte is weergegeven, hoe kleiner de kans is dat onduidelijkheid zal ontstaan over hetgeen onder het opstalrecht valt. Dat is behulpzaam bij de demarcatie tussen enerzijds de onderdelen van de WKO-installatie die aan de exploitant toebehoren en waarvoor de exploitant verantwoordelijk en aansprakelijk is, en anderzijds de onderdelen die aan de gebouweigenaar toebehoren en dus onder diens verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid vallen.

Ad c. Doorgaans wordt het opstalrecht verleend voor de periode waarvoor de exploitant op grond van de onderliggende overeenkomst de exploitatie mag voeren. Soms voorzien de voorwaarden in verlenging, maar die is in de regel eenmalig.<sup>14</sup>

De wens tot nauwkeurigheid en precieze afbakening van bevoegdheden, onderdelen en duur van het opstalrecht is begrijpelijk, maar de uitvoering daarvan maakt het opstalrecht niet

toekomstbestendig. Minder dan een eeuw geleden waren kolenkachels in huis een luxe, gevolgd door blokverwarming op stookolie als summum van technologie. Daarna nam de individuele gasketel het stokje over als technologie om iedereen warm te houden. Nu lijken WKO-installaties de best beschikbare technologie. Over enkele decennia is het gebruik van de WKO-installatie misschien weer verdrongen door een andere technologie. Als die net iets andere bevoegdheden eist of bestaat uit andere technische onderdelen dan wel een andere (of tenminste weer nieuwe) economische levensduur kent, past het vandaag voor de WKO-installatie zo zorgvuldig op maat gesneden opstalrecht ook niet meer. Op dat moment verschilt de juridische situatie waaraan bij de vestiging zoveel aandacht is besteed niet meer van een huidig ‘oud’ complex met cv-ketels of blokverwarming. Art. 5:117 lid 2 BW belemmert dan wederom het realiseren van verdere verduurzamingsambities. Staren we ons anno 2023 niet onnodig en misschien ook – maar dat zal pas achteraf blijken – ongewenst blind op de technologie die op dit moment wordt toegepast?

In dit artikel doen wij een voorstel voor een werkwijze waarmee wordt voorkomen dat art. 5:117 lid 2 BW in de toekomst opnieuw een obstakel voor verduurzaming opwerpt. Deze werkwijze maakt de goederenrechtelijke weg vrij voor de opvolger van de WKO-installatie en ook voor zo veel mogelijk andere verduurzamingsapparatuur die bij de vestiging nog niet is voorzien of naar de stand van de techniek op dat moment nog niet kan worden gedefinieerd. Tegelijkertijd wordt tegemoetgekomen aan de wens tot nauwkeurigheid en precieze afbakening van bevoegdheden, onderdelen en duur van het recht dat aan een exploitant wordt verleend.

### 3 Ons voorstel voor een toekomstbestendige structuur

Wij stellen voor om te werken met een hoofd- en een onderopstalrecht, waarbij:

- a. het *hoofd*opstalrecht betrekking heeft op duurzame werken, installaties en beplantingen in zo ruim mogelijke zin, ook in tijd; en
- b. binnen die ruime grenzen van het hoofdopstalrecht steeds een *onder*opstalrecht aan een exploitant kan worden verleend voor specifieke, op het moment van vestigen beoogde werken, installaties en beplantingen, zoals de WKO-installatie, voor de beoogde exploitatieduur.

Ons voorstel gaat uit van een, zoals onder a. genoemd, algemeen en abstract geformuleerd hoofdopstalrecht dat de functie vervult van een ‘vergaarbak’ waarover de vereniging van eigenaars (VvE) de regie voert. Vanuit die vergaarbak kan de VvE vervolgens, zoals onder b. genoemd, onderopstalrechten vestigen voor concrete (toekomstige) werken, installaties en beplantingen. Wij lichten hierna eerst de ‘dubbeldekkerstructuur’ met het hoofd- en onderopstalrecht nader toe (par. 4). Daarna werken wij aan de hand van een concreet tekstvoorstel uit hoe het hoofdopstalrecht er in ons voorstel uitziet (par. 5, 6 en 7). In paragraaf 8 komt de vestiging van onderopstalrecht

<sup>14</sup> Wordt van die verlengingsmogelijkheid gebruik gemaakt, dan loopt het bestaande opstalrecht door. In dat geval ontstaat geen nieuw recht, hetgeen voor de positie van eventuele hypotheekhouders van belang is omdat anders hun hypotheekrecht opnieuw gevestigd moet worden. Zie hierover ook Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/220a.

ten aan bod en daarna gaan wij nog in op overige aspecten van het hoofdstalrecht, waaronder de beoogde entiteit van de hoofdstaller (in beginsel de VvE) om te bewerkstelligen dat de gemeenschappelijke eigenaars de regie houden over de verduurzaming van het gebouw (par. 9 en 10). Wij sluiten af met enkele aandachtspunten voor in de praktijk ontstane situaties waarin reeds opstalrechten zijn gevestigd.

