



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het beperkte recht: een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud
Mollema, A.F.

Citation

Mollema, A. F. (2013, May 23). *Het beperkte recht: een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud*. *Meijers-reeks*. E.M. Meijers Institute of Legal Studies, Leiden. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20906>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20906>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/20906> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Mollema, A.F.

Title: Het beperkte recht : een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud

Issue Date: 2013-05-23

6 | Nederlands recht onder het Burgerlijk Wetboek van 1992

Eerder in dit proefschrift – aan het einde van hoofdstuk 2 over het Romeinse recht – werd de volgende conclusie getrokken ten aanzien van de ontwikkeling van de constructie van het beperkte recht in de daar besproken tijdspanne: *Bij juridische vraagstukken wordt veeleer uitgegaan van een andere, complexere opvatting die een beperkt recht als een eigensoortig recht op een zaak ziet, als een last waarmee de eigendom kan worden bezwaard.*¹ Naast de verschillende ideeën die kunnen bestaan over de vraag of een beperkt recht wel of niet een deel vormt van het recht van degene die het beperkte recht vestigt, geeft deze conclusie blijk van een andere, hiervoor nog vrijwel onbesproken gebleven kwestie. Het gaat dan om de vraag of het beperkte recht rust op het *eigendomsrecht* van degene die het beperkte recht verleent (of, in geval van stapeling van beperkte rechten: op het beperkte recht op het eigendomsrecht) of op de *zaak* die het voorwerp van dit eigendomsrecht vormt.² Kortom: het verschil tussen zaak en eigendom van die zaak. Deze kwestie hield ook E.M. Meijers bezig bij het ontwerp van het Nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek in de jaren veertig en vijftig van de twintigste eeuw. Voorts komt de kwestie aan de orde in drie recente proefschriften over goederenrechtelijke onderwerpen. Zowel de visie van Meijers als de visies die uit deze proefschriften spreken, zullen in dit hoofdstuk aan bod komen. De drie proefschriften besteden bij de beantwoording van onder meer de vraag naar het verschil tussen eigendom en zaak tevens aandacht aan het gehele ‘systeem van het goederenrecht’ zoals dat bij Meijers naar voren komt en zoals dat naar hun idee moet worden geïnterpreteerd: het dogmatische kader dat de begrippen van het goederenrecht definieert en dat de basis vormt voor de overige regels van het goederenrecht. De bespreking van deze dissertaties vormt een opmaat tot de bespreking van een eigen visie op dit systeem en de plaats van het beperkte recht hierin.

¹ Zie hfdst. 2 par. 2.3.

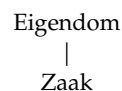
² Bij beperkte rechten op vorderingsrechten bestaat deze vraag niet, of in veel mindere mate. De constructie van de ‘eigendom’ van vorderingsrechten komt hieronder in par. 6.1.2.2 en 6.2.1.2 nog aan de orde.

6.1 HET SYSTEEM VAN ONS VERMOGENSRECHT: DRIE RECENTE PROEFSCHRIFTEN

6.1.1 Van der Steur

6.1.1.1 Eigendom en zaak

Van der Steur begint haar proefschrift *Grenzen van rechtsobjecten*³ met het schetsen van een in grote lijnen vrij gangbaar beeld van het systeem van ons goederenrecht onder huidig Burgerlijk Wetboek. Als *subjectieve vermogensrechten* (*goederen*), de (actieve) bestanddelen van een vermogen, onderscheidt zij de relatieve vermogensrechten, waaronder vorderingsrechten, en de absolute vermogensrechten. Tot die laatste categorie rekent ze de *eigendomsrechten op zaken*. Zij sluit hierbij aan bij de heersende opvatting dat het in werkelijkheid niet de *zaken zelf* zijn die als subjectieve vermogensrechten of goederen tot ons vermogen behoren, maar de *eigendomsrechten* die op die zaken rusten. In (eenvoudig) schema gezien:



Ze sluit zich ook aan bij de algemene gedachte dat ons Burgerlijk Wetboek deze van elkaar te onderscheiden begrippen – gelijk het spraakgebruik – met elkaar vereenzelvigd als het stelt: *Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten* (art. 3:1 BW). Deze vereenzelving wordt echter volgens haar toch nog dikwijls onvoldoende erkend en de eruit voortvloeiende dubbele betekenis van ‘zaak’ leidt naar haar mening tot een vertroebeld beeld van de goederenrechtelijke systematiek.⁴ Van der Steur ziet zaken “letterlijk gezien”⁵ niet als vermogensrechten, maar als rechtsobjecten, waarop een specifiek soort vermogensrecht – het eigendomsrecht – kan rusten. Zij stelt dan ook voor, zoals dat vaker in gelijksoortige zin is geopperd, genoemd wetsartikel als volgt – in “dogmatisch juiste”⁶ zin – te wijzigen, althans te lezen: *Goederen zijn eigendomsrechten en andere vermogensrechten*.⁷

3 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

4 Van der Steur, diss. 2003, p. 39-40, 44 en 59.

5 Idem, p. 13.

6 Idem, p. 17.

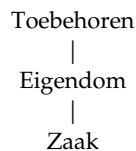
7 Idem, p. 14.

6.1.1.2 Toebehoren

In aanvulling op het vrij gangbare systeem van het goederenrecht stelt Van der Steur voorts dat er nog een laag boven dit alles te bespeuren valt, de laag van het *toebehoren*:

“Een cruciaal kenmerk van het begrip vermogen is dat het alleen kan bestaan in relatie tot een *rechtssubject* aan wie dit vermogen toebehoort. (...) Deze relatie tussen vermogen (de rechten) en het rechtssubject wordt de *toebehorenrelatie* genoemd. (...) Dit ‘toebehoren’ geeft weer dat het rechtssubject de *rechthebbende* is over het desbetreffende subjectieve recht, (...). Het goederenrecht, als onderdeel van het vermogensrecht, geeft algemene regels over het toebehoren van rechten, over het ‘beschikken’ over rechten. Het constateren van beschikkingsbevoegdheid duidt steeds op een goederenrechtelijke relatie tussen een rechtssubject en een recht. Het geeft aan dat het desbetreffende rechtssubject het recht in zijn vermogen heeft; dat hem het recht toebehoort.”⁸

Dit alles leidt tot een constructie van drie lagen in het systeem van het goederenrecht: een laag van *toebehoren*, een laag van *vermogensrechten* en – met betrekking tot de absolute vermogensrechten⁹ – een laag van *rechtsobjecten*.¹⁰ Deze *rechtsobjecten* – een term die de wet overigens, evenals de term *toebehoren*, niet kent – vormen het eigenlijke, centrale onderwerp van haar dissertatie. Toegepast op eigendom leidt dit drielagige systeem tot het volgende schema:



⁸ Idem, p. 6.

⁹ Relatieve vermogensrechten kennen in Van der Steurs visie geen rechtsobjecten. Als rechtsobject van een vorderingsrecht wordt evenwel vaak genoemd de door de schuldenaar te leveren prestatie, zie bijv. Struycken, diss. 2007, p. 106, die volgens Van der Steur (p. 59) echter geen *rechtsobject*, maar slechts *object* is van een relatief recht, welk verschil mij niet geheel duidelijk wordt. Ze vermeldt hierover verder – terecht – op p. 27: “De prestatie is als het ware één met het vorderingsrecht en speelt binnen het goederenrecht geen zelfstandige rol.” Mijns inziens kan dit citaat overigens ook goed gebruikt worden ten aanzien van het *toebehoren van* een vermogensrecht, zoals in deze paragraaf verder aan de orde komt: ook dat is als het ware één met het vermogensrecht en speelt binnen het goederenrecht geen zelfstandige rol.

¹⁰ Zie hiervoor Van der Steur, diss. 2003, p. 41 schema 11 en p. 42-43.

