

Wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter verbetering van de regeling van mandeligheid (Wet verbetering mandeligheid)

ONTWERP VOORSTEL VAN WET

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz. Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten: Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is de regeling van mandeligheid te verbeteren; Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:

A

Artikel 60 komt te luiden:

Mandeligheid ontstaat, wanneer de eigendom, een erfpachtrecht, een opstalrecht met betrekking tot een onroerende zaak toebehoort aan één of meer eigenaars, erfpachters of opstallers van erven en die onroerende zaak door hen tot gemeenschappelijk nut van die erven wordt bestemd bij een tussen hen opgemaakte notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers. De bestemming tot gemeenschappelijk nut kan ook geschieden als de eigendom, het erfpachtrecht of het opstalrecht met betrekking tot de tot gemeenschappelijk nut te bestemmen onroerende zaak, zich nog in één hand bevindt.

B

Artikel 62 komt te luiden:

1. Een vrijstaande scheidsmuur, een hek of een heg is gemeenschappelijk eigendom en mandelig, indien de grens van twee erven die aan verschillende eigenaars toebehoren, er in de lengterichting onderdoor loopt, tenzij de eigenaars anders hebben bepaald bij een in de openbare registers ingeschreven notariële akte.
2. De scheidsmuur die twee gebouwen of werken, welke aan verschillende eigenaars toebehoren, gemeen hebben, is eveneens gemeenschappelijk eigendom en mandelig, tenzij de eigenaars anders hebben bepaald bij een in de openbare registers ingeschreven notariële akte.

C

Artikel 63 komt te luiden:

1. Het recht op een mandelige zaak kan niet worden gescheiden van de eigendom der erven of van een erfpachtrecht of opstalrecht waaraan de mandelige zaak afhankelijk is gemaakt. Indien een erf waartoe een recht op een mandelige zaak behoort wordt gesplitst, kan evenwel bepaald worden dat het recht voortaan aan één van de gesplitste delen toekomt, mits de mandelige zaak uitsluitend tot nut van dat gesplitste deel kan strekken. In dat geval blijft de gerechtigde tot het andere gesplitste deel hoofdelijk aansprakelijk voor schulden terzake van de mandeligheid die zijn ontstaan tot aan de splitsing.
2. Wanneer een aandeel in een mandelige zaak of in een beperkt recht daarop toekomt aan een erfpachter of een opstaller, dan valt dat aandeel bij het einde van het erfpachtrecht dan wel het opstalrecht toe aan de eigenaar, tenzij de mandeligheid niet met zijn medewerking tot stand is gekomen. In dat geval verblijft het aandeel aan de mede-eigenaars, mede-erfpachters of opstallers van de mandelige zaak, tenzij de eigenaar verklaart dat het aandeel op hem over dient te gaan.
3. Een vordering tot verdeling van een mandelige zaak of een beperkt recht daarop is uitgesloten.

D

Artikel 64 komt te luiden:

Mandeligheid brengt mede dat iedere mede-eigenaar, mede-erfpachter, mede-opstaller aan de overige mede-eigenaars, mede-erfpachters of mede-opstallers toegang tot de mandelige zaak moet geven.

E

Aan artikel 65 wordt, onder nummering van de bestaande tekst tot eerste lid en aanpassing van die tekst, een nieuw tweede lid toegevoegd, waardoor dit artikel komt te luiden als volgt:

1. Mandelige zaken worden op kosten van alle mede-eigenaars, mede-erfpachters of mede-opstallers onderhouden, gereinigd en, indien nodig, vernieuwd.
2. De artikelen 148 en verder zijn van overeenkomstige toepassing.

F

Artikel 66, eerste en tweede lid, komen te luiden:

1. Een mede-eigenaar, mede-erfpachter of mede-opstaller van een mandelige zaak kan zijn aandeel in het recht met betrekking tot die zaak afzonderlijk van zijn erf aan de overige mede-eigenaars, mede-erfpachters of mede-opstallers overdragen.
2. De mede-eigenaars, mede-erfpachters of mede-opstallers kunnen in een overeenkomstig artikel 168 van Boek 3 getroffen regeling bepalen dat indien een mede-eigenaar, mede-erfpachter of mede-opstaller hiertoe vanwege de lasten van onderhoud, reiniging en vernieuwing in de toekomst op zijn kosten wil overgaan, de overige mede-eigenaars, mede-erfpachters of mede-opstallers gehouden zijn tot die overdracht mede te werken, mits hij hun zo nodig een erfdienstbaarheid verleent, waardoor zij met betrekking tot de zaak hun rechten kunnen blijven uitoefenen.

