

BEPERKTE RECHTEN OP EIGEN GOEDEREN

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE RADBOUD UNIVERSITEIT NIJMEGEN
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS PROF. DR. J.H.J.M. VAN KRIEKEN,
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VAN DECANEN
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN OP

WOENSDAG 16 FEBRUARI 2022
OM 16.30 UUR PRECIES

DOOR

RODERIC JOHANNES TER RELE

GEBOREN OP 3 AUGUSTUS 1988
TE ROTTERDAM

WOORD VOORAF

In het Nederlandse burgerlijk recht kan een rechthebbende in beginsel geen beperkte rechten op zijn eigen goed hebben. Ter Rele onderzoekt in dit proefschrift in welke gevallen dat uitgangspunt niet opgaat, mede aan de hand van een diepgaande vergelijking met het Duitse recht. Er is niet eerder op systematische wijze onderzoek verricht naar beperkte rechten op eigen goederen in het Nederlandse burgerlijk recht. Meer kennis over dat onderwerp is van groot belang, omdat veel situaties zich kunnen voordoen waarin beperkt recht en moederrecht in één hand komen. Bijvoorbeeld als het heersende en het dienende erf van een erfdiensbaarheid dezelfde eigenaar krijgen of als iemand een derdenhypotheek op zijn eigen zaak verkrijgt.

Ter Rele formuleert een criterium waarmee vastgesteld kan worden of een rechthebbende een beperkt recht op zijn eigen goed kan hebben. Hij werkt dat criterium uit voor verschillende gevaltypen. Ter Rele geeft daarbij veel praktische voorbeelden van gevallen van beperkte rechten op eigen goederen. Het proefschrift wordt afgesloten met een voorstel voor wetswijziging. Ter Rele stelt voor het uitgangspunt los te laten dat een rechthebbende geen beperkte rechten op zijn eigen goed kan hebben.

Dit proefschrift is niet alleen van belang voor de wetenschappelijke beoefening van het goederenrecht, maar ook voor de rechtspraktijk. Het maakt deel uit van het onderzoeksprogramma 'Onderneming en algemeen vermogensrecht' van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht. Met veel genoegen nemen wij het proefschrift op in de serie.

S.C.J.J. Kortmann
N.E.D. Faber
C.J.H. Jansen
B.A. Schuijling

Nijmegen, oktober 2021

INHOUDSOPGAVE

WOORD VOORAF	V
AFKORTINGEN	XI
Hoofdstuk 1 Inleiding	1
1.1 Belang bij een beperkt recht op een eigen goed	1
1.2 Uitgangspunt: geen beperkte rechten op eigen goederen	3
1.3 Onderzoeksvraag	8
1.4 Methode	10
1.5 Opzet van het onderzoek	13
Hoofdstuk 2 In de wet geregelde gevallen	15
2.1 Inleiding	15
2.2 Afscheiden vermogen: art. 4:200 lid 2 BW	15
2.3 Gemeenschap	16
2.3.1 Art. 5:118 BW	16
2.3.2 Art. 4:29 BW	17
2.4 Verbintenisrechtelijke rechten	19
2.4.1 Art. 4:50 lid 3 BW	19
2.4.2 Art. 5:83 BW	20
2.5 Stapeling en quasi-stapeling van beperkte rechten	21
2.5.1 Art. 3:81 lid 3, eerste volzin BW	21
2.5.2 Art. 5:70 lid 1 en 5:84 BW	22
2.6 Art. 3:81 lid 3, tweede volzin BW	23
2.7 Vermeend geval: art. 3:81 lid 1, tweede volzin BW	25
2.8 Conclusie	27
Hoofdstuk 3 Duits recht	29
3.1 Inleiding	29
3.2 Verkrijging van beperkte rechten op eigen onroerende zaken	29
3.3 Vestiging van beperkte rechten op eigen onroerende zaken	31
3.3.1 Inleiding	31

3.3.2	RG 26 januari 1901, <i>RGZ</i> 47, 202	32
3.3.3	RG 14 november 1933, <i>RGZ</i> 142, 231	35
3.3.4	BGH 11 maart 1964, <i>BGHZ</i> 41, 209	37
3.3.5	BGH 11 december 1981, <i>NJW</i> 1982, 2381	39
3.3.6	BGH 14 juli 2011, <i>BGHZ</i> 190, 267	39
3.3.7	Conclusie	41
3.4	Beperkte rechten op eigen roerende zaken en <i>Rechten</i>	41
3.5	Beperkte rechten op gemeenschappelijke zaken	46
3.6	Conclusie	47
Hoofdstuk 4 Belang als criterium		49
4.1	Inleiding	49
4.2	Twee extreme standpunten	50
4.3	Middenweg	53
4.4	Oude zakelijke rechten	62
4.5	Volmacht of privatieve last	63
4.6	Bewijsrechtelijk belang	64
4.7	Vervolg van het onderzoek	68
Hoofdstuk 5 Afgescheiden vermogen		69
5.1	Inleiding	69
5.2	Beperkte terugwerkende kracht	70
5.3	Art. 4:200 lid 1 BW	77
5.4	Conclusie	79
Hoofdstuk 6 Gemeenschap		81
6.1	Inleiding	81
6.2	Omvang onverdeeld aandeel	82
6.3	Wettelijke regeling of beheersregeling	84
6.3.1	Algemeen	84
6.3.2	Onderlinge erfdienstbaarheid	85
6.3.3	Huwelijksgemeenschap	87
6.4	Redelijkheid en billijkheid	91
6.5	Splitsing in appartementsrechten	92
6.5.1	Een speciale vorm van gemeenschap	92
6.5.2	Tegenargumenten van Huijgen	96
6.6	Beperkte rechten op een onverdeeld aandeel	103
6.7	Afhankelijke beperkte rechten	107
6.8	Conclusie	113
Hoofdstuk 7 Voorwaarde		115
7.1	Inleiding	115
7.2	Een Lopikse casus	116