De derde en bovenste laag in dit systeem is niet zonder kritiek gebleven.¹¹ Mijns inziens is dit *toebehoren* dan ook een overbodige laag in het systeem van het goederenrecht, en de term *toebehoren* zelf een overbodige benaming voor iets dat al geheel samenvalt met het in het citaat genoemde begrip vermogen. Vermogen is datgene dat aan een rechtssubject *toebehoort*: de rechten en verplichtingen *van een rechtssubject*. Vermogen is noodzakelijkerwijs gebonden aan een rechtssubject: zonder rechtssubject geen vermogen. Het dient geen enkel nut een separate benaming te hanteren voor een aspect dat een integraal onderdeel uitmaakt van het begrip vermogen zelf, juist de kern van dit begrip uitmaakt.¹² Eigenlijk zegt Van der Steur dit zelf ook, als zij oppert dat “een cruciaal kenmerk van het begrip vermogen is dat het alleen kan bestaan in relatie tot een rechtssubject aan wie dit vermogen toebehoort.” Precies deze constatering leidt er toe dat er geen aparte laag van *toebehoren* bestaat: als men over *vermogen* spreekt, spreekt men immers altijd over de objecten die aan een rechtssubject *toebehoren*. De twee benamingen vormen een en hetzelfde begrip. Los van elkaar bestaan deze begrippen niet en ze moeten dus ook niet los van elkaar gezien worden. De relatie tussen vermogen en rechtssubject wordt niet de ‘*toebehorenrelatie*’ genoemd, deze relatie wordt (al) gelegd doordat men spreekt over het vermogen *van een bepaald rechtssubject*. Vermogensrechten bestaan immers – in tegenstelling tot zaken, die wij een eigendomsrecht toedichten – niet onafhankelijk van ons: zou een eigendomsrecht, beperkt recht of vorderingsrecht aan niemand *toebehoren*, dan zou dit recht zelf niet (meer)

11 Zie bijv. De Jong, diss. 2006, m.n. nr. 183 e.v., Verstijlen, *RM Themis* 2006, p. 270-275 en Neppelenbroek, *NJB* 2006/32, nr. 1395. Vgl. ook W. Snijders in *WPNR* 6689 (2006), p. 831-836. Ik ben het overigens niet eens met Neppelenbroeks kritiek op het hoge theoretische gehalte (‘dogmatische purisme’) van het proefschrift van Van der Steur (en De Jong). Dat een goed doordacht ontwerp en een goede analyse en begrip van het systeem van het goederenrecht niet direct de huidige, dagelijkse rechtspraktijk zullen raken, neemt niet weg dat deze van het grootste belang zijn en op de langere duur wel degelijk consequenties kunnen hebben voor, en nieuwe mogelijkheden kunnen aanreiken aan die (toekomstige) rechtspraktijk.

12 Reeds in Hugo de Groot's definitie van ‘beheering’ (een aanduiding voor het gehele terrein van het goederenrecht, staande tegenover de ‘inschuld’ (het verbintenissenrecht)) komt duidelijk naar voren dat het *toebehoren* hieraan inherent is verbonden. Het *toebehoren* maakt zelfs een integraal onderdeel uit van deze definitie: “Beheering is ‘t recht van toe-behooren bestaende tusschen den mensch ende de zaecke zonder noodigh opzicht op een ander mensch” (Inleidinge, II, 1, 58). Ook de ‘inschuld’ werd gedefinieerd als een vorm van *toebehoren*: “Inschuld is ‘t recht van toe-behooren dat den eenen mensch heeft op den anderen om van hem eenige zake ofte daed te genieten” (II, 1, 59). Het gaat dus niet om een *toebehoren* van een vermogensrecht, maar om het vermogensrecht als een vorm van *toebehoren*! Ook Struycken lijkt dit in zijn dissertatie (op p. 104 bovenaan) over het hoofd te zien.

bestaan. Zijn bestaan impliceert dus reeds een toebehoren.¹³ Om in dit kader met Verstijlen te spreken:

“De zegswijze dat een bepaald recht aan iemand toebehoort, impliceert niet dat die iemand een recht van toebehoren heeft op dat recht; er is niets anders mee gezegd dan dat die iemand rechthebbende is.”¹⁴

Toegepast op de eigendom wordt de overbodigheid van een laag van toebehoren nog duidelijker. Immers, *eigendom* is reeds de term die wij gebruiken om het toebehoren van een zaak aan te duiden. Eigendom impliceert toebehoren, sterker nog, eigendom *is* toebehoren. De zaak behoort toe aan de eigenaar. Zo ook Van der Steur zelf, waar zij met een verwijzing naar de Toelichting Meijers opmerkt:

“Het eigendomsrecht is de rechtsfiguur die in het leven is geroepen om een bepaald soort rechtsobjecten, de ‘zaken’, aan rechtssubjecten *toe te delen*.”¹⁵ (cursivering toegevoegd)

Niet duidelijk wordt wat het verschil is tussen deze functie van de eigendom, het *toedelen*, en de hiervan door Van der Steur onderscheiden laag van *toebehoren*, of wat hiervan de functie zou zijn. De term eigendom als zodanig fungeert al als aanduiding van de ‘toebehorenrelatie’ van zaken. Zouden we hier nog een laag van toebehoren boven construeren, dan zou je – bovenstaand schema voor ogen houdend – moeten spreken van het *toebehoren* van de *eigendom* van een zaak, een zeer omslachtige omschrijving die bovendien dubbelop is. Zij kent immers *twee* lagen van toebehoren: het toebehoren van de zaak (*eigendom* genoemd) en het toebehoren van de eigendom (kortweg *toebehoren* genoemd). Deze dubbele stap komt mij – als gezegd – onnodig voor om een zaak aan een rechtssubject te koppelen. Van der Steurs ‘toebehoren’ geeft volgens haar weer dat het rechtssubject de *rechthebbende* is over het desbetreffende subjectieve recht. Bij de eigendom geeft echter de term *eigenaar* (reeds) aan wie rechthebbende is van het desbetreffende subjectieve recht. De rechthebbende van de zaak, of – zo men wil – van het eigendomsrecht op een zaak, noemt men immers *eigenaar*. De *eigenaar* van een zaak is in die zin op één lijn te stellen met de *rechthebbende* van een vordering: de termen leggen de *toebehorenrelatie*

13 Op p. 42 lijkt Van der Steur zich dit wel te realiseren, wanneer zij opmerkt: “Deze toebehorenrelatie vloeit als het ware voort uit het bestaan van het subjectieve vermogensrecht zelf, aangezien er zonder rechtssubject geen recht is en er dus altijd sprake is van toebehoren.”

14 Verstijlen, *RM Themis* 2006, p. 274. Zie in dezelfde zin al Wery, *RM Themis* 1961, p. 85-86, Slagter, rede 1968, p. 20 en Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 64-65. Maar zie ook H. J. Snijders in Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 34, waar het kennelijk niet onnodig omslachtig wordt gevonden.

15 Van der Steur, diss. 2003, p. 18.

tussen rechtssubject en rechtsobject.^{16,17} Daarvoor is een bóven de eigendom gesteld ‘toebehoren’ – het kan niet genoeg benadrukt worden – overbodig.

Hetzelfde geldt ten slotte voor de functie die volgens Van der Steur in het ‘toebehoren’ zou liggen om de *beschikkingsbevoegdheid* over een vermogensrecht aan te duiden, door haar verwoord als de bevoegdheid die het rechtssubject op grond van de toebehorenrelatie heeft om te beschikken over het recht dat hem toebehoort.¹⁸ Ook deze functie is al vervat, en uitdrukkelijk beter op zijn plaats, in het begrip eigendom zelf.¹⁹ Dit begrip geeft immers (reeds) de beschikkingsbevoegdheid over het feitelijke rechtsobject waar het uiteindelijk allemaal om draait bij eigendom – de zaak – aan, sterker nog, is als begrip specifiek ontworpen om (hoofdzakelijk) aan deze functie uiting te geven. De inhoud van het eigendomsrecht bestaat er uit dat de eigenaar de betreffende zaak kan gebruiken én dat hij erover kan *beschikken*. De beschikkingsbevoegdheid zit dus in het eigendomsrecht, in Van der Steurs laag van de vermogensrechten en niet in een laag van toebehoren die erboven ligt. Zou je de gedachte van Van der Steur overigens verder uitwerken, dan zou je moeten spreken van de beschikkingsbevoegdheid (vervat in het *toebehoren*) óver de beschikkingsbevoegdheid (vervat in de *eigendom*) óver een rechtsobject (de *zaak*). De conclusie van een overbodige laag in dit systeem dringt zich nu wel heel klemmend op.²⁰

16 De gelijkstelling tussen zaak en vorderingsrecht (of een ander vermogensrecht) die uit deze vergelijking óók voortvloeit, komt hieronder in par. 6.2.1 en 6.2.2 uitgebreid aan de orde.

17 Overigens brengt Van der Steur deze argumenten ook zelf ter sprake, maar dan op de plek waar zij het oud BW-gebruik om te spreken van de ‘eigendom van een vermogensrecht’ evalueert (p. 47-55). Zij haalt hier o.m. Pitlo en Land aan, die de zinloosheid van dit begrip naar voren brengen met dezelfde argumenten als hierboven t.a.v. het *toebehoren* van rechten naar voren wordt gebracht. Het *toebehoren* van een vermogensrecht is immers slechts een andere bewoording voor de ‘eigendom van een vermogensrecht’. Zie ook noot 22 hieronder.

18 Van der Steur, diss. 2003, p. 41. Overigens geeft zij op deze plek ook aan dat de *vermogensrechten*, die de tweede laag van haar systeem vormen, bevoegdheden geven aan het rechtssubject overeenkomstig hun definitie of functie, bevoegdheden die in het geval van absolute rechten een zekere heerschappij over een rechtsobject betreffen. Ik kan me niet aan de indruk onttrekken dat deze heerschappij de beschikkings-bevoegdheid moet inhouden die Van der Steur in haar bovenste laag plaatst.