G

Artikel 67, eerste lid, komt te luiden:

1. Iedere mede-eigenaar mag tegen de mandelige scheidsmuur aanbouwen en daarin tot op de helft der dikte balken, ribben, ankers en andere werken aanbrengen, mits hij aan de muur en aan de door de muur bevoegdelyk daarmee verbonden werken geen nadeel toebrengt en de mandelige scheidsmuur niet zonder voorafgaande toestemming van de mede-eigenaar door het aanbrengen van het werk door natrekking bestanddeel wordt van dat werk. Indien de mandelige scheidsmuur door het aanbrengen van een werk bestanddeel wordt van dat werk, is de voormalige mede-eigenaar bevoegd de muur te gebruiken op dezelfde wijze als waarop hij dat voorheen deed.

ARTIKEL II

Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:

A

Artikel 262 komt te luiden:

1. Bij een notariële akte die in de registers wordt ingeschreven, kan worden bepaald dat een hypotheek ten aanzien van een of meer hypotheeken op hetzelfde goed een hogere rang heeft dan haar volgens het tijdstip van haar inschrijving toekomt, mits uit de akte blijkt dat de gerechtigden tot die andere hypotheek of hypotheeken daarin toestemmen.

2. Met overeenkomstige toepassing van het eerste lid kan ook worden bepaald dat een hypotheek en een ander beperkt recht of de bestemming tot gemeenschappelijk nut als bedoeld in artikel 60 Boek 5 Burgerlijk Wetboek ten aanzien van elkaar worden geacht in andere volgorde te zijn ontstaan dan is geschied.

ARTIKEL III

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.

ARTIKEL IV

Deze wet wordt aangehaald als: Wet verbetering mandeligheid.

Wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter verbetering van de regeling van mandeligheid

ONTWERP MEMORIE VAN TOELICHTING

I Algemeen

1. Inleiding¹

Op 1 januari 1992 trad de vernieuwde regeling van mandeligheid van titel 5 van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek in werking. Het probleem met deze wettelijke regeling is dat zij op bepaalde punten zodanig beperkt geformuleerd is, dat zij in de rechtspraak niet ingezet kan worden in gevallen waarin daaraan wel behoefte bestaat. Ook zijn er situaties, waaromtrent onduidelijkheid bestaat of deze rechtsfiguur ingezet kan worden. Ook voor die gevallen bestaat de noodzaak om voor de rechtspraak duidelijkheid te verschaffen.

Allereerst volgt hierna een korte schets van de huidige wettelijke regeling van mandeligheid. Daarna wordt ingegaan op de concrete problemen en onduidelijkheden. In de artikelsgewijze toelichting worden de voorgestelde oplossingen beschreven.

2. Achtergrond

De regeling van de mandeligheid van titel 5 van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek kent twee soorten mandelige zaken, te weten:

1. De onroerende zaken die door een *meerzijdige rechtshandeling* mandelig worden gemaakt, in de praktijk aangeduid als contractuele mandeligheid. Artikel 60 bepaalt dat mandeligheid ontstaat wanneer een onroerende zaak gemeenschappelijk eigendom is van de eigenaars van twee of meer erven en door hen tot gemeenschappelijk nut van die erven wordt bestemd bij een tussen hun opgemaakte notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers. Deze vorm van mandeligheid op grond van afspraak kan bijvoorbeeld betrekking hebben op gezamenlijke toegangswegen, speelplaatsen, groenstroken, enz.

¹ Vermelde wetsartikelen zijn uit Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek, tenzij anders aangegeven.