7.3	Voorwaardelijk in één hand	117
7.4	Voorwaardelijke vestiging	119
7.5	Conclusie	122
Hoofdstuk 8 Quasi-stapeling		125
8.1	Inleiding	125
8.2	Materiële benadering	126
8.3	Tegenargumenten	135
8.4	Vergelijking met herpandrecht	140
8.5	Conclusie	141
Hoofdstuk 9 Art. 3:81 lid 3 BW		143
9.1	Inleiding	143
9.2	Relatieve of absolute benadering?	143
9.2.1	Inleiding	143
9.2.2	Parlementaire geschiedenis en literatuur	145
9.2.3	Vergelijking met art. 4:50 lid 3 en 5:83 BW	148
9.2.4	Absoluut voortbestaan	149
9.3	Vestiging van '3:81 lid 3'-rechten	156
9.4	Afhankelijke beperkte rechten	163
9.5	Kwalitatieve verplichting	166
9.6	Beslag	168
9.7	Retentierecht en voorrecht	173
9.8	Conclusie	176
Hoofdstuk 10 Verbintenisrechtelijke rechten		179
10.1	Inleiding	179
10.2	Noodzaak ontbreekt	179
10.3	Art. 4:50 lid 3 BW	181
10.3.1	Inleiding	181
10.3.2	Verwerping	182
10.3.3	Keuzelegaat	186
10.3.4	Analoge toepassing	187
10.3.5	Vestiging niet mogelijk	192
10.3.6	Conclusie	192
10.4	Art. 5:83 BW	193
10.4.1	Inleiding	193
10.4.2	Beperkte strekking	194
10.4.3	Praktische betekenis	196
10.4.4	Beide erven in gebruik bij verschillende derden	197
10.4.5	Beide erven in gebruik bij dezelfde derde	198
10.4.6	Vestiging	199

10.5	Levering bij voorbaat	200
10.6	<i>Vormerkung</i>	204
10.7	Contractuele of statutaire bevoegdheden	205
10.8	Conclusie	206
Hoofdstuk 11 Slotbeschouwing		209
11.1	Inleiding	209
11.2	In de wet geregelde gevallen	209
11.3	Duits recht	210
11.4	Belang bij een beperkt recht op een eigen goed	211
11.5	Afgescheiden vermogen	214
11.6	Gemeenschap	214
11.7	Voorwaarde	215
11.8	Quasi-stapeling	216
11.9	Art. 3:81 lid 3 BW	216
11.10	Verbintenisrechtelijke rechten	217
11.11	<i>De lege ferenda</i> : beperkte rechten op eigen goederen zonder belang	219
English Summary		227
Résumé en français		235
Verkort aangehaalde literatuur		243
Jurisprudentieregister		279
Wetsartikelenregister		287
Trefwoordenregister		297
Curriculum vitae		301
Serie onderneming en recht		303

HOOFDSTUK 1

INLEIDING

1.1 Belang bij een beperkt recht op een eigen goed

1. Een ondernemer heeft twee stukken grond in eigendom. Op het ene perceel heeft hij een fabriek.¹ Het andere, nabijgelegen perceel gebruikt hij onder andere voor de aan- en afvoer van goederen naar en van de fabriek. De ondernemer wil geld lenen van een financier. De ondernemer en de financier komen overeen dat de ondernemer ten gunste van de financier een recht van hypotheek vestigt op het perceel waarop de fabriek staat. De financier krijgt geen hypotheek op het andere perceel. Wel wenst de financier dat het andere perceel na executie van het perceel waarop de fabriek staat, gebruikt kan blijven worden voor de aan- en afvoer van goederen.² Kan daartoe een erfdiensbaarheid³ worden gevestigd op het perceel waarover de aan- en afvoer plaatsvindt (dienend erf), ten behoeve van het perceel waarop de fabriek staat (heersend erf)?