19 Vgl. Verstijlen, *RM Themis* 2006, p. 274: “Beschikkingsbevoegdheid is niet een recht dat boven vermogensrechten zweeft, het is een facet van dat recht zelf.” Zie in deze zin ook al Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 64-65. Zie ook Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 85: “Evenmin is dit het geval [dat een bevoegdheid een deel van het vermogen uitmaakt, *AFM*] wanneer de bevoegdheid slechts als onderdeel van een erkend subjectief recht optreedt. De bevoegdheid om over de eigendom te beschikken is onderdeel van het eigendomsrecht, (...), geen daarvan te onderscheiden zelfstandig subjectief recht.”

20 Opmerkelijk is dat Van der Steur later (p. 34-35) schrijft dat vermogensrechten alleen object kunnen zijn van *bepaalde* rechten (bijv. vruchtgebruik van eigendomsrecht op zaak), maar nooit van *volledige* rechten, omdat dit naar haar mening dubbelop zou zijn (!). De aanname van een volledig recht, zo schrijft ze – waarbij vaak wordt gedacht aan een soort eigendomsrecht – op een eigendomsrecht of een volledig recht (gelijkend aan het eigendomsrecht) op een vorderingsrecht is nergens voor nodig en zou ook niets meer toevoegen aan de

De laag van toebehoren heeft overigens een sterke parallel met het begrip 'eigendom van onlichamelijke zaken' (van vorderingsrechten, beperkte rechten), zoals dat onder oud BW werd gebruikt. Deze parallel zal hieronder in de paragrafen 6.1.2 en 6.2.1 uitgebreider aan de orde komen. Volstaan wordt hier met op te merken dat, nu het begrip eigendom in het huidige BW slechts nog betrekking kan hebben op (lichamelijke) zaken en dus bijvoorbeeld niet meer op vorderingsrechten, met betrekking tot die 'onlichamelijke' zaken het begrip *toebehoren* in dezelfde zin kan worden gebruikt als voorheen het begrip eigendom.²¹ Bij Van der Steur vormt het *toebehoren* echter een derde begripslaag die boven alle vermogensrechten, óók boven het eigendomsrecht zélf, valt te ontwaren. In dat kader acht ik het bovendien tegenstrijdig dat Van der Steur enerzijds vaststelt dat het niet nodig is te spreken van 'eigendom van een vorderingsrecht',²² maar anderzijds wél een algemeen *toebehoren* construeert dat zich óók over deze vorderingsrechten uitstrekt. Zij verwerpt derhalve in feite eerst het *toebehoren* van een vorderingsrecht, om vervolgens een *toebehoren* van alle vermogensrechten te construeren.²³

6.1.1.3 Beperkt recht

Van der Steur omschrijft het beperkte recht als een recht dat *voortvloeit uit* een volledig recht, maar ook als een recht dat een bijzondere positie inneemt omdat het *voortbouwt op* een reeds bestaand vermogensrecht.²⁴ Ze haalt hierbij het

goederenrechtelijke systematiek. Mijns inziens is deze opmerking van haar zeer terecht, maar tevens één op één toepasbaar op Van der Steurs laag van toebehoren.

21 In die zin De Jong, diss. 2006, nr. 10 en Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 34. Vgl. ook MvA II Inv. (1985) bij de Algemene opmerkingen over de Boeken 3,5 en 6, PG Inv. Boek 3 BW, p. 1001. Snijders maakt overigens ook nog onderscheid tussen de termen 'toebehoren' en 'toekomen'. 'Toebehoren' zou betrekking hebben op alle goederen (zaken en vermogensrechten), 'toekomen' zou een veel ruimer bereik hebben en ook betrekking hebben op persoonlijke rechten (zoals die uit verbintenis). Deze laatste frase wekt sterk de suggestie dat toebehoren géén betrekking kan hebben op persoonlijke rechten en kan alleen worden begrepen als deze zo wordt verstaan dat 'toekomen' ook betrekking kan hebben op de *prestatie* waartoe een verbintenis verplicht en waarop het persoonlijke recht recht geeft (vgl. Hartkamp 2005, nr. 82).

22 Zij doet dit in haar dissertatie op p. 47-55 (zie ook haar tussenconclusie op p. 59-60), met aanhaling van goede argumenten van o.m. Land en Pitlo (die inhoudelijk zowel in deze paragraaf reeds aan de orde zijn gekomen als in par. 6.1.2.2 en 6.2.1 nog aan de orde zullen komen). Zelf lijkt ze als nadeel van het begrip 'eigendom van een vorderingsrecht' echter vooral te zien het feit dat hierdoor vorderingsrechten en zaken nevensgeschikt moeten worden geacht, terwijl volgens Van der Steur juist vorderingsrechten aan eigendomsrechten nevensgeschikt zouden moeten worden. Voor een alternatieve zienswijze m.b.t. dit laatste punt, zie par. 6.2.2.

23 Opmerking verdient dat De Jong – zo zal in de volgende paragraaf blijken – precies het tegenovergestelde doet: hij verwerpt eerst een algemene 'recht van toebehoren' van vermogensrechten, om vervolgens toch weer een 'recht van toebehoren' op vorderingsrechten te erkennen.

24 Van der Steur, diss. 2003, p. 11 resp. p. 30.

– ook bepaald niet eenduidige – wetsartikel 3:8 BW aan (“Een beperkt recht is een recht dat is *afgeleid* uit een meeromvattend recht, hetwelk met dat beperkte recht is *bezwaard*”). Zo *vestigt* men, aldus Van der Steur, bijvoorbeeld een erfpachtrecht *op* het eigendomsrecht. Ze schrijft ook dat de eigenaar kan bepalen dat hij aan anderen voor kortere of langere tijd een *gedeelte van zijn bevoegdheden* in de vorm van een beperkt recht zal *afstaan*. Een beperkt recht kan slechts *verleend* worden indien er een rechtssubject is dat een meeromvattend vermogensrecht toebehoort. Dit rechtssubject blijft eigenaar, maar dan wel van een eigendomsrecht dat *bezwaard* is met een beperkt recht. Als het beperkte recht tenietgaat dan wordt het oorspronkelijke recht waaruit het beperkte recht is *afgeleid*, het moederrecht, weer *vol*.²⁵

De in de alinea hierboven schuin weergegeven zinsdelen geven een enigszins verwarrend beeld over de precieze opvatting van het ontstaan van het beperkte recht door Van der Steur. Niet geheel duidelijk wordt hieruit dan ook welk beeld zij heeft van het beperkte recht: het beperkt recht als deel van de eigendom, of als een (nieuw) recht dat een last vormt die op de eigendom drukt. Ze gebruikt verschillende, min of meer gebruikelijke, termen voor het ontstaan (en tenietgaan) van het beperkte recht, waarvan sommige beter bij het ene beeld passen (het *afstaan* door de rechthebbende van een deel van zijn bevoegdheden, het *vol worden* van het eigendomsrecht na tenietgaan van het beperkte recht, het *afleiden* van een beperkt recht *uit* het moederrecht, het *voortoloeien* van een beperkt recht *uit* een volledig recht) en andere juist beter bij het andere beeld passen (het *voortbouwen* van beperkte rechten *op* vermogensrechten, het *verlenen* van een beperkt recht door een rechtssubject, het *vestigen* van een beperkt recht *op* het eigendomsrecht, het *bezwaren* van een eigendomsrecht met een beperkt recht). Over de situatie ná het ontstaan van het beperkte recht schrijft ze voorts dat de rechthebbende van het eigendomsrecht dan *niet méér kan overdragen dan hem zelf toebehoort* op grond van de *nemo plus*-regel, dus nog slechts het eigendomsrecht onder de *last* van een beperkt recht kan overdragen. Lijkt zij in het eerste deel van deze zin wederom te impliceren dat een *deel van het eigendomsrecht* na de vestiging van een beperkt recht niet meer aan de rechthebbende toebehoort en het beperkte recht dus als een deel van het eigendomsrecht moet worden gezien, de vermelding van het beperkte recht als *last op het eigendomsrecht* haalt juist weer het andere beeld van het beperkte recht naar voren.

