

Het bezwaren van vruchtgebruikgoederen: niet zonder bezwaren

1. Inleiding

Op grond van art. 3:212 lid 2 BW kan bij de vestiging van vruchtgebruik aan de vruchtgebruiker de bevoegdheid worden verleend om ook over andere goederen te beschikken dan goederen die bestemd zijn om vervreemd te worden.¹ Het begrip beschikken omvat zowel vervreemden als bezwaren.²

Art. 3.8.10 lid 2 Ontwerp-Meijers kende niet de mogelijkheid om bij vestiging 'bezwarringsbevoegdheid' over de aan vruchtgebruik gebruik onderworpen goederen toe te kennen aan de vruchtgebruiker. In dit artikel zal uiteengezet worden dat de benadering van Meijers de voorkeur verdient en dat de latere keuze van de wetgever niet goed is doordacht en slecht past binnen het systeem van de wet.

Het bezwaren van aan vruchtgebruik onderworpen goederen moet nadrukkelijk worden onderscheiden van het bezwaren van het recht van vruchtgebruik zelf. Deze laatste mogelijkheid vloeit voort uit art. 3:223 BW en komt in dit artikel alleen aan de orde bij de bespreking van de figuur van ondervruchtgebruik in § 6.

2. Van vervreemden naar beschikken; parlementaire geschiedenis

De eerste zin van art. 3.8.10 lid 2 Ontwerp-Meijers luidde als volgt:

"Bij de instelling van het vruchtgebruik kan aan de vruchtgebruiker de bevoegdheid worden gegeven ook andere dan de in het vorige lid genoemde goederen te vervreemden."

In de bij wet van 9 mei 1980 vastgestelde eindtekst is 'vervreemden' vervangen door 'beschikken' en heeft de bepaling de vorm gekregen waarin zij thans is terug te vinden in art. 3:212 lid 2 BW. Ook in art. 3.8.10 lid 3 (waar het in het Ontwerp-Meijers ging om vervreemden met toestemming van de hoofdgerechtigde of verlof van de boedelrechter) is bij diezelfde gelegenheid rekening gehouden met de mogelijkheid van bezwaren, zij het op een iets andere wijze. In art. 3.8.10 lid 3 (het huidige art. 3:212 lid 3 BW) is 'vervreemden' vervangen door 'vervreemden of bezwaren', terwijl in lid 2 het woord 'beschikken' (inhoudende: vervreemden of verteren) in de plaats is gekomen van 'vervreemden'. Een toelichting op deze afwijkende redactionele invulling ontbreekt. Het belang van het rekening houden met de mogelijkheid van bezwaren



Mr. P.C. van Es*

wordt wel toegelicht. De minister verwijst in de onderstaande toelichting naar art. 3.8.10 lid 3, maar de toelichting is ook van belang voor het bepaalde in lid 2:

"Ook in het derde lid is thans met de mogelijkheid van bezwaren rekening gehouden. Denkbaar is dat b.v. in verband met de financiering van herstelwerkzaamheden van de aan vruchtgebruik onderworpen zaken de beste oplossing is om met deze als onderpand de nodige gelden op te nemen. In zulk een geval tot gehele of gedeeltelijke vervreemding over te gaan, kan naar omstandigheden economisch weinig raadzaam zijn. Een soortgelijke regeling als hier voorgesteld is te vinden in artikel 3.7.1.2 lid 2 [art. 3:174 lid 2 BW] van het gewijzigd ontwerp. Opmerking verdient nog dat de op deze wijze opgenomen gelden uit hoofde van het bepaalde in artikel 3.8.11 [art. 3:213 BW] op hun beurt aan het vruchtgebruik zullen zijn onderworpen. Artikel 3.8.12 [art. 3:214 BW] laat toe dat zodanige gelden in het belang van de overige aan het vruchtgebruik onderworpen goederen worden besteed."³

* Universitair hoofddocent notarieel recht, Universiteit Leiden, vaste medewerker van het WPNR.
(P.C.vanEs@law.leidenuniv.nl)

1. Zie over de bevoegdheid van de vruchtgebruiker om vruchtgebruikgoederen te vervreemden die bestemd zijn om vervreemd te worden, art. 3:212 lid 1 BW.
2. Zie MvA II bij art. 3.8.10, C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek, Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 660.
3. MvA II bij art. 3.8.10, C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek, Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 660.