Probleem bij de vestiging van een dergelijke erfdiensbaarheid, is dat heersend en dienend erf dezelfde eigenaar hebben. In dat geval kan in beginsel geen erfdiensbaarheid worden gevestigd: *nulli res sua servit* (aan niemand kan een erfdiensbaarheid op zijn eigen zaak toekomen).⁴ De financier heeft echter wel belang bij de erfdiensbaarheid. Zou om die reden toch wel een erfdiensbaarheid gevestigd moeten kunnen worden?

1 De begrippen 'perceel', 'erf' en 'stuk grond' gebruik ik in dit proefschrift als synoniemen voor 'onroerende zaak'. Vgl. Parl. Gesch. BW Boek 5, p. 253.

2 De casus is geïnspireerd door RG 14 november 1933, RGZ 142, 131. Zie over die uitspraak §3.3.3.

3 De financier zou ook een kwalitatieve verplichting (art. 6:252 BW) kunnen bedingen die inhoudt dat de eigenaar van het perceel de aan- en afvoer moet dulden. Bij executie van het verhypothekerde perceel, kan de bank de vordering uit die verplichting afzonderlijk cederen aan de koper. Voordeel van een erfdiensbaarheid is dat deze als afhankelijk recht mee overgaat bij executie van het verhypothekerde perceel (art. 3:82 BW). Overdracht van de erfdiensbaarheid is niet mogelijk en niet nodig (Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/205; Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/104, 611; Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (SBR 2) 2017/47, 308).

4 D. 8.2.26; Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/614; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/173. Zie §1.2 voor uitgebreide literatuurverwijzingen.

2. Stel dat de eigenaar van een stuk grond zijn onroerende zaak voor honderd jaar aan iemand anders in erfpacht heeft gegeven. Gedurende de looptijd van de erfpacht, wenst de eigenaar de grond voor een periode van tien jaar zelf te gebruiken. De eigenaar wil een goederenrechtelijk gebruiksrecht op de grond hebben. Kan de erfpachter de grond in ondererfpacht geven aan de eigenaar?

Gelet op de wettelijke constructie van het recht van ondererfpacht, is dat geenszins vanzelfsprekend.⁵ Volgens art. 5:93 BW rust de ondererfpacht niet op de erfpacht, maar op (de eigendom van) de bezwaarde zaak. De erfpacht en de ondererfpacht zijn nevengeschiedte rechten. De eigenaar zou een recht van ondererfpacht op zijn eigen zaak hebben. Uitgangspunt in het Nederlandse recht is echter dat iemand geen beperkte rechten op zijn eigen zaak kan hebben.⁶ De eigenaar heeft daarentegen wel belang bij het recht van ondererfpacht: hij kan aan de ondererfpacht bevoegdheden ontlenuen, die hij niet heeft op grond van zijn eigendomsrecht. De bevoegdheden die voortvloeien uit de ondererfpacht, zijn niet afgeleid uit de eigendom, maar uit de erfpacht (art. 5:93 lid 1 BW). Op grond van zijn bezwaarde eigendomsrecht mag hij de zaak niet houden en gebruiken (art. 5:85 lid 1 BW). Dat mag hij wel uit hoofde van het recht van ondererfpacht.⁷ Zou daarom de ondererfpacht toch wel gevestigd moeten kunnen worden?

3. De eigenaar van een woning, die is bezwaard met hypotheek, wil zonnepanelen plaatsen op het dak van zijn woning. De financier van de zonnepanelen – een andere bank dan de bank die de woning heeft gefinancierd – verlangt dat ten gunste van hem een zekerheidsrecht wordt gevestigd. Hij wenst geen tweede hypotheek op de woning, maar een zekerheidsrecht op de panelen zelf.⁸ Als wordt aangenomen dat de eigendom van de woning, de zonnepanelen omvat, als gevolg van indirecte vereniging (art. 5:20 lid 1, aanhef en onder e BW), dan zou een pandrecht op de panelen tenietgaan zodra deze op het dak worden gemonteerd. Zou een hypotheek kunnen worden gevestigd op een recht

5 Ter Rele 2017; Bartels e.a. 2016, p. 318.

6 Zie §1.2.

7 Zie daarover hoofdstuk 8.

8 Mogelijk zou ook een opstalrecht gevestigd kunnen worden ten gunste van de financier. Mits het fiduciaverbod (art. 3:84 lid 3 BW) daaraan niet in de weg staat. Dat alternatief is niet relevant voor dit proefschrift en blijft daarom buiten beschouwing.

van opstal op de woning, dat de bevoegdheid geeft de zonnepanelen op de woning in eigendom te hebben?