Duidelijk wordt in ieder geval wél dat het haars inziens de *vermogensrechten* zijn die het onderwerp van het beperkte recht vormen en – in het geval het om de eigendom van een zaak gaat – niet de *zaken* zelf. Zo schrijft zij:

25 Idem, p. 30.

“Dogmatisch gezien, hebben alle beperkte rechten subjectieve *vermogensrechten* (*goederen*) als object, als moederrecht. Niet het object (grondstuk x) verandert door het vestigen van een beperkt recht, maar het *eigendomsrecht* verandert. Het eigendomsrecht wordt ‘bezwaard’, de beperkt gerechtigde krijgt bevoegdheden die aanvankelijk alleen aan de eigenaar van het moederrecht toekwam”²⁶ [toekwamen, AFM]

Op het bovenstaande valt – los van de vraag of het beperkte recht rust op vermogensrecht of zaak – het een en ander af te dingen. Enigszins verwarrend is dat in de eerste zin Van der Steur het *vermogensrecht* aanwijst als object van het beperkte recht, om direct hierop volgend in de tweede zin *grondstuk x* (een *zaak* dus) het object te noemen. De vaststelling dat grondstuk x niet, maar het eigendomsrecht wél verandert lijkt mij niet correct: ook het eigendomsrecht ondergaat geen verandering, daar wij slechts één soort eigendomsrecht kennen. De *uitoefening* van het recht zal echter wel door het beperkte recht worden beperkt. Ten slotte krijgt een beperkt gerechtigde bij de vestiging van zijn recht lang niet altijd bevoegdheden die aanvankelijk aan de eigenaar toekwamen.²⁷

De boodschap van Van der Steur is echter helder: het beperkte recht rust op een vermogensrecht, niet op een zaak. Beperkte rechten geven geen directe heerschappij over een bepaalde zaak, maar hebben een meeromvattend vermogensrecht als object.²⁸ Daarom kan naar haar mening op een zaak zonder een daarop rustend eigendomsrecht, een *res nullius*, ook geen beperkt recht worden gevestigd. Hiervoor is “een *toebehoren* van een *eigendomsrecht* op de zaak”²⁹ vereist. Gaat het moederrecht teniet dan gaat ook het beperkte recht teniet.³⁰

Van der Steur vermeldt wel de op Meijers en zijn ‘*gewijzigde* machtsverhouding ten aanzien van *hetzelfde* object’ gebaseerde andere visie omtrent de systematiek van beperkte rechten. Deze visie ziet de beperkte rechten uit Boek 5 BW als belastingen van de *zaak* (niet van de eigendom) en sluit daarmee aan bij de woorden van artikel 5:1 BW, dat spreekt van eigendom als het meest omvattende recht *op een zaak*. Deze beperkte rechten zijn in die zin immers minder omvattende rechten *op een zaak*. De beperkte rechten uit Boek 3 zijn dan rechten die behalve op een zaak ook op een recht kunnen rusten, bijvoorbeeld ook op een vorderingsrecht. De op deze visie gebaseerde indeling van de beperkte rechten in Boek 3 en Boek 5 BW brengt volgens Van der Steur systematische problemen met zich mee. Zij vermeldt hierbij overigens slechts expliciet het ‘probleemgeval’ van de ondererfpacht, waarmee de omvang van

²⁶ Idem, p. 31.

²⁷ Zie hiervoor bijv. het in hfdst. 4 par. 4.1.1.2 door Dernburg genoemde voorbeeld van de *servitus altius non tollendi*.

²⁸ Van der Steur, diss. 2003, p. 40.

²⁹ Idem, p. 30.

³⁰ Idem, p. 33.

de veroorzaakte problemen vrij beperkt lijkt te zijn.³¹ Dogmatisch gezien is de ondererfpacht volgens Van der Steur een erfpachtsrecht op een erfpachtsrecht en dus geen *zakelijk* beperkt recht, nu het als object niet een zaak, maar een (ander beperkt) recht heeft. De plaatsing in Boek 5 BW wordt door de wetgever gerechtvaardigd door het erfpachtsrecht te zien als rustend op de in erfpacht gegeven onroerende zaak zelf in plaats van op het eerder verleende erfpachtsrecht op die zaak. Ook in Van der Steurs visie kan overigens dit systeem van indeling van de beperkte rechten in Boek 3 en Boek 5 BW grotendeels vrij probleemloos gehandhaafd worden, zoals zijzelf ook vermeldt. Men dient dan voor een plaatsing in Boek 5 BW – in plaats van te kijken of het een beperkt recht betreft dat alleen op een *zaak* kan worden gevestigd – te kijken of het een beperkt recht betreft dat alleen op een *eigendomsrecht* kan worden gevestigd, en de indeling kan verder intact blijven. De overige beperkte rechten – die in die zin dus zowel op eigendomsrechten als op andere rechten kunnen rusten – vindt men dan in Boek 3 BW.³² Ten aanzien van beperkte rechten op beperkte rechten houdt men hetzelfde probleem. Dit is volgens haar alleen op te lossen door het oorspronkelijke moederrecht ook ten aanzien van deze beperkte rechten als uitgangspunt te nemen.³³

Een dergelijke indeling van de beperkte rechten op zaken en beperkte rechten op zaken óf rechten dient naar mijn idee bovendien toch wel een zeker systematisch belang, in die zin dat het een verhelderend onderscheid maakt in deze goederenrechtelijke rechten aan de hand van de voorwerpen waarop ze – uiteindelijk – betrekking hebben. Dat dit onderscheid van belang is moge mede blijken uit het volgende citaat uit de laatste druk van Pitlo's *Systeem van het Nederlandse privaatrecht*:

“De inhoud van een subjectief recht wordt immers mede bepaald door de aard van het rechtsobject.”³⁴

Een beperkt recht op een vorderingsrecht aan de ene kant heeft een ander karakter dan een beperkt recht op een eigendomsrecht of zaak of op een ander op een zaak rustend beperkt recht aan de andere kant. In de laatste gevallen blijven we immers binnen de ‘zakelijke’, de *stoffelijke* sfeer: deze rechten hebben hoe dan ook uiteindelijk altijd betrekking op een stoffelijke zaak. Dit is mijns

31 Idem, p. 31. Van der Steur vermeldt nog dat naast de systematische problemen ook vele extra bepalingen nodig zijn om de afzonderlijke gevolgen van de ondererfpacht te regelen, hetgeen niet bevorderlijk zou zijn voor de overzichtelijkheid van het goederenrechtelijk systeem. Het wordt echter niet geheel duidelijk welke bepalingen ze – naast evt. art. 5:93 BW over de ondererfpacht zelf – op het oog heeft en of dergelijke bepalingen niet ook nodig zouden zijn bij een andere indeling van de beperkte rechten.

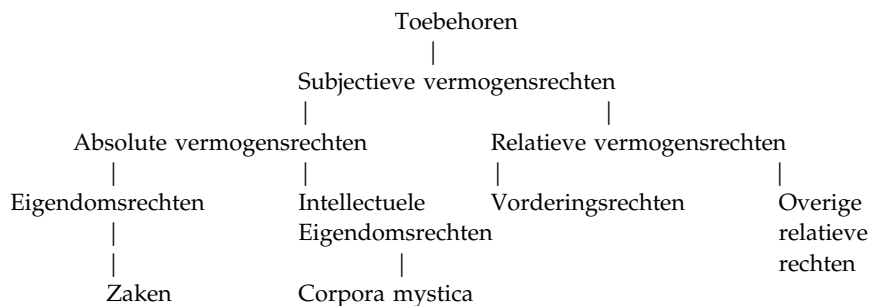
32 Zie p. 32.

33 Idem, noot 88. Zie over dit ‘stapelingsprobleem’ verder par. 6.2.3.

34 Pitlo/Gerver e.a. 1995, p. 199. Dit zal Van der Steur overigens met hem eens zijn: het vormt immers één van de centrale uitgangspunten van haar onderzoek, vgl. onder meer p. 41 noot 114, p. 42 en par. 2.2.4 en 2.3.7 van haar dissertatie.

inziens het belangrijkste onderscheid dat tussen de verschillende beperkte rechten kan worden gemaakt. Van belang is naar mijn idee dan ook niet zozeer het verschil tussen beperkte rechten die rusten op enig *recht* (een eigendomsrecht, een beperkt recht of een vorderingsrecht) en beperkte rechten die rusten op een *zaak*, als wel het verschil tussen beperkte rechten die uiteindelijk betrekking hebben op een – stoffelijke – zaak (of dit nu direct op de zaak is of eventueel via een eigendomsrecht of een ander beperkt recht op een zaak) en beperkte rechten die uiteindelijk betrekking hebben op een – onstoffelijk – vorderingsrecht (of dit nu direct op het vorderingsrecht is of eventueel zelfs via een ‘recht van toebehoren’ of een ander beperkt recht op een vorderingsrecht).³⁵ Dát is mijns inziens het systematische belang dat aan de indeling van de beperkte rechten over Boek 3 en Boek 5 verbonden is.³⁶

Met de plaatsing van het beperkte recht in haar systematiek van het goederenrecht lijkt Van der Steur enige moeite te hebben. In het door haar gegeven meest omvattende schema van het systeem van het goederenrecht³⁷ komt het beperkte recht niet voor:



Uit eerdere, eenvoudigere schema's³⁸ die Van der Steur heeft opgenomen, lijkt echter te kunnen worden geconcludeerd dat de beperkte rechten een plaats dienen te krijgen aan de linkerkant van het schema, als een categorie van de absolute vermogensrechten, op gelijke hoogte met de daar genoemde (intellectuele) eigendomsrechten, en overigens ook op gelijke hoogte met relatieve

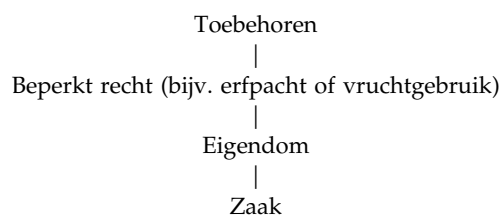
35 Beperkte rechten die betrekking hebben op intellectuele eigendomsrechten laat ik hier buiten beschouwing. Duidelijk is echter dat ook deze een eigen karakter hebben.