#### 4 Structuur met hoofd- en onderstalrecht

Het hoofdstalrecht beoogt te bewerkstelligen dat nieuwe werken, installaties en beplantingen dan wel uitbreidingen of veranderingen aan bestaande installaties aan de gerechtigde tot het hoofdstalrecht toekomen, mits deze in overeenstemming met de bepalingen van het hoofdstalrecht worden aangebracht. Het hoofdstalrecht voorkomt dat de gebouw-eigenaar na het aanbrengen van die werken eigenaar wordt door natrekking. De hoofdstaller kan op zijn beurt onderopstalrechten verlenen onder nader vast te stellen voorwaarden. Ten behoeve van de exploitant van de thans voorziene WKO-installatie en andere werken die de WKO-exploitant zal aanbrengen of van de hoofdstaller zal overnemen, kan de hoofdstaller direct een onderopstalrecht vestigen. In de toekomst kan de hoofdstaller hetzelfde doen voor nog nieuw aan te brengen werken, installaties en beplantingen en voor uitbreidingen of veranderingen aan bestaande installaties die onder het hoofdstalrecht vallen. Dat onderopstalrecht kan worden gevestigd ten behoeve van dezelfde of een andere exploitant of, na het einde van een onderopstalrecht, ten behoeve van een opvolgende exploitant van de betreffende installatie.

Art. 5:117 lid 2 BW staat aan de vestiging van het onderopstalrecht door de hoofdstaller niet in de weg. Tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald, kan een hoofdstaller immers de onroerende zaak waarop het hoofdstalrecht rust met een onderopstalrecht belasten.<sup>15</sup> Deze bevoegdheid kent de wet rechtstreeks toe aan de hoofdstaller. Het onderopstalrecht ten gunste van de exploitant kan dus tot stand worden gebracht zonder dat daarvoor nog enige (rechts)handeling nodig is van de eigenaar, oftewel van alle appartementseigenaars. Ook een wijziging van de splitsingsakte is niet nodig. De aan te brengen of over te nemen werken waren immers nooit in de splitsing betrokken en raken daarin ook niet betrokken door hun installatie in het gebouw. Het reeds bestaande hoofdstalrecht voorkomt dat.

Voor eventuele analoge toepassing van art. 5:117 lid 2 BW is geen reden omdat het hier geschetste geval niet strijdt met de hiervoor genoemde ratio van die bepaling. De hypotheekhou-

der ziet de gemeenschap 'onder zijn hypotheekrecht' niet uitgehouden worden. Hij weet vooraf dat alle thans reeds benoemde en alle later – in overeenstemming met de bepalingen van het hoofdstalrecht – nog aan te brengen werken niet tot zijn recht zullen behoren. Die beide elementen zijn van belang en dragen elk de conclusie dat van benadeling van de hypotheekhouders geen sprake is, nu en in de toekomst. Enerzijds weet de hypotheekhouder bij de vestiging van de hypotheek al dat er op dat moment zaken zijn waar zijn recht *geen* betrekking op zal hebben. Anderzijds weet hij dat bepaalde later aan te brengen werken niet tot de gemeenschap zullen gaan behoren en daarmee niet onder zijn hypotheekrecht zullen vallen. Aangezien het daarbij gaat om in de toekomst aan te brengen werken, die bovendien door derden worden bekostigd, kan van uitholling van de nu gevestigde hypotheek geen sprake zijn.

#### 5 Definitie van duurzame werken in zo ruim mogelijke zin

Om in een toekomstbestendige goederenrechtelijke structuur met hoofd- en onderopstalrechten te voorzien, moet het hoofdstalrecht ruime bevoegdheden verschaffen. Uit die bevoegdheden moeten de onderopstalrechten voor de toekomstige, thans nog onbekende, werken kunnen worden afgeleid. Aan de onderopstaller kunnen immers op grond van het bepaalde in art. 5:104 lid 2 jo. art. 5:93 lid 1, tweede volzin, BW niet meer bevoegdheden toekomen dan de hoofdstaller jegens de grondeigenaar heeft.<sup>16</sup>

Het hoofdstalrecht moet dus betrekking hebben op duurzame werken, installaties en beplantingen in zo ruim mogelijke zin. Wij stellen voor om de 'Opstallen' in de vestigingsakte van het hoofdstalrecht (tussen de 'Eigenaar' en de 'Opstaller') als volgt te definiëren:

*alle werken, installaties en beplantingen in, op en boven de Onroerende Zaak, waaronder mede begrepen alle (al dan niet infrastructurale) voorzieningen en aanhorigheden ten behoeve van die werken, installaties en beplantingen en alle andere voorzieningen, van welke aard dan ook, die nu of in de toekomst zijn of worden aangebracht, in overeenstemming met de stand van de techniek op het moment van aanbrengen:*

- a. *ten behoeve van, of in verband met, het opwekken, opslaan, omvormen en transporteren van enige vorm van energie, warmte of koude, vloeistoffen, gassen of informatie; of*
- b. *ten behoeve van andere tot nut van de Onroerende Zaak, of de gebruikers daarvan, strekkende goederen of diensten; of*
- c. *die de duurzaamheid of energieprestatie van de Onroerende Zaak verbeteren.*

<sup>15</sup> De constructie van art. 5:93 jo. art. 5:104 lid 2 BW, toegeschreven aan Beekhuis, houdt in dat een onderopstalrecht rust op de onroerende zaak (en niet op het hoofdstalrecht), terwijl het wel is afgeleid uit het hoofdstalrecht (en niet uit het eigendomsrecht). Zie nader over de herkomst en rechtvaardiging S.E. Bartels, V. Sagaert, V. Tweehuysen & F.J. Vonck, *If it ain't broke, don't fix it*, in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst* (KNB Preadviezen 2016), Den Haag: Sdu 2016, par. 4.2.