Probleem is echter dat geen derde partij bij de transactie is betrokken. Ten gunste van wie zou het recht van opstal gevestigd moeten worden? Kan de eigenaar een recht van opstal ten gunste van zichzelf vestigen, als meteen daarop een recht van hypotheek wordt gevestigd? Dan zou een rechtstoestand ontstaan, die vergelijkbaar is met het geval dat een recht van opstal, bezwaard met hypotheek, in handen komt van de eigenaar van de bezwaarde zaak. In die situatie werkt de vermenging van het opstalrecht niet ten nadele van de hypotheekhouder (art. 3:81 lid 3 BW).⁹

1.2 Uitgangspunt: geen beperkte rechten op eigen goederen

4. De drie besproken gevallen hebben met elkaar gemeen, dat *belang* bestaat bij een beperkt recht op een eigen goed. In het geldende Nederlandse recht geldt echter het uitgangspunt dat iemand geen beperkte rechten op zijn eigen goed kan hebben. In de wet komt dat uitgangspunt tot uitdrukking in de omschrijvingen van de rechten van vruchtgebruik, erfpacht en opstal: het zijn rechten op zaken of goederen van *een ander* (art. 3:201, 5:85 lid 1 en 5:101 lid 1 BW).¹⁰ Het uitgangspunt blijkt verder uit de wat ouderwetse benaming voor een beperkt recht: een recht op andermans zaak (*ius in re aliena*).¹¹ Dat in tegenstelling tot het eigendomsrecht: het recht op de eigen zaak.¹²

Eveneens blijkt het uitgangspunt uit de regel dat beperkte rechten door vermenging tenietgaan (art. 3:81 lid 2, aanhef en onder e BW). De wet

⁹ Zie daarover §9.3.

¹⁰ Zie voor het oud BW art. 721, 758, 767 lid 1 en 803. Vgl. voor het Romeinse recht: D. 7.9.4; D. 8.2.30; D. 8.6.1; Inst. 2.4, waarover uitgebreid Kieß 1995. Zie ook: Van Hoof 2020. Vgl. voor het oudvaderlands recht: De Groot 1631, Boek II, Deel 33 §4, Deel 37 §2, Deel 40 §18.

¹¹ Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/10; J.E. Jansen 2007, p. 73; Zwალve 2006, p. 87-90; Van den Bergh 1988, p. 32, 37; Pitlo/Brahn, *Zakenrecht* 1987, p. 4; Feenstra 1979; Asser/Scholten *Zakenrecht* 1945, p. 39; Suijling V 1940, nr. 8-10, 83, 306-307, 312, 318, 329; Veegens/Oppenheim II 1925, p. 115, 135, 139, 146, 159, 183, 187, 189, 221, 223; Land II 1901, p. 7, 58, 278, 313-314, 321, 353; Diephuis VI 1886, p. 19, 21-22, 474. Vgl. Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI 2020/105, 252. Vgl. voor het Belgische recht Sagaert 2014, nr. 187.

¹² Pitlo/Brahn, *Zakenrecht* 1987, p. 4; Asser/Scholten *Zakenrecht* 1945, p. 39; Land II 1901, p. 111; Diephuis VI 1886, p. 18, 477. Vgl. voor het Belgische recht Sagaert 2014, nr. 187.

bepaalt weliswaar niet wat met ‘vermenging’ wordt bedoeld, maar de parlementaire geschiedenis en de literatuur laten daar geen twijfel over bestaan. Vermenging treedt op als beperkt recht en moederrecht in één hand samenkomen.¹³ Het optreden van vermenging is een vrij mechanisch verschijnsel: als beperkt recht en moederrecht in één hand komen, gaat het beperkte recht door vermenging teniet. Daarbij is niet van belang op welke wijze beide rechten in één hand zijn gekomen, of dat is bedoeld de rechten voor korte tijd in dezelfde handen te laten. Evenmin is een aparte rechtshandeling nodig voor het tenietgaan van het beperkte recht. Vermenging treedt van rechtswege op en is van dwingend recht.¹⁴ Bij de vestiging van een beperkt recht kan bijvoorbeeld niet effectief worden bedongen dat het niet door vermenging tenietgaat, als de eigenaar van de bezwaarde zaak, het beperkte recht verkrijgt.

In het vervolg gebruik ik afwisselend de begrippen ‘eigenaar’ en ‘zaak’, en ‘rechthebbende’ en ‘goed’. Dat doe ik voor de afwisseling en omwille van het leesgemak: het eerstgenoemde begrippenpaar is minder abstract. De begrippen ‘eigenaar’ en ‘zaak’ gebruik ik als *pars pro toto*. Steeds bedoel ik daarmee ook ‘rechthebbende’ en ‘goed’, tenzij anders aangegeven.

5. Iemand heeft (in beginsel) geen belang bij een beperkt recht op zijn eigen zaak, omdat de bevoegdheden die zijn verbonden aan het beperkte recht, reeds besloten liggen in het eigendomsrecht. De (onbezwaarde) eigendom omvat de beperkte rechten.¹⁵ Het beperkte recht heeft de rechthebbende niets méér te bieden dan hij al heeft. Een recht van erfpacht geeft de rechthebbende bijvoorbeeld de bevoegdheid de be-

13 Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 311; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/19; Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI 2020/105, 142b, 318; Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/605; Van Velten 2018/2.3.1; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/12; Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen, *Hartkamps Compendium van het vermogensrecht* 2017/130; Sniijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (SBR 2) 2017/480; J.E. Jansen 2008, p. 75; J.E. Jansen 2007, p. 73; Fesevur 2005, p. 196; Suijling I 1948, nr. 64; Suijling V 1940, nr. 83, 312. Dat blijkt ook uit art. 753 en 854 onder 3° oud BW.