36 Zie over de indeling van rechten in Boek 3 en Boek 5 BW meer in par. 6.2.3.4 en 6.2.3.5.

37 Van der Steur, diss. 2003, p. 29. Het schema is overigens een combinatie van aan de ene kant een schematische onderverdeling in verschillende soorten vermogensrechten (bijv. absolute vs. relatieve vermogensrechten), anderzijds is het een schematische weergave van de verschillende lagen van het goederenrecht (de lagen van toebehoren, vermogensrechten en rechtsobjecten).

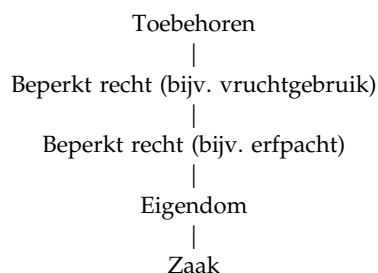
38 Idem, p. 12 en 17. Zie ook p. 34.

rechten zoals vorderingsrechten. Hierbij verdient aantekening dat – zoals Van der Steur ook terecht aangeeft – beperkte rechten in die zin een bijzondere positie tussen de absolute vermogensrechten innemen dat zij – in Van der Steurs systematiek – op andere vermogensrechten (absoluut of relatief) rusten en zelfs op andere beperkte rechten kunnen rusten. Kort gezegd: beperkte rechten zijn zelf goederen en hebben ook goederen als object.³⁹ Zo zal er in het hierboven genoemde drielaagige systeem van Van der Steur een *vierde* laag te ontwaren zijn indien er een beperkt recht in wordt opgenomen:



A priori is niet geheel duidelijk tot welke laag van de door Van der Steur genoemde drie lagen (de laag van *toebehoren*, de laag van *vermogensrechten* en de laag van *rechtsobjecten*) het eigendomsrecht moet worden gerekend: dit is immers zowel een *vermogensrecht* op de zaak als een *rechtsobject* van het beperkte recht in bovenstaande situatie.

Er zal zelfs een *vijfde* laag ontstaan indien een beperkt recht op een ander beperkt recht komt te rusten:



Niet alleen met betrekking tot het eigendomsrecht maar ook met betrekking tot het onderste beperkte recht bestaat hier enige onduidelijkheid over de vraag tot welke laag het moet worden gerekend: ook dit recht is immers zowel te kwalificeren als een *vermogensrecht* als als een *rechtsobject*. Maar Van der Steur

³⁹ Idem, p. 30. Zie ook p. 34-35.

geeft in haar 'plaatsbepalende' tweede hoofdstuk aan dat ze in het kader van haar dissertatie alleen de voorwerpen van absolute volledige rechten van de derde laag aan wenst te duiden met het begrip 'rechtsobject' en niet de subjectieve vermogensrechten die als voorwerp van beperkte rechten worden aangeduid.⁴⁰ Deze laatste zijn volgens haar geen rechtsobjecten omdat zij 'abstract' zijn en niet zien op een (fysiek) rechtsobject waarover volledige heerschappij wordt verleend.⁴¹ Uit haar schema's kan worden afgeleid dat het met betrekking tot rechtsobjecten dan moet gaan over zaken en over *corpora mystica*. De onduidelijke 'begrenzing' waar zij zich in haar onderzoek *Grenzen van rechtsobjecten* op heeft willen richten, bestaat haars inziens namelijk vooral ten aanzien van deze rechtsobjecten, terwijl het subjectieve vermogensrecht als voorwerp van een beperkt recht aan veel minder discussie onderhevig is. Deze constatering van (relatieve) probleemloosheid steekt schel af tegen een andere passage van Van der Steur, die in het onderhavige onderzoek veeleer centraal zal staan: die waarin zij opmerkt dat het feit dat beperkte rechten zelf goederen zijn en tevens goederen (zelfs andere beperkte rechten) als object (kunnen) hebben, altijd tot veel dogmatische verwarring heeft geleid.⁴²

6.1.2 De Jong

6.1.2.1 Eigendom en zaak

De Jong stelt zich in zijn proefschrift *De structuur van het goederenrecht*⁴³ de vraag wat de plaats van de eigendom is in de nieuwe terminologie van het BW van 1992. Nadat hij heeft vastgesteld dat er, afgezien van terminologie, geen principiële inhoudelijke veranderingen zijn tussen het oud BW – met zijn eigendom van lichamelijke en onlichamelijke zaken – en het huidige BW – met de eigendom van zaken en het 'recht van toebehoren' op vermogensrechten – komt hij op het punt dat de eigendom zelf ook uitermate goed aan de omschrijving van het vermogensrecht zoals in artikel 3:6 BW gegeven lijkt te beantwoorden. Naar zijn mening zal niemand aan het eigendomsrecht de kwalificatie van 'vermogensrecht' willen ontzeggen, maar kan het, integendeel, juist als het meest typische voorbeeld van een vermogensrecht worden gezien.

⁴⁰ Idem, p. 43.

⁴¹ Terzijde zij opgemerkt dat men hier gemakkelijk tegenin kan brengen dat juist ook het *corpus mysticum* een zeer 'abstract' gegeven is (*nomen est omen*). Bovendien ziet het eigendomsrecht als voorwerp van een beperkt recht mijns inziens wel degelijk op een (fysiek) rechtsobject waarover volledige heerschappij wordt verleend: de zo onlosmakelijk met de eigendom verbonden zaak. De relevantie van deze opmerking ontgaat mij dan ook enigszins.

⁴² Idem, p. 30.

⁴³ Th. F. De Jong, *De structuur van het goederenrecht. Over het afschaffen van het begrip van de onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006

Dit gegeven maakt volgens De Jong de status van het eigendomsrecht onduidelijk. Hij vraagt zich af of het eigendomsrecht hierdoor ook, zijnde een vermogensrecht, voorwerp van een 'recht van toebehoren' is geworden en daarmee dus eigenlijk zelf tot – in oud BW terminologie – *onlichamelijke* zaak verworpen is.⁴⁴ De nevenschikking van 'zaak' en 'vermogensrecht' als 'goederen' in artikel 3:1 BW komt hiermee zijns inziens in het gedrang: hoe kunnen we immers die nevenschikking staande houden als we het eigendomsrecht enerzijds als *vermogensrecht* (en dus wellicht als voorwerp van een 'recht van toebehoren') kunnen kwalificeren en anderzijds als het klassieke recht van toebehoren dat betrekking heeft op *zaken*?⁴⁵ In feite is het 'probleem' dat De Jong hier aanhaalt niet zo gek veel anders dan de situatie onder oud BW, waar de eigendom, behalve door vereenzelviging met de zaak waarop deze rustte als *lichamelijke zaak* werd gezien, in de hoedanigheid van eigendomsrecht ook door kon gaan als *onlichamelijke zaak*. Dat men dit laatste niet zo *placht* te zien,⁴⁶ staat er los van dat dit evengoed als onder huidig BW wel zo *kon* worden gezien.⁴⁷ Mijns inziens zal men echter ook nu – evenmin als men onder oud BW de eigendom als onlichamelijke zaak diende aan te merken – onder huidig BW de eigendom als *vermogensrecht* als bedoeld in artikel 3:1 (en 3:6) BW dienen aan te merken.⁴⁸ Eigendom valt namelijk, bij de tweedeling van goederen in 'zaken' en in 'vermogensrechten' in de categorie 'zaken', (dus) *niet* in de categorie 'vermogensrechten'. Het feit dat de eigendom – door de vereenzelviging van eigendom en zaak – (al) in deze eerste categorie zit inbegrepen, leidt ertoe dat zij niet tevens tot de categorie van de vermogensrechten mag worden gerekend, al zou zij hier strikt genomen – als men naar de omschrijving van het begrip vermogensrecht in artikel 3:6 BW kijkt – wél

44 Zie hiervoor m.n. ook De Jong, diss. 2006, nrs. 39-43.

45 De Jong, diss. 2006, nrs. 1-4.

46 De Jong, diss. 2006, nr. 9 met verwijzing naar Van Oven en nr. 11: een dergelijke consequentie werd volgens De Jong zonder serieuze overweging van de hand gewezen. Zie ook De Jong op nr. 43 noot 77 met verwijzing naar Scholten. Zie voorts Opzoomer III (1876), p. 29.

47 En dat werd dus ook opgemerkt. Zie bijv. ook nog heel uitdrukkelijk Land II (1901), p. 12.

48 Zie in gelijke zin W. Snijders, *WPNR* 6689 (2006), p. 833, die tevens opmerkt dat hieraan – naast art. 5:1 BW – ook geen behoefte bestaat.