<sup>16</sup> Dat zou op grond van de nemo-plusregel ook zonder uitdrukkelijke vermelding in art. 5:93 BW gelden. Zie W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, Pitlo. *Goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/656.



Daaraan voegen we de volgende beperking toe:

*In de toekomst aan te brengen werken, installaties en beplantingen worden uitsluitend onderdeel van de Opstallen indien deze zijn aangebracht:*

- a. *door de Opstaller, of door een derde ingevolge een overeenkomst tussen die derde en de Opstaller; en*
- b. *met voorafgaande schriftelijke toestemming van hetzij (i) de Eigenaar, indien en zolang de Onroerende Zaak niet in appartementsrechten is gesplitst,<sup>17</sup> dan wel (ii) het bestuur van de (hoofd)vereniging van eigenaars indien en zolang de Onroerende Zaak wel in appartementsrechten is gesplitst.*

### 6 Toelichting op de definitie en de beperking

Het voorgestelde hoofdopstalrecht slaagt alleen in zijn opzet als ook toekomstige werken, installaties en beplantingen onder het opstalrecht worden gebracht die nog niet voorzien zijn of, naar de huidige stand van de techniek, zelfs nog onvoorzienbaar zijn. Toekomstige ontwikkelingen, en zeker technisch nog onvoorzienbare ontwikkelingen, laten zich naar hun aard echter niet concreet omschrijven. We kiezen er daarom voor om de betreffende werken, installaties en beplantingen niet in de akte te specificeren. We geven hun concretisering op andere wijze vorm, namelijk door een koppeling te maken met de doelstelling waarmee de betreffende werken, installaties en beplantingen worden aangebracht. Zo'n doelstelling kan immers wel nu al goed worden gedefinieerd en is veel minder gevoelig voor veranderende omstandigheden. Daarom kiezen wij voor een algemene, abstracte omschrijving die op zo veel mogelijk toekomstige gevallen toepassing kan hebben, mits deze strekken ter verwezenlijking van het gestelde doel.

Omdat wij voorzien dat beplantingen in toenemende mate een rol zullen spelen bij het behalen van de biodiversiteits- en andere duurzaamheidsdoelstellingen, terwijl die beplantingen ook moeten 'samenwerken' met de 'harde' techniek, menen wij dat het verstandig is deze ook onder het hoofdopstalrecht te brengen.

Tegelijk moet het toepassingsbereik weer niet zo ruim zijn dat daaronder ook vallen de werken die door een individuele eige-

naar uitsluitend ten behoeve van zijn eigen appartementsrecht zijn aangebracht, zoals een individuele warmtepomp of beplanting op een balkon. Daarom geldt de beperking met betrekking tot in de toekomst aan te brengen zaken dat deze, kort gezegd, door of namens de opstaller moeten zijn aangebracht.

Ten slotte zal voor de eigenaar (of na splitsing in appartementsrechten, voor de appartementseigenaars) van belang zijn dat de opstaller niet een 'carte blanche' krijgt om naar eigen inzicht werken, installaties en beplantingen aan te brengen in en aan het gebouw. Daarom geldt als tweede deel van de beperking dat het aanbrengen van nieuwe zaken de voorafgaande toestemming van de eigenaar dan wel het bestuur van de VvE behoeft. Die laatste bepaling is vooral van belang omdat zeker bij gebrek aan een daartoe strekkende en eenduidige bepaling in de akte van splitsing niet zonder meer duidelijk zal zijn dat het verlenen van de hier bedoelde toestemming kwalificeert als daad van beheer waartoe de vereniging bevoegd is.<sup>18</sup> Voor het geval een of meer appartementsrechten zijn ondergesplitst, waardoor sprake is van meerdere VvE's, zou die toestemming afkomstig moeten zijn van het bestuur van de hoofdvereniging, omdat wij voorzien dat de aan te brengen werken in beginsel de verduurzaming van het gebouw als geheel aangaan en niet slechts een gedeelte ervan.

### 7 Abstracte omschrijving van de opstallen

Onder de algemene, abstracte omschrijving moeten in elk geval werken, installaties en beplantingen vallen die pas op een later moment worden aangebracht. De regeling van art. 5:101 lid 1 BW staat dat toe.<sup>19</sup> Het opstalrecht kan worden gevestigd voor in de toekomst aan te brengen werken.<sup>20</sup> De kern van het opstalrecht is immers dat het bepaalde bevoegdheden verleent ten aanzien van de onroerende zaak waarop het opstalrecht is gevestigd.<sup>21</sup> Daarvoor is niet noodzakelijk dat de gebouwen, werken of beplantingen al zijn aangebracht op het moment van vestiging. Het opstalrecht verleent aan de opstaller juist de bevoegdheid om die werken in de toekomst aan te brengen en daarvan dan ook de eigendom te verkrijgen (of liever: te behouden).