14 Land II 1901, p. 112. Vgl. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/33; Van Hoof 2020, p. 6; Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/605-606; Sniijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (SBR 2) 2017/78; Struycken 2007, p. 363; Ploeger 2000; Suijling V 1940, nr. 75.

15 Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/464; J.E. Jansen 2008, p. 75; Struycken 2007, p. 228-230; Van den Bergh 1988, p. 34; Suijling V 1940, nr. 119, 312; Diephuis VI 1886, p. 477-478. Vgl. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/10; Sniijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (SBR 2) 2017/450. Vgl. voor het Duitse recht: Windscheid/Kipp I 1906, §200, p. 1024, voetnoot 4; Hartmann 1838, p. 10-11.

zwaarde zaak te houden en te gebruiken (art. 5:85 lid 1 BW). De eigenaar van een zaak heeft die bevoegdheden ook (art. 5:1 lid 2 BW). De hypotheekhouder heeft de bevoegdheid de bezwaarde zaak te verkopen en te leveren indien de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van de gezeekerde vordering, en zich met voorrang op de opbrengst te verhalen (art. 3:227 lid 1 en 3:268 lid 1 BW, art. 546 en 525 lid 1 Rv). De eigenaar is eveneens bevoegd zijn zaak te verkopen en te leveren. Hij heeft (in beginsel) niets aan de bevoegdheid zich bij voorrang te verhalen op de executieopbrengst.

Het uitgangspunt dat iemand geen beperkte rechten op zijn eigen zaak kan hebben, heeft een ordenende functie: beperkte rechten op een eigen zaak worden van rechtswege ‘opgeruimd’, omdat ze geen zinvolle functie meer hebben.¹⁶ Een normatieve functie heeft het uitgangspunt niet: beperkte rechten op een eigen zaak worden niet als fout of moreel verwerpelijk gezien.

6. Beperkte rechten op een eigen zaak als zodanig hebben in de Nederlandse rechtsliteratuur op weinig belangstelling mogen rekenen. In de parlementaire geschiedenis van het huidige Burgerlijk Wetboek zijn enkele passages daaraan gewijd, ter toelichting op de voorgestelde wetsbepalingen.¹⁷ Het verschijnsel komt in de moderne handboeken en studieboeken niet systematisch en slechts oppervlakkig aan bod.¹⁸ De oude handboeken staan iets uitgebreider, maar nog steeds vrij beknopt, stil bij het uitgangspunt dat beperkte rechten niet op een eigen zaak kunnen rusten.¹⁹

16 Vgl. Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 310-311.

17 Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 309-311, 840-841; Parl. Gesch. BW Boek 4, p. 296, 965; Parl. Gesch. BW Boek 5, p. 245, 287-289, 393-394; Parl. Gesch. Inv. BW Boek 5, p. 1053-1054; Parl. Gesch. Inv. BW Overgangsrecht, p. 87-88.

18 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/19-21; Asser/Perrick 4 2021/531, 571, 753; Handboek Erfrecht 2020/VII.2.15, XII.5; Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI 2020/105, 142b, 252, 318; Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/605-606, 614, 639, 662, 677, 701; Ploeger & Bounjouw, *Erfpacht en opstal* (Mon. BW nr. B28) 2019/51; Van Velten 2018/2.3.1, 2.4.3, 10.23, 12.16, 14.5; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/10, 173, 204, 384-384a, 498; Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen, *Hartkamps Compendium van het vermogensrecht* 2017/130; Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (SBR 2) 2017/478, 480; Huijgen, *Hypotheek* (Mon. BW nr. B12b) 2016/30; Klaassen-Eggens/Luijten & Meijer, *Erfrecht* 2008/228, 263, 818-819; Fesevur 2005, p. 14, 196; Pitlo/Van der Burgh & Ebben, *Erfrecht* 2004/505.

19 Suijling I 1948, nr. 64; Suijling V 1940, nr. 9-10, 83, 312-313, 329; Diephuis VI 1886, p. 477-479, 498-500, 604-608. Vgl. Asser/Beekhuis 3-I 1985/12-13; Asser/Scholten Zakenrecht 1945, p. 42.

De Haagse advocaat en ambtenaar J.M. Nap is in een artikel uit 1902, met de titel *Het zakelijk recht van den eigenaar*, wel uitgebreid ingegaan op de vraag of een eigenaar een beperkt recht op zijn eigen zaak kan hebben.²⁰ Nap betoogt dat een eigenaar volgens het geldende recht beperkte rechten op zijn eigen zaak kan hebben (vestigen en verkrijgen), omdat dit wenselijk is. Hij constateert dat een eigenaar volgens het oud BW in bepaalde gevallen een beperkt recht op zijn eigen zaak kan hebben.²¹ Het Romeinse recht kende eveneens enkele van zulke gevallen. Daarom is de regel dat beperkte rechten niet op een eigen zaak kunnen rusten, volgens hem 'ongeldig'.