(en zelfs zeer goed) onder *kunnen* vallen.⁴⁹ Dit is immers duidelijk *niet* de bedoeling van de opsteller van het huidige BW geweest.⁵⁰

6.1.2.2 Toebehoren

De Jong heeft kritiek op het gebruik onder oud BW van de terminologie van de 'eigendom van een onlichamelijke zaak', ofwel de 'eigendom van een vermogensrecht'. Deze terminologie maakt complexe goederenrechtelijke situaties nodeloos ingewikkeld. Hij geeft het voorbeeld van een recht van erfpacht op een perceel grond dat met een recht van vruchtgebruik wordt bezwaard. Hier was dus – in oud BW terminologie – het ene zakelijke recht in de hoedanigheid van onlichamelijke zaak bezwaard met het andere zakelijke recht, ook onlichamelijke zaak, beide voorwerp van een eigendomsrecht. Dit leverde in deze betrekkelijk eenvoudige casus die om één stoffelijk object draait (het perceel grond) drie verschillende eigendomsrechten op: eigendom van de grond, eigendom van het recht van erfpacht op de grond en eigendom van het recht van vruchtgebruik op het recht van erfpacht op de grond.

Uiteraard werd deze – in oud BW dogmatiek formeel juiste – terminologie in het spraakgebruik niet gebruikt. Daar werd ook de onlichamelijke zaak met de eigendom vereenzelvigd: men sprak eenvoudigweg van het vorderingsrecht, het vruchtgebruik en de erfdienstbaarheid als vermogensbestanddeel, als goed dus, of, specifiek: als vermogensrecht.⁵¹

49 Het komt voor dat de handboeken het eigendomsrecht expliciet tot de vermogensrechten rekenen, zie bijv. Pitlo/Reehuis 2006, nr. 8. Vgl. ook (H.J.) Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 29, doch zie met name ook nr. 50, waarin het eigendomsrecht juist overduidelijk *niet* wordt genoemd als voorbeeld van een vermogensrecht. De door De Jong genoemde impliciete vindplaatsen in Asser-Mijnssen-De Haan 2001, kunnen mij niet overtuigen; zelfs uit de zijns inziens duidelijkste locatie (nr. 68, idem in de druk van 2006) kan deze conclusie mijns inziens niet worden getrokken. Het tegendeel vloeit echter wél voort uit nr. 81 (ook in de druk van 2006), waar er expliciet aan wordt herinnerd dat eigendom, ondanks dat het eigenlijk een recht is en niet een lichamenlijk object, wordt vereenzelvigd met de zaak en in het nieuw BW dan ook als *zaak* wordt behandeld. Zie explicieter Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008, nr. 5a en – nog overtuigender – Asser/Davids, Mijnssen & Van Velten 1996, nr. 5. Vgl. ook Struycken, diss. 2007, m.n. p. 97 bij noot 207.

50 Zie TM bij art. 3:1 BW, PG Boek 3 BW, p. 63, waaruit uitdrukkelijk blijkt dat Meijers bij de indeling van goederen in zaken en vermogensrechten is uitgegaan van de vereenzelviging van eigendom en zaak. Ook later in de parlementaire geschiedenis blijkt van de beperking van de term 'vermogensrechten' tot de onlichamelijke zaken, zie MvA II (1971) bij art. 3:6 BW, PG Boek 3, p. 91. Struycken (diss. 2007, p. 96-98) maakt op dit punt een onderscheid tussen Meijers en de latere redacteurs van het BW, dat ik echter geenszins overtuigend vind. Waar hij Meijers ook de eigendom onder de noemer 'vermogensrecht' ziet scharen (p. 98 noot 208), gaat het niet om het 'vermogensrecht' als subjectief recht, maar om het 'vermogensrecht' als rechtsgebied.

51 De Jong, diss. 2006, nrs. 8-9.

Onder huidig BW is het begrip onlichamelijke zaak afgeschaft en heeft het eigendomsrecht nog slechts (lichamelijke) zaken tot voorwerp. Toch gaat men in de literatuur nog vaak uit van de gedachte dat vermogensrechten het onderwerp zijn van een 'recht van toebehoren'. Met De Jong kan gesteld worden dat dit recht van toebehoren zich materieel zonder meer laat vergelijken met de oude eigendom van onlichamelijke zaken, omdat met de kwalificatie van iemand als eigenaar niets anders in het geding is dan dat het voorwerp van dat eigendomsrecht hem toebehoort.⁵² Een probleem van het gebruik van een dergelijk 'recht van toebehoren' is volgens De Jong dat ook het eigendomsrecht zelf – dat hij onder de noemer van het begrip vermogensrecht brengt – voorwerp van een 'recht van toebehoren' wordt: eigendom van eigendom dus.⁵³ Ik kan me volledig bij De Jong aansluiten dat dit, om het mild uit te drukken, een notie zou zijn die nogal in strijd is met het gezonde verstand.⁵⁴ Het moge echter duidelijk zijn dat deze notie mijns inziens, al zou men een dergelijke 'recht van toebehoren' van vermogensrechten willen aannemen, niet aan de orde is. Zoals hierboven uiteengezet moet het eigendomsrecht immers, evenmin als het onder oud BW als onlichamelijke zaak werd gezien, onder huidig BW tot de categorie vermogensrechten worden gerekend, nu het al is inbegrepen in de andere in artikel 3:1 BW genoemde categorie: de zaken. Dit geldt des te meer in het geval een dergelijke indeling zou leiden tot het bestaan van een 'eigendom van eigendom'. De gedachte dat het eigendomsrecht niet onder de vermogensrechten van artikel 3:1 BW mag worden begrepen leidt ertoe dat er ook geen sprake kan zijn van een dergelijk 'eigendom van eigendom'.

Dan rest echter, na afschaffing van de eigendom van de onlichamelijke zaak onder huidig BW, nog altijd het probleem van een zeer met de eigendom van onlichamelijke zaken vergelijkbare situatie: het 'recht van toebehoren' van die rechten die wel tot de categorie vermogensrechten behoren. Zou men een dergelijk 'recht van toebehoren' aannemen, dan kan worden geconcludeerd dat de afschaffing van het begrip 'eigendom van de onlichamelijke zaak' niet erg succesvol is geweest. Ook in het huidige systeem blijft het spraakgebruik overigens uitgaan van een veel eenvoudigere situatie en spreken over het vorderingsrecht, het vruchtgebruik en de erfdienstbaarheid zelf die als de goederen, specifiekere vermogensrechten, die onderdeel van een vermogen kunnen zijn. De vraag is dan ook of er daadwerkelijk (nog) wel zo'n fundamen-

52 Idem, nr. 10.

53 Zie hiervoor m.n. ook De Jong, diss. 2006, nrs. 39-43. Hij geeft hier (nrs. 42-43) nog het voorbeeld van de verkrijgende verjaring, waar men in het geval van het bestaan van een dergelijk algemeen 'recht van toebehoren' door het bezit van het *eigendomsrecht op* de zaak een *recht van toebehoren op* het eigendomsrecht op de zaak zou verkrijgen in plaats van dat men door bezit van een zaak de *eigendom* van die zaak verkrijgt. Dit is een gedachte waartegen ook Meijers zich – wegens het feitelijk karakter van het bezit – uitdrukkelijk zou verzetten, vgl. TM bij 3:1 BW, PG Boek 3 BW, p. 63.

54 Idem nr. 4. Zie ook nr. 11.

tele behoefte bestaat aan een dergelijk, in de nieuwe gedaante van het 'recht van toebehoren' opduikend begrip.

De Jong meent in ieder geval dat het oogmerk van Meijers om het begrip onlichamelijke zaak en daarmee van de eigendom als overkoepelende zakenrechtelijke begrip dat betrekking had op zowel de lichamelijke als de onlichamelijke zaak af te schaffen, zich niet verdraagt met het feit dat deze 'eigendom van onlichamelijke zaken' in een andere taalkundige gedaante, als 'toebehoren van vermogensrechten', weer terugkomt.⁵⁵ Meijers heeft hiermee naar zijn mening immers een principiële dogmatische wijziging voor ogen gehad, ook al kan hem worden verweten dat hij te weinig de gelegenheid te baat heeft genomen om in de toelichting op zijn ontwerpen zijn dogmatische overzichtsvisie op de hervorming van het vermogensrecht uiteen te zetten.⁵⁶

De precieze bedoelingen van Meijers zijn op dit punt inderdaad lastig te duiden. Men zou met name in zijn algemene toelichting op de begripsbepalingen van Boek 3 BW⁵⁷ mijns inziens óók heel goed slechts de wil kunnen lezen om de onlichamelijke zaak vanuit de sfeer van het zakenrecht in engere zin naar het goederenrecht in ruimere zin over te brengen om zodoende tot een zuiverder indeling te komen. De tegenstelling zakenrecht-verbintenissenrecht werd volgens Meijers immers vertroebeld door het feit dat verbintenissen (in de zin van vorderingsrechten) als onlichamelijke *zaken* steeds ook onder de regels van het *zakenrecht* (bijv. voor de overdracht) bleven vallen.⁵⁸ Hij wilde daarom, geïnspireerd door het Duitse wetboek, dat hij hierin echter nog niet volkomen achtte, de algemene vermogensrechtelijke verhoudingen die (tegenwoordig) zowel op zaken als op rechten betrekking kunnen hebben in een algemeen *goederenrechtelijk*, en niet puur *zakenrechtelijk* deel van het wetboek opnemen.⁵⁹ Dit alles heeft geleid tot de verdeling van het goederenrecht over

55 Idem, nr. 44.

56 In de algemene TM op de begripsbepalingen van Boek 3 BW (Afd. 3.1.1), PG Boek 3 BW, p. 61-62, wordt hiertoe overigens wel een poging ondernomen.