2. De onroerende zaken die *van rechtswege* mandelig zijn. Artikel 62 bepaalt dat van rechtswege een vrijstaande scheidsmuur, een hek of een heg waaronder in de lengterichting de grens tussen twee erven loopt, gemeenschappelijk eigendom en mandelig is. Het tweede lid van dit artikel bepaalt hetzelfde ten aanzien van de niet-vrijstaande gemeenschappelijke scheidsmuur van twee gebouwen of werken, die aan verschillende eigenaars toebehoren. Volgens artikel 43 wordt onder muur in de titels 5.4 en 5.5 verstaan: iedere van steen, hout of andere daartoe geschikte stof vervaardigde, ondoorzichtige afsluiting. Hoewel dit niet expliciet uit de wettekst blijkt, mag een boom die op de grens staat ook wel als gemeenschappelijke eigendom en mandelig worden beschouwd.

Deze vorm van mandeligheid, die van rechtswege op grond van de wet bestaat, komt heel veel voor. Alle werken of beplantingen die op de grens staan, vallen hier onder.

Het wezenskenmerk van *het recht op* een mandelige zaak is dat het een afhankelijk recht is en dat de gemeenschap van een mandelige zaak niet vatbaar is voor verdeling (artikel 63). Het wezenskenmerk van *een mandelige zaak zelf* is dat het tot gemeenschappelijk nut van meerdere erven dient.

Mandeligheid ziet volgens de wettekst op *eigendom* van een onroerende zaak die dienstbaar is aan de *eigenaars* van onroerende zaken. Mandeligheid is een bijzondere vorm van gemeenschap van een onroerende zaak. Dat betekent dat de eerste afdeling van titel 7 van Boek 3 Burgerlijk Wetboek daarop ook van toepassing is, voor zover de bepalingen van titel 5.5 zich daartegen niet verzetten. De deelgenoten van een mandelige zaak zijn kwalitatief bepaald: het zijn eigenaars van erven tot nut waarvan de mandelige zaak strekt. Mandeligheid is geen beperkt zakelijk recht. Het afhankelijke karakter van het recht op een mandelige zaak manifesteert zich bij vervreemding. Een mede-eigenaar van een mandelige zaak kan bij contractuele mandeligheid zijn aandeel niet afzonderlijk, los van de eigendom van zijn erf ten nutte waarvan de mandelige zaak strekt, vervreemden of bezwaren. Op deze regel is één uitzondering: een mede-eigenaar van een mandelige zaak kan zijn aandeel wel aan de overige mede-eigenaars van de mandelige zaak overdragen (artikel 66, eerste lid). Mandeligheid eindigt onder meer als de mede-eigenaars bij notariële akte de bestemming tot gemeenschappelijk nut opheffen, alsmede zodra het nut van de zaak voor elk van de erven is geëindigd, bijvoorbeeld als een mandelig gebouw is tenietgegaan door brand (zie artikel 61, eerste lid, sub b en c). De tweede bijzonderheid is – zoals reeds opgemerkt – dat de

gemeenschap van een mandelige zaak niet vatbaar is voor verdeling zolang de onroerende zaak nog mandelig is (artikel 63, tweede lid). Dit is een uitzondering op de regel dat deelgenoten in principe te allen tijde verdeling van de gemeenschap kunnen vorderen (artikel 178, eerste lid van Boek 3 BW).

Hier dient zich de reeds aanstonds sinds 1992 opgeworpen fundamentele vraag aan of deze rechtsfiguur ook kan worden toegepast op beperkte genotsrechten op onroerende zaken en of ook beperkt gerechtigden kunnen deelnemen in een mandeligheid. In de praktijk bestaat grote behoefte aan een duidelijke regeling nu de literatuur verdeeld is. Hierover wordt nog steeds verschillend gedacht. Sommige auteurs wijzen op de tekst van de wet en het ontbreken van bepaalde regelingen.² Anderen interpreteren de wet ruimer.³