Nap heeft gelijk dat het kunnen hebben van beperkte rechten op een eigen zaak, wenselijk kan zijn.²² Zijn argumentatie schiet echter op twee cruciale punten tekort:²³

- a. het feit dat iets wenselijk is, betekent nog niet dat het ook kan;
- b. het feit dat de wet *enkele* gevallen noemt waarin de eigenaar een beperkt recht op zijn eigen zaak kan hebben, betekent nog niet dat de eigenaar *steeds* beperkte rechten op zijn eigen zaak kan hebben. Als uitgangspunt geldt dat een eigenaar geen beperkt recht op zijn eigen zaak kan hebben.

Naps opvatting heeft geen navolging gevonden in de literatuur.²⁴ Wel zijn de meeste gevallen die hij als voorbeeld noemt waarin een beperkt recht op een eigen zaak wenselijk kan zijn, thans in de wet geregeld.²⁵ De andere voorbeelden komen verderop in dit proefschrift aan bod.²⁶

20 Nap 1902. Nap is volgens het *Leidsch Dagblad* van 27 oktober 1905, p. 2, kolom 3, advocaat en procureur te Den Haag en commies van Staat bij de Raad van State. Zie ook: *Leidsche Courant* 6 september 1912, p. 1, kolom 5; het titelblad van Nap 1910; *Leidsch Dagblad* 30 december 1901, p. 2, kolom 1.

21 Art. 748 oud BW (zie §11.11) en art. 1250 en 1438, aanhef en onder 2° oud BW (zie §2.6).
22 Zie §11.11.

23 Vgl. de zeer kritische bespreking van Naps artikel door De Pinto 1902: 'Het zwakste deel van des schrijvers studie schijnt mij wel § 4, waarin hij tot eene conclusie komt voor het thans bij ons geldende recht. Hij stelt daarbij voorop (bl. 542), dat "de ongeldigheid der leer nulli res sua servit voor het geldende recht als vaststaand (kan) worden beschouwd", en tracht dan op een paar bladzijden het bewijs dezer gewaagde stelling te leveren. Dit is hem niet gelukt en kon hem niet gelukken, (...).'

24 Vgl. J.E. Jansen 2007, p. 90-91.

25 Art. 3:81 lid 3 (eerste en tweede volzin), 4:50 lid 3 en 5:83 BW.

26 De overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht (§2.7), de vestiging van een beperkt recht door de eigenaar ten gunste van zichzelf om de rang van het beperkte recht veilig te stellen (§9.3), het voortbestaan van een beperkt recht op een eigen zaak om de eigenaar de keuze te bieden op welk recht hij een beroep doet (nr. 49) en het voortbestaan van beperkte rechten op een eigen zaak in gemeenschapssituaties (hoofdstuk 6).

De vraag of het optreden van vermenging relatieve werking heeft, is in de oude literatuur vrij uitgebreid aan bod gekomen.²⁷ Onder andere in het proefschrift van Oostwoud Wijdenes uit 1889.²⁸ Dat proefschrift gaat over de vraag of een recht van hypotheek op vruchtgebruik eindigt, bij het tenietgaan door vermenging van het vruchtgebruik.²⁹ Die vraag is voor het huidige recht echter niet meer relevant, omdat art. 3:81 lid 3 BW daarvoor een regeling geeft. Daarmee is de discussie beslecht. J.E. Jansen is in een artikel ingegaan op de historische achtergrond van de relatieve werking van vermenging, en de verschillen tussen art. 3:81 lid 3 BW en art. 5:83 BW.³⁰

In de recente literatuur is aandacht besteed aan enkele specifieke kwesties die verband houden met beperkte rechten op eigen goederen.³¹ In het bijzonder geldt dat voor het optreden van vermenging bij een splitsing in appartementsrechten.³² Daarnaast zijn vrij recent voorstellen tot wetswijziging gedaan om het mogelijk te maken dat erfdiensbaarheden gevestigd worden als heersend en dienend erf in één hand zijn.³³ In een preadvies uit 1930 is voorgesteld het mogelijk te maken dat een eigenaar ten gunste van zichzelf een recht van hypotheek op zijn eigen zaak vestigt.³⁴

27 Pleysier 1985; Pleysier 1983b; Pleysier 1983a; Reepmaker 1933; Borret 1916, p. 19, 33; De Bussy 1914; Nap 1902; W. Modderman 1867; Cremers 1861; Anoniem 1861, p. 392-393; S.M.S. Modderman 1859; Anoniem 1859. Vgl. J.E. Jansen 2007, p. 89-91. Zie voor meer verwijzingen §2.5.1.