3. Bezwaren met hypotheek en zaaksvervang

In het bovenstaande citaat wordt ervan uitgegaan dat het door de vruchtgebruiker bezwaren van bijvoorbeeld een aan vruchtgebruik onderworpen registergoed, tot gevolg heeft dat de onder hypothecair verband geleende gelden krachtens zaaksvervang (art. 3:213 lid 1 BW) tot het vruchtgebruikvermogen gaan behoren. Het valt te betwijfelen of dit juist is. Een recht van hypotheek strekt tot zekerheid van een vordering tot voldoening van een geldsom. De bezwaring van een aan vruchtgebruik onderworpen goed met een zekerheidsrecht heeft niet tot gevolg dat er een geldsom ‘in de plaats komt’ van het onbezwaarde vruchtgebruikgoed. De geldsom kan immers niet worden aangemerkt als tegenprestatie voor het gevestigde zekerheidsrecht. Zij komt de vruchtgebruiker toe op grond van een met de hypotheeknemer aangegane leningsovereenkomst. Hierin verschilt het bezwaren met een recht van hypotheek van bijvoorbeeld het bezwaren met een recht van erfpacht. De bedongen tegenprestatie voor een erfpachtrecht (te vestigen op een aan vruchtgebruik onderworpen onroerende zaak), valt wel onder de regeling van zaaksvervang.⁴

Wanneer een aan vruchtgebruik onderworpen zaak bevoegdlijk (op grond van art. 3:212 lid 2 BW) door de vruchtgebruiker wordt bezwaard met een recht van hypotheek, dan kan het eerder gevestigde recht van vruchtgebruik niet worden ingeroepen jegens de hypotheekhouder. Zoals een vruchtgebruiker die bevoegdlijk een aan vruchtgebruik onderworpen zaak *vervreemdt*, beschikt over de onbezwaarde eigendom, zo beschikt ook de vruchtgebruiker die zo’n zaak *bezwaart* over de onbezwaarde eigendom.

De bezwaring heeft tot gevolg dat de hoofdgerechtigde bij wanbetaling de executoriale verkoop van het met het zekerheidsrecht bezwaarde vruchtgebruikgoed moeten dulden, waarbij de hypotheeknemer zich bij voorrang op de opbrengst kan verhalen. Slechts het restant komt de hoofdgerechtigde bij wijze van zaaksvervang in bloot eigendom toe.

Het bezwaren van een aan vruchtgebruik onderworpen goed met een recht van hypotheek lijkt het ‘mindere’ ten opzichte van vervreemden, maar in werkelijkheid kan het meer afbreuk doen aan het recht van de hoofdgerechtigde. Bij bevoegdelijke vervreemding valt de koopsom op grond van zaaksvervang in het vruchtgebruikvermogen. Of dit bij bezwaring met een recht van hypotheek ook geldt ten aanzien van de geleende geldsom – zoals de parlementaire geschiedenis ons wil doen geloven⁵ – is nog maar zeer de vraag.

Het lijkt voor de praktijk daarom raadzaam om een eventueel aan de vruchtgebruiker te verlenen bevoegdheid ex art. 3:212 lid 2 BW te beperken tot de bevoegdheid om te vervreemden.⁶

4. Draagplicht ten aanzien van gewone en buitengewone herstellingen

De gedachte van de minister dat het wenselijk is de mogelijkheid te creëren om aan vruchtgebruik onderworpen goederen te bezwaren met een zekerheidsrecht teneinde herstelwerkzaamheden aan vruchtgebruikgoederen te kunnen financieren, is op zichzelf aansprekend. Naast de vraag naar het al dan niet van toepassing zijn van de zaaksvervangingsregeling, roept de redenering van de minister ook vragen op rond de draagplicht voor de kosten van de herstelwerkzaamheden. Op grond van art. 3:220 lid 1 BW worden gewone herstellingen door de vruchtgebruiker *gedragen en verricht*. Buitengewone herstellingen komen ten laste van de hoofdgerechtigde,⁷ zij het dat deze niet tot het doen van enige herstelling is verplicht.⁸

Wanneer – zoals in het voorbeeld van de minister – gewone of buitengewone herstellingen uit het vruchtgebruikvermogen worden voldaan, komen deze *niet geheel* ten laste van de vruchtgebruiker