3. Wetsgeschiedenis

Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat de wetgever het mogelijk heeft willen maken om beperkte rechten mandelig te maken. De wetgever spreekt consequent van 'onroerende zaak' en '(gemeenschappelijk) eigendom' enzovoort. Nergens wordt in de parlementaire geschiedenis gemeld dat het ook mogelijk zou zijn beperkte zakelijke gebruiksrechten mandelig te maken. Uit de wetsgeschiedenis blijkt veeleer dat de wetgever dat niet mogelijk heeft willen maken. Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 5 BW, p. 1042: 'Het spreekt vanzelf dat de overdacht, nodig voor het maken tot gemeenschappelijk eigendom, en de bestemming tot gemeenschappelijk nut bij een akte kunnen plaatsvinden.' En Parl. Gesch. Boek 5 BW, p. 221: 'Voor een gemeenschappelijke eigendom dient men overigens wel te onderscheiden een gemeenschappelijk gebruik van een zaak krachtens een beperkt zakelijk recht, waarmede geen eigendom van de zaak gepaard gaat. Zo kan het bij erfdiensbaarheden voorkomen dat een werk gemeenschappelijk door de eigenaars van verschillende erven mag worden gebruikt, zonder dat de eigendom van dat werk gemeen is. Alsdan is er geen mandeligheid.', alsmede p. 225 en 242: 'Terwijl in de gehele titel wordt gesproken van "eigenaars" en "mede-eigenaars", wordt in dit door

² Vgl. L.C.A. Verstappen, 'Enige beschouwingen over de juridische toepassingsmogelijkheden van de figuur van de mandeligheid naar NBW (I en II)', WPNR 1991/6008 en 6009; R.J. Holtman, 'Mandeligheid en splitsing (deel II, slot)', WPNR 1992/6043 en R.J. Holtman, 'Mandeligheid en beperkte rechten', WPNR 1993/6085; Gräler diss. Nijmegen 2003, p. 158 e.v.

³ Vgl. onder andere Gräler, Mandeligheid en erfdiensbaarheden, Mon. BW nr. B27, 2014/7,2, W. Wijting, 'Mandeligheid in de bouw', Bouwrecht 2000, p. 384 e.v., nr. 3 van zijn bijdrage, en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017 /162; zie de in deze werken verder aangehaalde literatuur.

het regeringsontwerp toegevoegde artikel plotseling gesproken van “deelgenoten”. Beter is te redigeren: “door de betrokken mede-eigenaars”.’

Hieraan verwant is de vraag of slechts eigenaars van onroerende zaken of erven hun gemeenschappelijke eigendom in een andere onroerende zaak mandelig kunnen maken. Eveneens is onzeker of twee eigenaars en één erfpachter van erven, die tezamen eigenaar zijn van een onroerende zaak, deze tot gemeenschappelijk nut kunnen bestemmen van de erven die zij in eigendom respectievelijk erfpacht hebben en aldus mandelig kunnen maken. Zoals hiervoor reeds opgemerkt geeft de wet noch de parlementaire geschiedenis er blijk van dat ook beperkt zakelijk gerechtigden zoals erfpachters mandeligheid in het leven zouden kunnen roepen.

4. Inhoud van het voorstel

Wat er zij van de juistheid van de ene dan wel de andere uitleg, vast staat dat deze onduidelijkheid in de rechtspraak voor rechtsonzekerheid zorgt en dat notarissen alleen al om die reden terughoudend zijn om mandeligheid te combineren met beperkte rechten. Het onderhavige voorstel strekt ertoe op dit punt verduidelijking te verschaffen, maar bevat ook andere in verband hiermee staande aanpassingen. Zo bijvoorbeeld de behoefte aan een optionele organisatiestructuur voor de deelgenoten in mandelige zaken. Een dergelijke regeling ontbreekt in het geheel. Voorts bestaat behoefte om de wettelijke regeling op onderscheiden andere punten, die hierna allemaal aan de orde komen, te verbeteren. Met dit wetsvoorstel wordt bewerkstelligd het leerstuk van de mandeligheid in de praktijk flexibeler kan worden toegepast.

II Artikelsgewijze toelichting

Artikel I

Artikel 60

Voorgesteld wordt om in de tekst van artikel 60 toe te voegen dat ook erfpachters en opstallers mandeligheid in het leven kunnen roepen en dat eigenaars, erfpachters en opstallers ook een erfpachtrecht of een opstalrecht met betrekking tot een onroerende zaak waartoe zij gerechtigd zijn tot gemeenschappelijk nut van hun erven kunnen

bestemmen bij een tussen hen opgemaakte notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers.