28 Oostwoud Wijdenes 1889.

29 Juister gezegd gaat het proefschrift over de vraag of een recht van hypotheek op vruchtgenot tenietgaat, bij het tenietgaan door vermenging van het vruchtgebruik. Volgens art. 819 lid 1 oud BW kon de vruchtgebruiker slechts het vruchtgenot bezwaren met beperkte rechten, niet het vruchtgebruik. In de oude literatuur werd aangenomen dat deze bepaling letterlijk gelezen moest worden. De vruchtgebruiker kon dus alleen het vruchtgenot bezwaren. Oostwoud Wijdenes volgt die oude opvatting. Als het vruchtgebruik tenietgaat, dan eindigt ook het vruchtgenot. Daarom is relevant of het tenietgaan door vermenging van het vruchtgebruik ten nadele werkt van degene die een hypotheek heeft op het vruchtgenot. Volgens een modernere opvatting onder het oude recht kon de vruchtgebruiker wel het vruchtgebruik bezwaren. Zie: Asser/Beekhuis 3-II 1990/395 (met verwijzingen naar andere literatuur); Suijling V 1940, nr. 376.

30 J.E. Jansen 2007. Zie ook: Spath 2017, p. 23-26; Meijers 1948, p. 134-135.

31 Zie de literatuurverwijzingen verderop in dit proefschrift.

32 Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/384; Vonck 2016, p. 81-86; Huijgen 2011; Tweehuysen 2011; Huijgen 2010; Louwman 2004. Zie §6.5 voor meer literatuurverwijzingen.

33 Van Hoof 2020, p. 16; Van Oostrom-Streep, Verstappen & Van Vliet 2016, p. 265-269; Ploeger 2000.

34 Hoorweg 1930, p. 21-30, 85; Leopold 1930, p. 53-54.

Verder bestaat literatuur en rechtspraak over schuldvermenging (art. 6:161 BW).³⁵ Een verbintenis gaat door schuldvermenging teniet, wanneer door overgang van de vordering of de schuld de hoedanigheid van schuldeiser en die van schuldenaar zich in één persoon verenigen. De schuldvermenging en het tenietgaan door vermenging van beperkte rechten hebben dezelfde grondslag: er bestaat geen belang bij de verbintenis of het beperkte recht.³⁶ Om die reden verwijs ik op sommige plaatsen – bij wijze van interne rechtsvergelijking – naar rechtspraak en literatuur over de schuldvermenging.

1.3 Onderzoeksvraag

7. Op het uitgangspunt dat een eigenaar geen beperkte rechten op zijn eigen zaak kan hebben, gelden echter wel uitzonderingen. Volgens de wet kan een rechthebbende in een aantal gevallen beperkte rechten op zijn eigen goed hebben (zie hoofdstuk 2). In andere gevallen kan dat mogelijk op grond van ongeschreven recht (die gevallen worden onderzocht in de hoofdstukken 5-10). De gevallen waarin iemand volgens het geldende recht een beperkt recht op een eigen goed kan hebben, zijn echter nog niet systematisch in kaart gebracht. Beperkte rechten op eigen goederen kunnen in het rechtsverkeer een zinvolle functie vervullen (zie bijvoorbeeld de aan het begin van dit hoofdstuk besproken gevallen). Om deze redenen is het zinvol om onderzoek te doen naar de gevallen waarin een eigenaar beperkte rechten op zijn eigen zaak kan hebben. In dit proefschrift beantwoord ik daarom de volgende onderzoeksvraag:

In welke gevallen kan een eigenaar of rechthebbende beperkte rechten hebben op zijn eigen zaak of goed?

Ik beoog aan te tonen dat de onderzoeksvraag aldus moet worden beantwoord, dat volgens het geldende Nederlandse recht een eigenaar een beperkt recht op zijn eigen zaak kan hebben, als belang bestaat bij het

35 Ik gebruik de terminologie van art. 1472 oud BW om de vermenging van art. 3:81 lid 2, aanhef en onder e BW, te onderscheiden van die van art. 6:161 BW. Zie over het begrip 'schuldvermenging': Asser/Sieburgh 6-II 2017/337. Vgl. Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 590-591.

36 Asser/Sieburgh 6-II 2017/337; E.M. Meijers, annotatie onder HR 26 augustus 1929, ECLI:NL:HR:1929:103, NJ 1929, p. 1525 (*Faillissement Brandts I*); Fabricius 1936, p. 66; Modderman 1867, p. 85.

beperkte recht.³⁷ Het begrip ‘belang’ dient in dit verband *objectief* ingevuld te worden. *Een eigenaar* heeft objectief belang bij een beperkt recht op zijn eigen zaak, als hij aan dat beperkte recht bevoegdheden kan ontlenen, die hij niet tevens heeft op grond van het eigendomsrecht. Die bevoegdheden kunnen bestaan uit het genot van het goed waarop het beperkte recht rust (bij de rechten van vruchtgebruik, erfdiensbaarheid, erfpacht en opstal), of de bevoegdheid over het bezwaarde goed te beschikken en zich bij voorrang op de opbrengst te verhalen (bij pand en hypotheek).³⁸ Een eigenaar die bijvoorbeeld een recht van ondererfpacht op zijn eigen zaak heeft, kan méér bevoegdheden ontlenen aan de ondererfpacht dan die voortvloeien uit zijn eigendomsrecht.³⁹ *Iemand anders* heeft objectief belang bij een beperkt recht, als de bezwaarde eigendom en het beperkte recht in één hand zijn, indien hij uit hoofde van een *goederenrechtelijk recht* bevoegdheden kan ontlenen aan het beperkte recht op de eigen zaak. Bijvoorbeeld als hij een recht van hypotheek heeft op een opstalrecht op een eigen zaak (zie de casus in nr. 3).