57 PG Boek 3 BW, p. 61-62.

58 Zo moet men mijns inziens ook de volgende opmerking van Meijers (*Algemene begrippen*, p. 280) lezen: "De mening, dat ieder vorderingsrecht tegelijk een eigendomsrecht over een onlichamelijke *zaak* en dus een *zakelijk* recht geeft, verwacht alles." (cursivering toegevoegd)

59 Zie hierover ook De Jong, diss. 2006, nr. 56. In nr. 68 lijkt De Jong wel degelijk te signaleren dat vooral de ontwikkeling van dit algemene vermogensrecht het resultaat was dat Meijers wilde bereiken. Ook het hieronder genoemde WPNR Tijdschriftenoverzicht (*WPNR 2104* (1910)) geeft m.i. duidelijk blijk van deze achtergrond waartegen Meijers zijn bedenkingen tegen de 'eigendom van de onlichamelijke zaak' plaatst. In hetzelfde stuk geeft hij aan wel de eigendom 'in ruimere zin', als 'economisch begrip' op ieder vermogensrecht te erkennen (p. 205). Zie in overeenkomstige zin Struycken, diss. 2007, p. 97 noot 205. Dáárin nu is de "ban van het Romeinse recht" (PG Boek 3 BW, p. 61 en De Jong, diss. 2006, opschrift nr. 56) – dat geen algemeen goederenrecht kende maar slechts de regels voor lichamelijke zaken op onlichamelijke zaken toepaste – gelegen en dáárin is ook het BGB nog een "negatieve inspiratiebron" (De Jong, diss. 2006, opschrift nr. 57). Vgl. immers Meijers in PG Boek 3

de Boeken 3 (algemeen goederenrecht) en 5 (zakenrecht) BW. De wil om naast afschaffing van het begrip onlichamelijke zaak zelf, óók het overkoepelende eigendoms- of toebehorenbegrip dat (ook) op deze onlichamelijke zaken (rechten dus) betrekking kon hebben af te schaffen (los van het feit dat hij de zakenrechtelijke term 'eigendom' dus voor de lichamelijke zaak wilde reserveren), volgt uit deze overwegingen echter niet onomstotelijk.⁶⁰ In het begrip 'eigendom van de onlichamelijke zaak' blijkt Meijers vooral bezwaar te hebben gehad tegen de term 'onlichamelijke zaak' en niet zozeer tegen het idee van de 'eigendom' of in ieder geval een 'ander toebehoren' van een dergelijke onlichamelijke zaak (van een recht dus).

Ook Meijers' andere geschriften bieden hier niet zomaar de gewenste duidelijkheid, al was het maar omdat zijn theoretische opvattingen – in De Jong woorden – moeilijk zijn te doorgronden en hij onbetwist "een groot en systematisch denker is, maar wel één die vaak erg gecompliceerd schrijft".⁶¹ Het beroep dat De Jong voor zijn stelling dat Meijers' ook het overkoepelende eigendomsbegrip heeft willen afschaffen echter toch doet op de geschriften van Meijers – zijn *Algemene Begrippen van het Burgerlijk recht* uit 1948 en met name ook een kort stukje van hem in het Tijdschriftenoverzicht van het WPNR in 1910⁶² – is aansprekend, doch geeft voor die stelling ook zeker geen onbetwistbaar uitsluitel.⁶³

Toch kan ik me – ongeacht in hoeverre deze bestrijding kan worden gebaseerd op de overwegingen die voor Meijers ten grondslag hebben gelegen aan het huidige BW – zeker aansluiten bij De Jong in zijn bestrijding van het – in huidige BW terminologie – overkoepelende 'recht van toebehoren'-begrip en in zijn afwijzing om hiermee onder meer het *beperkte recht* als voorwerp van een dergelijk 'recht van toebehoren' of eigendomsrecht te zien. De Jongs beweegredenen hiervoor zijn – naast Meijers wil tot afschaffing van de onlichamelijke

BW, p. 61-62: "Toch geeft het Duitse burgerlijk wetboek aan deze algemene vermogensrechtelijke verhoudingen, voor zover het deze regelt, een plaats in het *zakenrecht*, en regelt hen dan eerst voor zover zij op *zaken* betrekking hebben, terwijl het dan daarna diezelfde verhoudingen telkens in een aanhangsel (...) op *rechten* behandelt." (cursiveringen toegevoegd)

60 Ook de vermelding in de latere parlementaire geschiedenis (van na Meijers' dood), dat de term 'eigendom' beperkt was tot zaken, maar de term 'toebehoren aan' niet, lijkt niet erg op een dergelijke wil bij de (latere) wetgever te duiden, zie MvA II Inv. (1985) bij de Algemene opmerkingen over de Boeken 3,5 en 6, PG Inv. Boek 3 BW, p. 1001.

61 De Jong, diss. 2006, nr. 45.

62 WPNR 2104 (1910), p. 204-206. Zie De Jong, diss. 2006, nr. 47 e.v.

63 Vgl. over dit stukje m.n. ook W. Snijders in WPNR 6689 (2006), p. 831, die te kennen geeft dat het stukje hem voor de uitleg van het huidige goederenrecht niet erg belangrijk lijkt, nu Meijers wat hij daar schrijft noch in latere publicaties, noch in zijn toelichting op Boek 3 BW heeft herhaald. Bij het latere werk aan de Boeken 3 en 5 BW heeft het zijns inziens – en nu hij de uiteindelijke regeringscommissaris voor de Boeken 3, 5 en 6 BW is geweest kan zijn (directe) betrokkenheid bij dit werk niet worden ontkend – dan ook geen enkele rol gespeeld.

zaak – onder meer dat het aannemen van zoiets als een eigendom of recht van toebehoren van beperkte rechten overbodig is en geen recht doet aan de zelfstandigheid van de betreffende rechten.⁶⁴ Het zorgt er ook voor dat de beperkte rechten onder oud BW (als onlichamelijke zaken), net als overigens de andere vermogensrechten, als *voorwerpen* van een dergelijk eigendomsrecht slechts op hetzelfde begripsmatige niveau konden worden gesteld als de (lichamelijke) zaken, en dus niet op het niveau van het eigendomsrecht zélf konden worden gebracht, hoewel dit volgens De Jong toch beide rechten zijn die zelfstandige goederenrechtelijke bevoegdheden ten aanzien van een lichamelijke zaak.⁶⁵ De eigendom moet naar zijn idee dan ook niet als een onlichamelijke zaak worden gezien en daardoor op het begripsmatige niveau worden gebracht van de *voorwerpen* van een eigendomsrecht of een algemeen ‘recht van toebehoren’, juist omgekeerd moeten de beperkte rechten zijns inziens naar het begripsmatige niveau van de eigendom worden gebracht, als een *vorm van een ‘recht van toebehoren’*.⁶⁶ In de miskennen van het feit dat Meijers de beperkte rechten promoveert tot het niveau van de eigendom, in plaats van dat hij – als gezegd – andersom, juist de eigendom degradeert tot het niveau van de beperkte rechten, ligt volgens De Jong één van de belangrijkste oorzaken van het aannemen van een overkoepelend begrip ‘toebehoren’.⁶⁷ Doet men immers dit laatste – het eigendomsrecht naar het niveau van het beperkte recht brengen – dan gaat hiermee veelal gepaard de opvatting dat ook over het eigendomsrecht, net als over het beperkte recht en andere vermogensrechten door velen wordt aangenomen, een ‘recht van toebehoren’ moet bestaan.

Met betrekking tot het *vorderingsrecht* lijkt De Jong ten slotte op deze plek eveneens een algemeen eigendomsrecht of ‘recht van toebehoren’ van de hand te wijzen: ook het vorderingsrecht lijkt hij niet als voorwerp van een dergelijk recht te zien, en ook eigendomsrecht en vorderingsrecht worden in dat geval nevensgeschikte begrippen.⁶⁸

Hoewel ik me in zijn beweegredenen tot bestrijding van een overkoepelend ‘recht van toebehoren’ goed kan vinden, kan ik me *niet* verenigen met het ‘tillen’ van het beperkte recht vanuit het begripsmatige niveau van de zaak

64 De Jong, diss. 2006, nr. 55 slot. In het ook in noot 53 gegeven voorbeeld van de verkrijgende verjaring zou men in het geval van het bestaan van een dergelijk algemeen ‘recht van toebehoren’ door het bezit van *het beperkte recht op* (het eigendomsrecht op) de zaak een *recht van toebehoren op* het beperkte recht op (de eigendomsrecht op) de zaak verkrijgen.