Met het voorstel wordt verduidelijkt dat beperkte rechten met mandeligheid gecombineerd kunnen worden. Zoals hiervoor reeds bleek is één van de aandachtspunten daarbij aan wie het aandeel in de mandelige zaak toekomt als een beperkt recht waarvan dat aandeel afhankelijk is gemaakt, eindigt. Artikel 84 geeft voorzieningen voor de situatie dat het erfpachtrecht, opstalrecht of recht van vruchtgebruik op een onroerende zaak eindigt, terwijl ten nutte of ten laste van deze onroerende zaak een erfdienstbaarheid is gevestigd door de beperkt gerechtigde erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker. In lijn met deze bepaling wordt voorgesteld om het aandeel in de mandelige zaak of een erfpacht- of opstalrecht daarop, te laten toekomen aan de eigenaar van de grond waarop het geëindigde beperkte recht rustte. Onderscheid moet wel worden gemaakt tussen de situatie waarin de bloot-eigenaar medewerking aan de totstandkoming van de mandeligheid heeft verleend en de situatie waarin hij dat niet heeft gedaan. In beide gevallen moet bij het einde van het beperkte recht het aandeel in de mandelige zaak naar de eigenaar, zij het dat, wanneer voormelde medewerking van de bloot-eigenaar ontbreekt, zijn verkregen aandeel toekomt aan de overige deelgenoten, tenzij hij alsnog verklaart dat het aandeel op hem dient over te gaan. Aldus kan hij niet in een situatie geraken, dat hij ongewild met een aandeel in een mandelige zaak opgezadeld wordt, met alle lasten van dien. Het voorgestelde aangepaste tweede lid van artikel 63 bevat een daartoe strekkende regeling.

In de praktijk wordt mandeligheid vooral in het leven geroepen bij bouwprojecten. Bij bouwprojecten is het meestal de bedoeling dat de regeling van meet af aan begint te werken. De vraag is echter wanneer men de mandeligheid kan laten ontstaan als een onroerende zaak dienstbaar dient te worden gemaakt aan tien erven waarvan de eigendom zich nog in handen van de projectontwikkelaar of de gemeente bevindt. Deze situatie zal zich vermoedelijk vaker voordoen dan de situatie dat de mandelig te maken zaak zich al in handen van verschillende eigenaars bevindt. Algemeen wordt aanvaard dat de mandeligheid bij de eerste overdracht pas kan ontstaan; pas vanaf dat moment is immers sprake van mede-eigendom. We moeten dan aannemen dat bij verdere overdrachten steeds een splitsing van het restant plaatsvindt overeenkomstig een vooraf

bepaald stramien.⁴ Uiteraard zal niemand hiervan een probleem maken als dit ook van meet af aan de opzet is geweest en deze opzet ook is neergelegd in de akte waarin de bestemming tot gemeenschappelijk nut is opgenomen. Maar beter zou het zijn om de mandeligheid ook al eerder in het leven te kunnen roepen. Zoals een gebouw ook al is het nog niet gebouwd 'op papier' in appartementsrechten kan worden gesplitst, zo zou dat ook moeten kunnen bij mandeligheid. In de tweede zin van het aangepaste artikel 60 wordt verduidelijkt dat de bestemming tot gemeenschappelijk nut ook kan geschieden als de eigendom, het erfpachtrecht of het opstalrecht met betrekking tot de tot gemeenschappelijk nut te bestemmen onroerende zaak, zich nog in één hand bevindt.

Artikel 62

In de rechtspraak is de behoefte opgekomen om de eigendom van een vrijstaande scheidsmuur, een hek of een heg, uitsluitend bij een buur te kunnen doen toekomen, zodat de gehele muur voortaan diens eigendom en dus ook diens verantwoordelijkheid betreft. In de thans geldende regeling is onduidelijk of burens kunnen afwijken van het van rechtswege mandelig zijn van grensmuren, hekken of heggen. De huidige wettelijke regeling gaat uit van het keurslijf van de gedwongen mede-eigendom.