17 In deze modelbepaling hebben wij voor de volledigheid tevens het scenario opgenomen waarin het gebouw niet is gesplitst in appartementsrechten en de eigenaar een hoofdopstalrecht heeft gevestigd ten gunste van een derde, bijv. een speciaal daartoe in het leven geroepen stichting. Dat scenario kan zich voordoen wanneer de gebouweigenaar voor bepaalde duurzame werken een opstalrecht wil vestigen en voorziet om in de toekomst het gebouw in een appartementensplitsing te betrekken. Als dan een (hoofd)opstalrecht in plaats van een onderopstalrecht aan de betreffende exploitant zou worden verleend, vormt art. 5:117 lid 2 BW na de splitsing wederom een obstakel. Een nadere uitwerking hiervan valt buiten het bestek van dit artikel, omdat wij in dit artikel de verduurzaming van een appartementencomplex centraal stellen. Overigens ligt het gebruik van een stichting als beoogde entiteit van de hoofdopstaller ook voor de hand wanneer het opstalrecht betrekking heeft op duurzame werken ten behoeve van meerdere gebouwen die elk in een eigen appartementensplitsing zijn betrokken. Zie daarover nader par. 9.

18 Het lijkt ons aan te raden om ook in de akte van vestiging van het hoofdopstalrecht tot uitdrukking te brengen dat de bevoegdheden van de eigenaar uit hoofde van het opstalrecht na splitsing in appartementsrechten worden uitgeoefend door de VvE, daarbij vertegenwoordigd door haar bestuur. Daarmee wordt in ieder geval voorzien in door het (model) reglement gelaten leemtes.

19 Met de toevoeging van de woordgroep 'of te verkrijgen' heeft de wetgever bewust voorzien in de mogelijkheid om een opstalrecht te vestigen voor werken die nog niet aanwezig zijn op het tijdstip waarop het recht wordt gevestigd. Zie Parl. Gesch. Inv. Boek 5 BW, p. 359 (MvA II).

20 Zie ook de overweging van de Hoge Raad in HR 5 januari 2018, ECLI: NL:HR:2018:12, NJ 2018/421 m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.5.4: 'Art. 5:101 BW sluit immers niet uit dat een opstalrecht wordt gevestigd met het oog op zaken die de opstalhouder nog zal verkrijgen.'

21 Zie H.D. Ploeger & H. Bounjoh, Erfpacht en opstal (Mon. BW nr. B28), Deventer: Wolters Kluwer 2019/63.

In de vestigingsakte kunnen de bevoegdheden van de opstaller worden beperkt tot bepaalde (soort) zaken.<sup>22</sup> Dat zullen voor het hoofdstalrecht de zaken zijn die hiervoor in de definitie zijn omschreven. Het feit dat die omschrijving abstract, of zelfs vaag is, stuit niet op bezwaren uit de hoek van het bepaaldheidsvereiste (ook wel specialiteitseis of individualiseringseis genoemd). Het wettelijke bepaaldheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW ziet bij de vestiging van een opstalrecht uitsluitend op de onroerende zaak waarop het opstalrecht wordt gevestigd.<sup>23</sup> Derden moeten aan de hand van de akte kunnen vaststellen op welke zaak het opstalrecht is gevestigd.<sup>24</sup> Zo moet de vestigingsakte conform het voorschrift van art. 20 Kadasterwet de aard van de onroerende zaak, de plaatselijke aanduiding, zo die er is, en de kadastrale aanduiding bevatten. Het is niet vereist dat de opstallen waarop het opstalrecht betrekking heeft specifiek in de akte worden benoemd. De bepaaldheidsvereiste ziet uitsluitend op het *object* dat met het recht belast is en niet op de *inhoud* van het recht dat op dat object is gevestigd.

Ook het feit dat de opstaller eigenaar wordt van de onder het hoofdstalrecht begrepen werken, installaties en beplantingen verzet zich niet tegen een abstracte omschrijving daarvan. Het bij de vestiging reeds individualiseren van de werken, installaties en beplantingen ter afbakening van het daarop rustende eigendomsrecht van de opstaller is niet nodig, al was het maar omdat het eigendomsrecht op de opstallen niet los van het hoofdstalrecht overdraagbaar is. De opstaller kan geen beschikkingshandelingen verrichten met betrekking tot het eigendomsrecht op de individuele opstallen, maar alleen met betrekking tot het opstalrecht.<sup>25</sup> Zijn aan het opstalrecht ontleende eigendomsrecht is in die zin dan ook beperkt. Hij kan op grond van die afgeleide eigendom slechts feitelijke handelingen verrichten, zoals het gebruiken, aanbrengen en wegnemen van de opstallen waarvoor het opstalrecht is gevestigd, en dan ook nog slechts voor zover die bevoegdheden niet worden beperkt in de akte van vestiging van het opstalrecht.<sup>26</sup>