4. Zaaksvervang heeft alleen betrekking op de ‘koopsom’ van de erfpacht. De openvallende canontermijnen komen als vruchten toe aan de vruchtgebruiker.
5. Zie naast de in de vorige paragraaf geciteerde MvA II bij art. 3.8.10 ook MvA II bij art. 3.8.11, C.J. van Zeven & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek, Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 661.
6. Zie voor de mogelijkheid om in het kader van de regeling van art. 3:212 lid 2 BW een onderscheid te maken tussen vervreemden en bezwaren, M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2001, p. 131. Zie echter ook Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:2715, in welke uitspraak ten onrechte wordt aangenomen dat de bevoegdheid tot ‘vervreemden’ ook de bevoegdheid tot ‘bezwaren’ omvat.
7. Zie T-M bij art. 3.8.18, C.J. van Zeven & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek, Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 673, waar verwezen wordt naar art. 840 lid 2 BW (oud): “De grove reparatiën blijven ten laste van den eigenaar (...)”.
8. Zie art. 3:220 lid 1 BW, maar zie ook Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2029. De rechtbank oordeelde in deze zaak dat de hoofdgerechtigde – in weerwil van het bepaalde in art. 3:220 lid 1 BW – verplicht was een reparatie aan het dak op eigen kosten uit te voeren. Dit vloeit volgens de rechtbank voort uit de redelijkheid en billijkheid omdat het een buitengewone herstelling betreft die voor normale bewoning van de woning noodzakelijk is.

respectievelijk de hoofdgerechtigde. Partijen wijken dan af van de draagplichtregeling van art. 3:220 lid 1 BW, wat slechts met instemming van de vruchtgebruiker en de hoofdgerechtigde mogelijk is.⁹ Nu beider instemming vereist is voor het afwijken van de draagplichtregeling is het ook niet nodig om de vruchtgebruiker op grond van art. 3:212 lid 2 BW een *zelfstandige* bevoegdheid te geven om de vruchtgebruikgoederen onder te zetten teneinde herstellingen te kunnen bekostigen.

Het doel dat de minister voor ogen heeft, kan alleen bereikt worden als partijen samen optrekken. De vruchtgebruiker gaat een hypothecaire lening aan en het aan vruchtgebruik onderworpen registergoed wordt met toestemming van de hoofdgerechtigde bezwaard met een recht van hypotheek (art. 3:212 lid 3 BW). Het geleende geld wordt aangewend voor gewone en/of buitengewone herstellingen en partijen spreken af dat de rente- en aflossingstermijnen voor rekening van het overige vruchtgebruikvermogen komen. Mocht er geen overig vruchtgebruikvermogen zijn of mocht dit ontoereikend zijn, dan dienen partijen af te spreken dat de termijnen ten laste komen van de vruchtgebruiker en de hoofdgerechtigde, naar evenredigheid van de waarde van het vruchtgebruik en de bloot eigendom.

5. De verhouding tussen art. 3:212 lid 2 BW en art. 5:84 BW

De vervanging van het begrip ‘vervreemden’ in art. 3:212 lid 2 BW door het begrip ‘beschikken’, heeft ook tot een merkwaardige samenloop geleid met art. 5:84 BW. Over de vraag hoe deze twee artikelen zich tot elkaar verhouden, laat de wetgever zich niet uit.

De laatste zin van art. 5:84 lid 1 BW geeft iedere vruchtgebruiker (ongeacht of hem een bevoegdheid tot beschikken is toegekend) de bevoegdheid om een aan vruchtgebruik onderworpen onroerende zaak te belasten met een erfdienstbaarheid. Een dergelijke erfdienstbaarheid gaat in beginsel teniet bij het einde van het vruchtgebruik.¹⁰ De vraag rijst wat de status is van een erfdienstbaarheid die gevestigd is door een vruchtgebruiker die op grond van art. 3:212 lid 2 BW de bevoegdheid tot bezwaren heeft. Blijft een dergelijke ten laste van het aan vruchtgebruik onderworpen perceel gevestigde erfdienstbaarheid wel voortduren na het einde van het vruchtgebruik? Mijns inziens moet art. 5:84 BW gezien worden als *lex specialis* ten opzichte van art. 3:212 lid 2 BW. Ook als de vruchtgebruiker op grond van dit laatste artikel de bevoegdheid heeft om een aan vruchtgebruik onderworpen onroerende zaak te bezwaren met een erfdienstbaarheid, geldt art. 5:84 BW. De erfdienstbaarheid gaat bij het einde van het vruchtgebruik in beginsel teniet.

6. Ondervruchtgebruik in verschillende varianten

Het vruchtgebruik is een beperkt recht dat zowel op zaken als op andere vermogensrechten kan worden gevestigd. Vruchtgebruik kan dus ook op vruchtgebruik worden gevestigd, in welk geval sprake is van ondervruchtgebruik.¹¹ Aangenomen moet worden dat de ondervruchtgebruiker de rechten en plichten heeft van de primaire vruchtgebruiker. De figuur lijkt dan op overdracht van vruchtgebruik (art. 3:223 BW) met dit verschil dat het ondervruchtgebruik niet alleen eindigt bij de dood van de vruchtgebruiker, maar ook bij de dood van de ondervruchtgebruiker. Bij overdracht van vruchtgebruik eindigt het vruchtgebruik bij de dood van de overdrager (de vruchtgebruiker ten behoeve van wie het vruchtgebruik is ingesteld), maar niet bij de dood van de verkrijger.