In de voorgestelde aangepaste tekst van het eerste lid van artikel 62 wordt voorzien in de mogelijkheid om het rigide werkende voorschrift dat een vrijstaande scheidsmuur, een hek of een heg altijd van rechtswege gemeenschappelijk eigendom en mandelig is, indien de grens van twee erven die aan verschillende eigenaars toebehoren, te doorbreken door te bepalen dat daarvan kan worden afgeweken bij een in de openbare registers ingeschreven notariële akte. Men kan daarin overeenkomen dat geen sprake is van mede-eigendom, maar dat de ene erfeigenaar met uitsluiting van zijn buurman eigenaar is. Het spreekt voor zich dat de notaris dient zorg te dragen voor de vestiging van een erfdienstbaarheid ten behoeve van de erfeigenaar die bij uitsluiting eigenaar wordt voor het mogen hebben van het deel van de vrijstaande scheidsmuur, het hek of de heg dat over de grens uitsteekt op de grond van zijn buurman. Soortgelijke aanpassing wordt ook voorgesteld in het tweede lid van artikel 62 voor de scheidsmuur

⁴ Vgl. Van Velten *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Kluwer; Deventer 2015, par. 9.4.2; R.J. Holtman, 'Mandeligheid en splitsing II', WPNR 1992/6042 en 6043 en K.F.M. Berger, 'Mandeligheid', WPNR 1992/6051.

die twee gebouwen of werken, welke aan verschillende eigenaars toebehoren, gemeen hebben.

Artikel 63

Het splitsen van percelen (eventueel: in appartementsrechten) waaraan het aandeel in de mandelige zaak dienstbaar is gemaakt werpt ook nog een andere vraag op: mag het aandeel in de mandelige zaak worden toegewezen aan één van de deelgenoten na verkaveling/splitsing? In wezen wordt een gedeelte van het aandeel in de mandelige zaak dan ontkoppeld.

Mits de positie van de overige mede-eigenaars daardoor maar niet nadelig wordt beïnvloed valt niet in te zien waarom dit niet mogelijk zou moeten kunnen zijn.⁵ Omdat daarover twijfel in de praktijk bestaat, is het gewenst artikel 63 aan te passen.

Voorgesteld wordt om in het voorgestelde eerste lid van artikel 63 te bepalen dat bij splitsing het aandeel in de mandelige zaak toekomt aan één van de gesplitste delen, mits de mandelige zaak uitsluitend ten behoeve van dat deel van nut kan zijn en de belangen van de overige mede-eigenaars daardoor niet nadelig worden beïnvloed. In dat geval blijft de gerechtigde tot het andere gesplitste deel hoofdelijk aansprakelijk voor schulden terzake van de mandeligheid die zijn ontstaan tot aan de splitsing. Hiervoor is het voorgestelde nieuwe tweede lid van artikel 63 reeds toegelicht.

Artikel 64

Dat ook erfpachters en opstallers mandeligheid in het leven kunnen roepen en dat eigenaars, erfpachters en opstallers ook een erfpachtrecht of een opstalrecht met betrekking tot een onroerende zaak waartoe zij gerechtigd zijn, tot gemeenschappelijk nut van die erven kunnen bestemmen, noopt ertoe om ook artikel 64 aan te passen. Niet alleen iedere mede-eigenaar, maar ook iedere mede-erfpachter of mede-opstaller dient aan de overige mede-erfpachters of mede-opstallers toegang tot de mandelige zaak te verschaffen.

Artikel 65

⁵ Vgl. ook K.F.M. Berger, 'Mandeligheid, commentaar op commentaar', WPNR 1992/6059 en Gräler, Mandeligheid en erfdienstbaarheden (Mon. BW nr. B27), nr. 7.1.