De inhoud van het opstalrecht wordt hoofdzakelijk bepaald door de opstalvoorwaarden die de grondeigenaar en de opstaller in de vestigingsakte zijn overeengekomen. Hanteren zij de door ons voorgestelde opstaldefinitie, dan kan van tijd tot tijd aan de hand van de in de akte vermelde objectieve gegevens worden bepaald op welke opstallen het hoofdstalrecht be-

trekking heeft.<sup>27</sup> Hoewel het BW een gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten kent, kunnen partijen immers aan de in de wet genoemde rechten in beginsel de inhoud geven die zij wensen.<sup>28</sup> De zakelijke rechten van Boek 5 BW hebben voor wat betreft de inhoud dan ook een sterk obligatoir karakter.<sup>29</sup> Daarbij geldt als restrictie dat de opstalvoorwaarden niet in strijd mogen komen met het wezen van het opstalrecht.<sup>30</sup> In het juridische debat over mogelijke strijd met het wezen gaat de meeste aandacht uit naar verplichtingen die bezwarend zijn voor de beperkt gerechtigde, zoals bepaalde verplichtingen tot een doen.<sup>31</sup> In het onderhavige opstalrecht voor duurzame werken in zo ruim mogelijke zin worden de bevoegdheden van de gerechtigde tot het opstalrecht niet beperkt, maar juist verruimd met het oog op de toekomst. Van strijd met het wezen van het opstalrecht is daardoor naar onze mening geen sprake. Het is voldoende dat steeds aan de hand van de in de akte vermelde objectieve gegevens kan worden beoordeeld of de werken, installaties of beplantingen op het moment van aanbrengen onder het bereik van het hoofdstalrecht vallen.

### 8 De vestiging van het onderopstalrecht

In de akte van vestiging van het hoofdstalrecht in ruime zin verklaart de eigenaar tevens in te stemmen met het vestigen van een onderopstalrecht ten behoeve van een derde. Wij stellen voor om daartoe in de akte op te nemen:

*Overeenkomstig artikel 5:104 lid 2 juncto 5:93 lid 2 derde zin van het Burgerlijk Wetboek stemt de Eigenaar hierbij, bij voorbaat, in met de vestiging van een onderopstalrecht voor de nog aan te brengen Opstallen, mits:*

a. *Opstaller het voornemen daartoe schriftelijk en ondubbelzinnig heeft medegedeeld en Opstaller tezamen met het verzoek aan hetzij (i) de Eigenaar, dan wel (ii) het*

22 Zie Asser/Bartels & Van Velten 2017/252 onder verwijzing naar Parl. Gesch. Inv. Boek 5 BW, p. 361 (MvA II).

23 Zie in deze zin over de betekenis van het bepaaldheidsvereiste bij de vestiging van een erfpachtrecht de conclusie van de A-G voor HR 29 april 2016, ECLI:NL:PHR:2016:3, NJ 2018/41, onderdeel 5.27.

24 Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/117 en 596 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/230 en 233.

25 Zie Parl. Gesch. Boek 5 BW, p. 355 en 356, Ploeger & Bounjouw 2019/72 en H.W. Heyman, Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller, in: W.G. Huijgen e.a., 2000 jaar eigendom en beperkte rechten (Pleyzier-bundel; Ars Notariatus nr. 129), Deventer: Kluwer 2005, p. 21 en 26.

26 Zie Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/252.

27 Dit criterium is ontleend aan de jurisprudentie van de Hoge Raad over de bepaaldheidsvereiste in de context van de verpanding van vorderingen. Zie HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1488, NJ 1995/447 (Sparbank Rivierenland/Gispens q.q.), HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7842, NJ 2004/182 (Mulder q.q./Rabobank) en HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261 (Dix q.q./ING). Men moet niet uit het oog verliezen dat deze invulling van het bepaaldheidsvereiste betrekking heeft op het *object* van het recht, namelijk op de vraag welke vorderingen zijn verpand, en dus geen rol speelt bij het bepalen van de inhoud van het recht. Aangezien een ruimhartige benadering al wordt aanvaard ten aanzien van het object, menen wij dat de inhoud – en daarmee de reikwijdte – van het goederenrechtelijke recht in de vestigingsakte in elk geval niet nog nader hoeft te worden begrensd of nog concreter hoeft te worden aangeduid.

28 Parl. Gesch. Boek 5 BW, p. 3 (TM).

29 Zie met betrekking tot het erfpachtrecht W. Snijders, Erfpacht van woningen met een particuliere erverpachter, WPNR 2014, afl. 7042, p. 1165 en F.J. Vonck, De flexibiliteit van het recht van erfpacht (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 170, hetgeen *mutatis mutandis* ook voor opstalrecht geldt.

30 Zie over dit criterium A.A. van Velten, Privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht en W.G. Huijgen, Erfpacht en publiekrecht, in: A.A. van Velten e.a., Erfpacht (KNB Preadviezen 1995), Lelystad: Koninklijke Vermande 1995, p. 48 resp. p. 155 en Vonck 2013, p. 131-133. Overigens leidt strijd met het wezen niet tot nietigheid van het beding, maar slechts tot het ontbreken van de goederenrechtelijke werking.