Er dient geen onderscheid gemaakt te worden tussen *verkrijging* en *vestiging* van beperkte rechten op een eigen zaak. In beide gevallen dient beoordeeld te worden of objectief belang bestaat bij het beperkte recht. Kunnen aan een beperkt recht op een eigen zaak geen extra bevoegdheden ontleend worden, dan kan het recht niet worden gevestigd. Als een beperkt recht door verkrijging op een eigen zaak komt te rusten, en geen belang bestaat bij het beperkte recht, dan gaat het beperkte recht door vermenging teniet (art. 3:81 lid 2, aanhef en onder e BW).

De bevoegdheid een beperkt recht te kunnen vervreemden, te bezwaren of te splitsen in appartementsrechten (art. 5:106 BW), leidt er niet toe dat iemand een beperkt recht op een eigen zaak kan hebben. Dat zou moeilijk zijn te verenigen met het uitgangspunt dat een eigenaar geen beperkte rechten op zijn eigen zaak kan hebben. Deze bevoegdheden heeft een rechthebbende van een beperkt recht immers steeds.

Aan het slot van het proefschrift ga ik in op het wenselijke recht (*de lege ferenda*). In navolging van het Duitse recht zou het wenselijk zijn om het

37 Dit criterium wordt verder uitgewerkt in hoofdstuk 4.

38 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/38-39; Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/590.

39 Zie de casus in nr. 2 en hoofdstuk 8.

uitgangspunt los te laten dat een eigenaar geen beperkte rechten op zijn eigen zaak kan hebben.

8. Er bestaan verschillende opvattingen over de theoretische constructie van beperkte rechten.⁴⁰ Moet de vestiging van een beperkt recht worden gezien als een 'afsplitsing' van de eigendom? Of is een beperkt recht een 'afspiegeling' van de eigendom? Volgens het afsplitsingsmodel leidt de vestiging van een beperkt recht, tot de afsplitsing en overdracht van bepaalde bevoegdheden van de eigenaar. Het afspiegelingsmodel berust op de gedachte dat de beperkt gerechtigde zekere bevoegdheden van de eigenaar krijgt toegekend, die zijn 'afgespiegeld' van de bevoegdheden van de eigenaar. De eigenaar kan de afgespiegelde bevoegdheden niet uitoefenen zolang het beperkte recht bestaat. In dit proefschrift maak ik geen keuze voor één van deze modellen. Volgens mij zijn de modellen vooral nuttig om de rechtsgevolgen die zijn verbonden aan beperkte rechten, op een beeldende manier tot uitdrukking te brengen.⁴¹ Ze zijn van didactische waarde. De modellen kunnen echter niet worden gebruikt om bepaalde rechtsgevolgen eruit af te leiden. Aan een bepaald woordgebruik in dit proefschrift mogen geen conclusies worden verbonden voor een keuze of voorkeur voor één van de modellen.

1.4 Methode

9. In dit proefschrift verricht ik juridisch-dogmatisch onderzoek. De onderzoeksvraag beantwoord ik door analyse van het systeem van het burgerlijk recht. Onderzocht wordt welke ordening in dat systeem besloten ligt.⁴² Daarbij maak ik gebruik van de wet, parlementaire stukken, literatuur, jurisprudentie, van vergelijking met verwante (binnen- en buitenlandse) rechtsfiguren en van het doen van gedachte-experimenten. Al deze methoden hebben tot doel om te vast te stellen in

40 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/11; Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht* 2019/26, 588; Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (SBR 2) 2017/450; Mollema 2013; Struycken 2007, p. 359-466; De Jong 2006; Van der Steur 2003, p. 30-35; Meijers 1948, p. 281.

41 Vgl. Tweehuysen 2016, p. 18-19; Neppelenbroek 2016.

42 Vgl. HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524; HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600 (*Quint/Te Poel*); Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht* (Mon. BW A3) 2020/25; C.J.H. Jansen 2016, p. 157-158; Smits 2015, p. 33-44; Asser/Vranken Algemeen deel **** 2014/8-10, 15; Bartels 2012, p. 486; Vranken 2010, p. 319; Tijssen 2009, p. 161-164; J.B. Vegter 1990; Asser/Scholten Algemeen deel * 1974/28; Suijling I 1948, nr. 24-29.