Omdat de wettelijke regeling aanknoopt bij de titel gemeenschap, zal het beheer van de gemeenschappelijke zaak in beginsel geschieden op basis van consensus van de deelgenoten, tenzij een onderlinge regeling anders bepaalt. Dat blijkt in de praktijk in voorkomende gevallen lastig te zijn. Er bestaat voor bepaalde mandelige zaken behoefte aan een regeling op grond waarvan rondom zaken van beheer bij (versterkte) meerderheid kan worden beslist, zoals bij appartementensplitsing de vereniging van eigenaars. Problematisch is echter dat de huidige wet helemaal niet voorziet in een regeling zoals de vereniging van eigenaars bij appartementensplitsing. Er bestaat thans geen mogelijkheid om een lidmaatschap van een 'beheervereniging' kwalitatief aan het aandeel in de mandelige zaak te koppelen. Daar bestaat wel behoefte aan. Zoals het aandeel in de mandelige zaak afhankelijk is van de onroerende zaak waaraan het dienstbaar is gemaakt, zo zou dat lidmaatschap van de beheersvereniging ook daarvan afhankelijk moeten zijn. Het gaat dus om een kwalitatief lidmaatschap waarvan men zich niet kan ontdoen zonder het aandeel in de mandelige zaak te vervreemden. Dat voorkomt 'free riders'-gedrag. Het wetsvoorstel nummer 'PM' tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde grondgebonden lidmaatschap van een beheersvereniging mogelijk te maken, voorziet in een dergelijke regeling. Dit wetsvoorstel biedt een uitgewerkte regeling voor terreinbeheer die ook bij mandeligheid toegepast kan worden. Daarom wordt voorgesteld om – mocht deze regeling tot wet worden verheven - deze regeling in artikel 65 van overeenkomstige toepassing te verklaren.

Artikel 66, eerste en tweede lid

Wanneer de gerechtigde de eigendom van zijn erf overdraagt, dan gaat van rechtswege het aandeel in de mandelige zaak over op de verkrijger van het erf. Vergelijk het eerste lid van artikel 63 jo. het eerste lid van artikel 66. Dat ook erfpachters en opstallers mandeligheid in het leven kunnen roepen en dat eigenaars, erfpachters en opstallers ook een erfpachtrecht of een opstalrecht met betrekking tot een onroerende zaak waartoe zij gerechtigd zijn, tot gemeenschappelijk nut van die erven kunnen bestemmen, noopt ertoe om ook artikel 66 aan te passen.

In artikel 66 staat enigszins misplaatst het woord 'ook', nu de daarin vermelde overdracht de enige mogelijkheid is om het aandeel in een mandelige zaak over te

dragen los van het erf waaraan het dienstbaar is gemaakt. Het is beter het woord 'ook' te laten vervallen.

In het tweede lid van artikel 66 is bepaald dat indien een mede-eigenaar op zijn kosten wil overgaan tot overdracht van zijn aandeel uit hoofde van de lasten van onderhoud, reiniging en vernieuwing in de toekomst, de overige mede-eigenaars gehouden zijn tot die overdracht mee te werken, mits hij hun zo nodig een recht van opstal of erfdienstbaarheid verleent, waardoor zij met betrekking tot de zaak hun rechten kunnen blijven uitoefenen.

In de praktijk wordt deze bepaling in de contractuele mandeligheid vrijwel steeds uitgesloten. De mandelighedsconstructie is wankel als elke deelgenoot er zomaar uit kan stappen en de lasten van de mandeligheid kan afschuiven op andere deelgenoten. Naarmate die lasten substantieel zijn, is het risico dat een deelgenoot daadwerkelijk ervan af wil groter. Naarmate het nut niet evident aanwezig is voor elke mede-eigenaar, zal dat risico ook groter zijn (op een mandelige tennisbaan zit niet iedereen te wachten). Het ligt meer in de rede in de wet te bepalen dat de deelgenoten dit in een beheerovereenkomst *kunnen* bepalen.

De in het tweede lid genoemde mogelijkheid van het vestigen van een opstalrecht is ten onrechte niet aangepast toen de oorspronkelijke tekst van artikel 5.5.1 werd aangepast. Er is geen situatie denkbaar, waarin aan het vestigen van een opstalrecht behoefte zou bestaan. Voorgesteld wordt dan ook om deze mogelijkheid te schrappen.⁶

Artikel 67, eerste lid

In de huidige regeling is het mogelijk dat door aanbouw de scheidsmuur niet meer vrijstaand is en daardoor bestanddeel van de aanbouw wordt. Bijvoorbeeld wanneer een garage tegen de muur wordt gebouwd. Zo zou door bevoegdelijke aanbouw de buurman ineens zijn recht op de muur kunnen verliezen. De buurman zou hoogstens kunnen ageren uit ongerechtvaardigde verrijking. Dat kan niet de bedoeling van de wetgever zijn.