31 Zie bijv. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/217.

*bestuur van de vereniging van eigenaars, om schriftelijk toestemming te verlenen voor het aanbrengen van die Opstallen, tevens een concept van de akte van vestiging van het onderopstalrecht aan Eigenaar heeft overlegd; of*

- b. *de akte van vestiging van dat onderopstalrecht op een nader moment, maar in ieder geval voorafgaand aan de vestiging is goedgekeurd door hetzij (i) de Eigenaar, dan wel (ii) het bestuur van de vereniging van eigenaars, die deze goedkeuring niet op onredelijke gronden zal weigeren of vertragen.*

De instemming wordt bij voorbaat verleend, zodat daarvoor te zijner tijd geen verdere verklaring van de eigenaar meer is vereist op voorwaarde dat (a) het voornemen tot vestiging van het onderopstalrecht en de voorgenomen inhoud daarvan zijn opgenomen in het verzoek om toestemming voor het aanbrengen van de betreffende opstallen, of (b) de conceptakte van vestiging is goedgekeurd. De vereiste goedkeuring van de akte als bedoeld onder b zal nodig zijn wanneer de hoofdstaller de betreffende zaken eerst zelf heeft aangebracht en later toch aan een exploitant wenst over te dragen, of bij een vestiging van een onderopstalrecht ten behoeve van een opvolgende exploitant, nadat een eerder, voor bepaalde duur gevestigd, onderopstalrecht is geëindigd. In die gevallen is de goedkeuring van de vestiging van het onderopstalrecht als onderdeel van de toestemming onder a niet meer mogelijk, omdat de opstallen dan al zijn aangebracht en ter zake van het aanbrengen ervan dus geen toestemming meer hoeft te worden gevraagd.

De *instemming* ex art. 5:93 lid 2 BW van de eigenaar moet worden onderscheiden van de hiervoor in paragraaf 4 genoemde *toestemming* die de eigenaar (of het bestuur van de VvE) verleent voorafgaand aan het aanbrengen van toekomstige werken, installaties of beplantingen. Deze laatste werkt door in de goederenrechtelijke verhouding doordat de verkregen toestemming bepalend is voor hetgeen tot de opstallen wordt gerekend. De hier bedoelde instemming (bij voorbaat) ziet alleen op het beschermen van de positie van de exploitant (als hoofdstaller) bij het eindigen van het hoofdstalrecht. Zonder die instemming zou een onderopstalrecht op grond van art. 5:93 lid 2 BW eindigen bij het einde van het hoofdstalrecht en zou de eigenaar het hoofdstalrecht kunnen uitwinnen vrij van het onderopstalrecht. Is die instemming wel verleend, dan blijft bij het einde van het hoofdstalrecht het onderopstalrecht intact en zullen de gemeenschappelijke eigenaars van de (in de splitsing betrokken) onroerende zaak het recht van de onderopstaller moeten respecteren.

Opmerking verdient dat de hier besproken instemming wezenlijk verschilt van de eventueel vereiste toestemming van de eigenaar voor overdracht als bedoeld in art. 5:91 (jo. art. 5:104) BW. Het voorschrijven van een dergelijke toestemming beperkt de overdraagbaarheid van het hoofdstalrecht.<sup>32</sup> Zo'n beperking zouden wij niet in de voorwaarden van het opstal-

recht willen opnemen, omdat de autonomie van de hoofdstaller daarmee wordt beperkt.

### 9 De identiteit van de hoofdstaller

Door de formulering van het hoofdstalrecht is in beginsel gegeven dat alle werken, installaties en beplantingen die aan de hoofdstaller zullen toebehoren, zijn aangebracht ten dienste van de gemeenschappelijke belangen van de eigenaars van de onroerende zaak. Idealiter houden die eigenaars ook, via het hoofdstalrecht, grip op die werken, installaties en beplantingen en ook op de exploitanten aan wie een onderopstalrecht is verleend.

Wanneer het gebouw in appartementsrechten is gesplitst, behartigt de VvE de gezamenlijke belangen van de eigenaars en kan de VvE binnen de grenzen van haar bevoegdheid in en buiten rechte optreden als vertegenwoordiger van de gezamenlijke eigenaars (art. 5:126 lid 5 BW). Het ligt dan ook voor de hand dat de VvE, via het hoofdstalrecht, grip houdt op de opstallen en daarmee de regie voert over de vestiging van onderopstalrechten. De VvE kan als zelfstandige rechtspersoon registergoederen verkrijgen, dus ook het hoofdstalrecht.<sup>33</sup> Bovendien geldt het bepaalde in art. 2:44 lid 2 BW, waaruit volgt dat het bestuur van een vereniging slechts de bevoegdheid heeft om overeenkomsten aan te gaan tot het verkrijgen van registergoederen (zoals een opstalrecht) voor zover dat uit de statuten voortvloeit, blijkens art. 5:124 lid 3 BW niet voor de VvE. Het is wel van belang dat het verkrijgen van het hoofdstalrecht past binnen de doelomschrijving als bedoeld in art. 5:112 lid 1 sub e BW. Ervan uitgaande dat die verkrijging plaatsvindt ter behartiging van de gemeenschappelijke belangen van de eigenaars, past die verkrijging in ieder geval binnen de wettelijke doelvereisten. Het hoofdstalrecht gaat overigens door de verkrijging door de VvE niet tot de splitsingsgemeenschap behoren, maar vormt een separaat vermogensbestanddeel van de VvE. Een vergelijkbare situatie doet zich voor als de VvE een naastgelegen parkeerterrein verwerft.