Bij ondervruchtgebruik kan men zich ook de figuur voorstellen waarbij de ondervruchtgebruiker recht heeft op het gebruik van de vruchten die voortkomen uit het primaire vruchtgebruik en op de vruchten van deze vruchten.

Wanneer aan de vruchtgebruiker op grond van art. 3:212 lid 2 BW de bevoegdheid is toegekend om de aan vruchtgebruik onderworpen goederen te bezwaren, is ook een derde figuur denkbaar waarin de onderliggende goederen rechtstreeks worden bezwaard met een recht van vruchtgebruik. Dit ondervruchtgebruik eindigt bij de dood van de ondervruchtgebruiker, maar niet bij de dood van de primaire vruchtgebruiker.

9. De minister verwijst in de hierboven in § 2 geciteerde toelichting naar art. 3:7.1.7 lid 2 (art. 3:174 lid 2 BW). Deze vergelijking gaat echter mank omdat het in dat artikel gaat om het bezwaren van een gemeenschappelijk goed met een recht van pand of hypotheek voor de voldoening van een *voor rekening van de gemeenschap komende schuld*. Gewone noch buitengewone herstellingen komen op grond van art. 3:220 lid 1 BW echter ten laste van het vruchtgebruikvermogen.
10. Zie art. 5:84 lid 3 BW. De erfdienstbaarheid blijft voortbestaan indien de eigenaar bij een in de openbare registers ingeschreven akte heeft verklaard met de vestiging van de erfdienstbaarheid in te stemmen.
11. Zie art. 3:223 BW over de mogelijkheid om het recht van vruchtgebruik zelf (en dus niet de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen) te bezwaren. Zie ook J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht, vijfde stuk: Zakenrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940, nr. 387 die al gewag maakte van de mogelijkheid van ondervruchtgebruik. In art. 3:157 van het op 27 februari 2019 bij de Belgische Kamer van volksvertegenwoordigers ingediende Wetsvoorstel houdende invoering van boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek (*Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 3623/001), wordt de mogelijkheid van vruchtgebruik op vruchtgebruik expliciet vermeld.

7. Conclusie

Anders dan in het ontwerp Meijers, biedt art. 3:212 lid 2 BW de mogelijkheid om bij vestiging van vruchtgebruik te bepalen dat de vruchtgebruiker bevoegd is de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen te bezwaren. Deze keuze van de wetgever is niet goed doordacht, hetgeen onder meer blijkt uit het ontbreken van een toelichting op de verhouding tussen art. 5:84 BW en art. 3:212 lid 2 BW.

Bezwaren lijkt het ‘mindere’ ten opzichte van vervreemden maar is dit niet in geval van vestiging van bijvoorbeeld een recht van hypotheek. De hoofdgerechtigde loopt het risico zijn recht op een door de vruchtgebruiker ondergezet goed te verliezen, zonder dat daar op grond van de regeling van plaatsvervulling iets voor in de plaats is gekomen.

Daarnaast dient men zich te realiseren dat een vruchtgebruiker met de bevoegdheid tot beschikken een recht van erfpacht kan vestigen op een aan vruchtgebruik onderworpen onroerende zaak dat ook nog na het einde van het vruchtgebruik voortduurt. Dit is natuurlijk ongewenst maar de wetgever lijkt zich deze consequentie

niet te hebben gerealiseerd toen het begrip ‘vervreemden’ uit het Ontwerp-Meijers werd vervangen door ‘beschikken’.

Het zou verstandig zijn wanneer de wetgever op zijn schreden terugkeert en ‘beschikken’ in art. 3:212 lid 2 BW vervangt door ‘vervreemden’. Tot die tijd is het voor de praktijk raadzaam om niet te lichtzinnig over te gaan tot het verlenen van de bevoegdheid tot beschikken als bedoeld in art. 3:212 lid 2 BW, zonder te overwegen of de bevoegdheid tot vervreemden wellicht volstaat. Wanneer aan de vruchtgebruiker de bevoegdheid tot vervreemding en vertering is verleend¹², bestaat er geen bezwaar tegen de vruchtgebruiker ook de bevoegdheid tot beschikken (inclusief bezwaren) te verlenen. Het bezwaren van een vruchtgebruikgoed met bijvoorbeeld een recht van hypotheek is immers wel het mindere van het vervreemden van het vruchtgebruikgoed, gevolgd door het opmaken van de opbrengst.

12. Zie art. 3:215 lid 1 BW.