Het is evident dat het niet mogelijk moet zijn om door eenzijdige aanbouw het recht op de gemeenschappelijke muur te verliezen. Daartoe wordt voorgesteld om in aan het eerste lid toe te voegen dat de mandelige scheidsmuur niet zonder voorafgaande toestemming van de mede-eigenaar door het aanbrengen van het werk door natrekking

⁶ Vgl. A.C. van Schaick, 'Mandeligheid', WPNR 1992/6069.

onderdeel wordt van dat werk.

Daarbij dient te worden geregeld dat de buurman na een dergelijke aanbouw de muur op dezelfde wijze mag blijven gebruiken als waarop hij dat voorheen deed. Zulks wordt geregeld in de voorgestelde nieuwe tweede zin van het eerste lid.

Artikel 262 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek

In de praktijk bestaat behoefte aan hypothecaire financiering van mandelige zaken. Er kunnen zich situaties voordoen waarbij hypothecaire financiering gewenst is bij de bouw van bijvoorbeeld een meer verdiepingen tellende mandelige parkeergarage.

Voorstelbaar is dat twee of drie eigenaars van grote flatgebouwen de koppen bij elkaar steken en gezamenlijk een stuk

grond kopen waarop zij een grote parkeergarage willen bouwen, die zij willen bestemmen tot gemeenschappelijk nut van hun erven. De vraag is of het mogelijk is om de bouw van zo'n parkeergarage door hypothecaire financiering mogelijk te maken.

Omdat het recht op een mandelige zaak een afhankelijk recht is, kan het niet worden gescheiden van de eigendom der erven (artikel 63). Men kan het recht op een mandelige zaak niet vervreemden anders dan aan de overige mede-eigenaars (zie artikel 66, eerste en tweede lid).

Bij executie van het hoofdrecht, de eigendom van één van de mede-eigenaars van de mandelige zaak, verkrijgt de koper op de veiling van rechtswege ook het aandeel in de mandelige zaak. Een hypotheek op een erf van een mede-eigenaar van een mandelige zaak omvat ook het aandeel in die mandelige zaak. Een openbare verkoop van de mandelige zaak zelf is niet mogelijk, derhalve hypothecaire financiering evenmin.

Hypothecaire financiering kan eigenlijk maar op één manier tot stand komen naar huidig recht: door simpelweg de hypotheekakte het eerst te passeren en in te schrijven en vervolgens de onroerende zaak bij notariële akte tot gemeenschappelijk nut te bestemmen, gevolgd door de inschrijving daarvan. Het eerder gevestigd beperkt recht van hypotheek gaat dan voor op de 'vestiging' van de mandeligheid. Dit kan echter naar huidig recht niet worden gedaan bij bestaande mandeligheid, bijvoorbeeld wanneer de kosten van een renovatie van de mandelige zaak hypothecair moeten worden gefinancierd. De vraag is dan of er een tweede of derde hypotheek op een mandelige zaak kan worden gevestigd. Teneinde in dit geval de tweede en verdere hypotheeken voor te laten gaan op de mandeligheid kan worden gedacht aan de rangwisseling bij

notariële akte, uit het tweede lid van artikel 262 van Boek 3 BW. Deze bepaling maakt rangwisseling evenwel uitsluitend mogelijk tussen een hypotheek en een ander beperkt recht. Weliswaar kan ter ondervanging van dit probleem worden teruggegrepen op het 'opstaan' of 'lichten' van een inschrijving, maar eenvoudiger is artikel 262 aan te passen met een daartoe strekkende tekst.

Artikel II en III

Deze bepalingen bevatten de gebruikelijke bepalingen omtrent de citeertitel en de inwerkingtreding. Bij invoering zal rekening worden gehouden met de vaste verandermomenten.