Wil men in de structureringsfase niet tegen het obstakel van art. 5:117 lid 2 BW aanlopen, dan moet het hoofdstalrecht worden gevestigd voordat de appartementensplitsing tot stand komt. Het probleem dat zich aandient, is dat de beoogde opstaller – te weten de VvE – ten tijde van de vestiging van het opstalrecht nog niet bestaat. Dit kan op twee manieren worden opgelost. In de eerste plaats kan het opstalrecht worden gevestigd ten behoeve van een aan de eigenaar verbonden entiteit, die na de splitsing het opstalrecht overdraagt aan de VvE. Het opstalrecht wordt op die manier tijdelijk ‘geparkeerd’ bij een gelieerde entiteit.

In de tweede plaats kan, bij het ontbreken van een dergelijke gelieerde entiteit, het gewenste resultaat in de volgende twee stappen worden bereikt. Aanvankelijk wordt het hoofdstal-

<sup>32</sup> Zie Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/224.

<sup>33</sup> Zie A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notarius nr. 120), Deventer: Wolters Kluwer 2018/10.4.

recht gevestigd ten behoeve van de entiteit die is voorzien als de onderopstaller van een direct te vestigen onderopstalrecht, bijvoorbeeld voor de nu te realiseren WKO-installatie (stap 1). Zodra de VvE is opgericht, draagt de beoogde onderopstalenteit het hoofdopstalrecht over aan de VvE onder voorbehoud van een onderopstalrecht (stap 2). In die leveringsakte, waarbij het onderopstalrecht tot stand komt door voorbehoud als bedoeld in art. 3:81 lid 1 BW, kunnen de voorwaarden worden opgenomen die op het onderopstalrecht van toepassing zijn. Kiest men voor deze route, dan is van belang dat de beoogde onderopstaller zich voorafgaand aan de verkrijging van het hoofdopstalrecht verplicht tot het zetten van stap 2 en de doorlevering van het hoofdopstalrecht derhalve niet kan tegenhouden. Bij voorkeur heeft de beoogde onderopstaller uiterlijk op het moment van de aanvaarding van het hoofdopstalrecht een volmacht verleend aan de notaris voor de doorlevering van het hoofdopstalrecht en worden beide akten op dezelfde dag – met daartussen de akte van splitsing – gepasseerd voor dezelfde notaris.

Wanneer het opstalrecht betrekking heeft op werken, installaties of beplantingen ten behoeve van meerdere gebouwen die elk in een eigen splitsing in appartementsrechten betrokken worden, is een VvE niet langer de aangewezen entiteit om als hoofdopstaller de belangen van alle appartementseigenaars te behartigen. Dat collectieve belang overstijgt het bereik van een enkele VvE. Het ligt dan voor de hand om een separate entiteit (zoals een stichting of formele vereniging) in het leven te roepen die tot doel heeft het opstalrecht te verkrijgen en te houden, te beheren en zo nodig te exploiteren, en voorts om de gemeenschappelijke belangen te behartigen van alle eigenaars van de verschillende op die werken, installaties en beplantingen aangesloten gebouwen. Via de statuten van de betreffende entiteit kan erin worden voorzien dat elk van de VvE's van de aangesloten gebouwen (een recht tot benoeming van) een zetel krijgt in het bestuur, zodat de appartementseigenaars via het bestuur grip houden op de opstallen en de onderopstalrechten.

Hanteren we de door ons voorgestelde teksten in de akte van vestiging, dan heeft de overdracht van het opstalrecht aan de VvE de op het eerste gezicht wellicht wat merkwaardige consequentie dat de VvE als rechtspersoon-opstaller voor het aanbrengen van nieuwe werken, installaties en beplantingen, of voor de vestiging van onderopstalrechten ten behoeve van een exploitant, toestemming nodig heeft van het bestuur van diezelfde VvE, als het daartoe in de opstalvoorwaarden aangewezen orgaan. De vraag is echter of daartegen overwegende bezwaren bestaan. Wij menen van niet, mits de besluitvorming binnen de VvE op dat punt helder en transparant plaatsvindt.

Van inherent tegenstrijdige belangen tussen de beide hoedanigheden van de VvE-rechtspersoon en het bestuur als aangewezen orgaan is geen sprake. De primaire taak van (het bestuur van) de VvE is immers het behartigen van de gezamenlijke belangen van de appartementseigenaars. Zoals aangegeven, is al-

leen al door de formulering van de werken, installaties en beplantingen die tot de opstallen kunnen behoren voldoende geborgd dat de aan te brengen zaken ook dat belang dienen. Daarnaast wordt met betrekking tot de vestiging van onderopstalrechten van een prudent handelende VvE in haar hoedanigheid van hoofdopstaller hetzelfde verwacht als in haar hoedanigheid van vertegenwoordiger van de gezamenlijke appartementseigenaars. Zowel de hoofdopstaller als (de vertegenwoordiger van) de eigenaars hebben er belang bij dat het onderopstalrecht wordt verleend aan een ter zake kundig exploitant die in staat en bereid is de exploitatie op de overeengekomen wijze en op het overeengekomen kwaliteitsniveau uit te voeren. Vanuit *good governance*-oogpunt is het echter wel gewenst dat het bestuur vooraf de vergadering van eigenaars informeert en vraagt om een besluit te nemen tot goedkeuring van de door het bestuur voorgenomen handeling, ook indien wet of (splitsings)reglement dat niet uitdrukkelijk vereist. Wil men het bestuur daartoe formeel verplichten, dan ligt het voor de hand dit op te nemen in het splitsingsreglement. Als eventueel een gekwalificeerde meerderheid is gewenst om dat besluit te nemen, kan ook dat in het reglement worden opgenomen.

#### 10 Overige aspecten van het hoofdopstalrecht

Naast de ruime omschrijving van de 'Opstallen' zijn ook de overige opstalbepalingen erop gericht om zo min mogelijk beperkingen aan te brengen in de bevoegdheid van de hoofdopstaller. De bevoegdheden van de hoofdopstaller kunnen ruim blijven omdat is voorzien om het hoofdopstalrecht in het vermogen te brengen van een entiteit (VvE of speciaal daartoe opgerichte rechtspersoon) die het belang van alle betrokken appartementseigenaars behartigt. Idealiter speelt de blooteigenaar in de toekomst een zo klein mogelijke rol doordat de hoofdopstaller de regie voert over het realiseren van verduurzamingsambities zonder dat van de blooteigenaar (oftewel, na splitsing, de gezamenlijke appartementseigenaars) actief handelen wordt gevergd.

We noemen op hoofdlijnen enkele opstalvoorwaarden:

- a. Het opstalrecht is eeuwigdurend en er is geen vergoeding verschuldigd.
- b. Het opstalrecht kan niet worden opgezegd.
- c. Voor overdracht is geen toestemming van de grondeigenaar vereist als voorzien in art. 5:91 BW.
- d. De eigenaar stemt bij voorbaat in met vestiging van onderopstalrechten als bedoeld in art. 5:93 BW.
- e. De hoofdopstaller kan geen aanspraak maken op vergoedingsrechten, behoudens dwingendrechtelijk voorgeschreven.
- f. De hoofdopstaller krijgt een brede bevoegdheid tot gebruik van en toegang tot (technische en verkeers)ruimtes in het gebouw voor aanleg, vervanging, beheer en onderhoud, die ook aan onderopstallers kan worden toegekend.



### 11 Reeds gevestigde (hoofd)opstalrechten voor bepaalde duur

Met het voorgaande is een aanzet gedaan voor een regeling voor nieuwe complexen waar de structuur nog van tevoren kan worden uitgedacht. Er zijn echter inmiddels ook al vele (tijdelijke) opstalrechten ten behoeve van exploitanten van (met name) WKO-installaties of fotovoltaïsche (PV)-installaties. Bij het einde van de duur van die opstalrechten ontstaat eveneens het hiervoor geschetste probleem.

Hoewel de door ons voorgestane structuur voor dergelijke bestaande situaties niet (eenvoudig) toe te passen is, menen wij dat het toch zinvol is om dat opstalrecht bij het einde van de duur ervan niet te beëindigen, maar over te dragen aan de VvE. Het wettelijk uitgangspunt is dat een tijdelijk opstalrecht na het verstrijken van de termijn waarvoor het is gevestigd, niet van rechtswege eindigt, maar blijft doorlopen tot opzegging (art. 5:98 lid 1 jo. art. 5:104 BW). Omdat de opzegging door de VvE (als opstaller) of door de gezamenlijke eigenaars (als eigenaar) zou moeten plaatsvinden, lijkt het onwaarschijnlijk dat het tot een dergelijke opzegging zal komen. Ondanks dat de duur waarvoor het opstalrecht is gevestigd is verstreken, loopt het opstalrecht daarmee effectief door zolang de VvE bestaat.

In beginsel blijft de VvE, als hoofdopstaller, ook bevoegd om nieuwe onderopstalrechten te verlenen, zonder dat eerst het bestaande opstalrecht hoeft te worden gewijzigd. Of niettemin wijziging nodig is voor de vestiging van een nieuw onderopstalrecht, zal beoordeeld moeten worden aan de hand van de tekst van de toepasselijke bedingen en zal afhangen van de voorwaarden die de beoogde nieuwe onderopstaller stelt. De wijziging van het (hoofd)opstalrecht zal dan bestaan uit het toekennen van nadere bevoegdheden aan de hoofdopstaller en daarmee in de kern uit de vestiging van een nieuw recht. Dat betekent dat een dergelijke wijziging niet zal kunnen worden doorgevoerd zonder dat tevens de splitsingsakte wordt gewijzigd, met alle formaliteiten van dien. In een ideale situatie wordt bij die gelegenheid het opstalrecht gewijzigd in een opstalrecht in ruime zin, waarmee meteen een toekomstbestendige structuur is neergezet. De vraag is echter of bestaande appartementseigenaars – en hun financiers – daartoe allemaal bereid zullen zijn.

### 12 Slotsom

In een veranderende en verduurzamende gebouwde omgeving is behoefte aan goederenrechtelijke structuren die ruimte bieden om die veranderingen op te vangen en daarin mee te bewegen. Wij denken dat binnen het bestaande systeem van goederenrechtelijke rechten een opstalrecht in ruime zin een waardevolle bijdrage kan bieden om die ruimte te creëren.