65 Idem, nr. 53 e.v.

66 Idem, nr. 53 slot.

67 Idem, nr. 54 noot 90.

68 Idem, nr. 59. Hier zou men in het ook in noot 53 en 64 gegeven voorbeeld van de verkrijgende verjaring, in het geval van het bestaan van een dergelijk algemeen ‘recht van toebehoren’ door het bezit van het *vorderingsrecht* een *recht van toebehoren op* het vorderingsrecht verkrijgen.

naar het begripsmatige niveau van het eigendomsrecht en de voorstelling van het beperkte recht als een 'recht van toebehoren'. Een alternatieve visie op de begripsmatige structuur van het goederenrecht waarin deze kritiek van mijn kant is verwerkt, zal in paragraaf 6.2 uitgebreid aan de orde komen.

De Jong verbaast zich na bovenstaande vaststellingen hevig over de vereenzelviging van zaak en eigendomsrecht die Meijers als uitgangspunt heeft genomen voor artikel 3:1 BW, waardoor in dit artikel een evidente nevenschikking van zaak en vermogensrecht wordt gegeven.⁶⁹ Volgens De Jong doet Meijers hier een verrassende concessie aan het spraakgebruik, en legt hij zo een pragmatisme aan de dag dat schrill afsteekt tegen de hiervoor genoemde kritiek die Meijers volgens De Jong op het oud BW had en tegen de zuivere indeling en terminologie die hij in het huidige BW nastreefde. De Jong zal hiermee met name doelen op het feit dat, nu – naar hij terecht bepleit – een algemeen 'recht van toebehoren' moet worden afgewezen, daarmee naar zijn idee de overige vermogensrechten niet meer aan de *zaak*, maar aan het *eigendomsrecht* moeten worden nevenschikt. De vereenzelviging van eigendom en zaak in artikel 3:1 BW maakt deze nevenschikking volgens De Jong weer illusoir, of in ieder geval heeft Meijers hiermee een groot risico genomen met het oog op de toekomstige interpretatie van het wetboek. Dit risico heeft zich inmiddels ook verwezenlijkt nu een met de eigendom van de lichamelijke en onlichamelijke zaak vergelijkbaar algemeen 'recht van toebehoren' zijn intreden reeds heeft gedaan.⁷⁰ Een andere reden voor deze herintroductie vormt het feit dat het concept van de eigendom van de onlichamelijke zaak wegens een eeuwenlang buitengewoon succesvol bestaan niet zomaar kan worden uitgeroeid.⁷¹

De Jong neemt dan ook het genuanceerde standpunt in dat "we aan die vereenzelviging echt helemaal niets hebben" en daar dus gerust afscheid van kunnen nemen.⁷² Dat ook op dit 'vereenzelvigingsprobleem' een andere visie mogelijk is, zal eveneens in paragraaf 6.2 aan de orde komen.

In het Derde deel van zijn dissertatie komt De Jong nogmaals te spreken over zijn afwijzing van een algemeen 'recht van toebehoren'. Hij vraagt zich hiertoe af of het huidige goederenrecht drie begripsmatige lagen kent, zoals dat door (onder meer) Van der Steur in haar proefschrift is beschreven.⁷³ Een dergelijk drielagig systeem is immers het gevolg van de aanname van een algemeen 'recht van toebehoren', dat de bovenste laag in het systeem vormt. Hieronder vindt men de laag van de vermogensrechten en daaronder weer de laag van

69 De Jong, diss. 2006, nr. 62 e.v.

70 Idem, nr. 64.

71 Idem, nr. 66 e.v.

72 Idem, nr. 199.

73 Idem, nr. 181 e.v.

hun objecten (zaken en *corpora mystica*). Men kan in dit systeem derhalve volhouden dat het vermogen van een rechtssubject slechts bestaat uit 'rechten van toebehoren' op vermogensrechten (en dus niet uit die vermogensrechten of hun objecten zelf).

Ten aanzien van een dergelijk drielagig systeem is volgens De Jong in ieder geval duidelijk dat Meijers dit bij zijn ontwerp *niet* voor ogen heeft gehad. Ook overigens acht hij deze opvatting ten tijde van het oud BW, die tot zoiets als de 'eigendom van eigendom' zou hebben geleid, ondenkbaar.⁷⁴

Van der Steurs aanname van een algemeen 'recht van toebehoren' lijkt onder meer te stoelen op haar opvatting van het bezit van een zaak. Volgens haar bezit men in dit geval eigenlijk het *eigendomsrecht* op een zaak in plaats van dat men de *zaak zelf* bezit. De Jong brengt hiertegen het volgende in:

"Volgens Van der Steur is het recht van eigendom voorwerp van een 'algemeen recht van toebehoren'. Daarvan uitgaande is het wellicht niet eens zo raar om te beweren dat het eigendomsrecht voorwerp van bezit is. Zo zou bijvoorbeeld de verkrijging door verjaring van het 'recht van toebehoren op een eigendomsrecht', het bezit van dat eigendomsrecht vooronderstellen. Maar de opvatting van Van der Steur waarin het eigendomsrecht zelf weer het voorwerp van een recht van toebehoren is, is echter nooit het uitgangspunt geweest van Meijers. Bij Meijers is niet het eigendomsrecht voorwerp van toebehoren, maar de zaak. De consequentie daarvan is dat de zaak voorwerp is van bezit en niet het eigendomsrecht. Dat bezit het 'uitoefenen van eigendomsbevoegdheden' is, maakt het allerminst noodzakelijk om te spreken van 'bezit van eigendomsrecht'. Die noodzaak ontstaat pas door de extra laag die Van der Steur toevoegt."⁷⁵

Zoals al eerder aan de orde kwam is De Jong – net als naar zijn oordeel Meijers – geen voorstander van het begrip 'recht van toebehoren van het eigendomsrecht'. Dit standpunt is nauw verbonden met zijn opvatting van het bezit van een zaak. Wie gedurende langere tijd het bezit van een *zaak* heeft, kan daardoor de eigendom van die *zaak* verkrijgen. Indien men echter meent dat men in een dergelijk geval het bezit van een *eigendomsrecht* langere tijd uitoefent, dan moet men – naar analogie geredeneerd – dus wel de eigendom van dit *eigendomsrecht* verkrijgen, ofwel een 'recht van toebehoren' op het eigendomsrecht. Men moet constateren dat in dit geval het (recht van) *toebehoren* zelf echter gaat functioneren als het door verjaring verkregen vermogensrecht in de plaats van het *eigendomsrecht*. In het geval van een gestolen zaak zou men in deze opvatting moeten zeggen dat iemand zijn *eigendomsrecht* hierdoor verliest, maar niet het *toebehoren* van dat eigendomsrecht, in plaats van dat men zegt dat iemand hierdoor de *zaak* is verloren, maar niet zijn

74 Idem, nr. 182.

75 Idem, nr. 183.

eigendomsrecht op die zaak.⁷⁶ Dit komt mij meer dan slechts overbodig voor: de constructie van een *eigendomsrecht op een zaak* is mijns inziens *juist* bedacht om gevallen van verjaring en diefstal – waarin het bezit van een zaak bij een ander komt te liggen dan de eigendom – goed te kunnen beschrijven.⁷⁷ Het zou onzinnig zijn om in deze situaties nu nog een *derde* laag te introduceren.

Wie de hier beschreven consequenties en het begrip ‘eigendom van eigendom’ eveneens overbodig en onzinnig voorkomen, moet derhalve concluderen dat het bezit ten aanzien van de *zaak*, en niet ten aanzien van de *eigendom* wordt uitgeoefend. Immers, de eigendom legt een directe relatie tussen zaak en eigenaar. Wie bezit, pretendeert een eigendomsrecht op de zaak uit te oefenen, gedraagt zich *alsof* hij eigenaar is en bootst dus deze directe relatie na. Wat dat betreft is het dus niet alleen het door Meijers⁷⁸ genoemde *spraakgebruik* en het *feitelijk element* dat onder meer in het begrip bezit zit, dat leidt tot de noodzaak te spreken van bezit van een *zaak*, maar óók het feit dat het onzinnig en zonder functie is over te gaan tot de constructie van een ‘toebehoren van eigendom’, nu eigendom zélf al de directe relatie van toebehoren aan een rechtssubject legt. Eigendom *is* toebehoren.

De redenering van Van der Steur dat bezit betrekking heeft op het *eigendomsrecht* heeft dus als gevolg dat men een ‘recht van toebehoren’ boven dit eigendomsrecht – met alle bijbehorende consequenties – moet accepteren. Deze sterk juridische en weinig feitelijke opvatting van het bezit kan echter door De Jong en ondergetekende niet worden onderschreven.

Het moge inmiddels duidelijk zijn dat De Jong – mijns inziens terecht – een dergelijk algemeen ‘recht van toebehoren’ niet kan accepteren. De achterliggende reden van De Jong hiervoor is met name dat goederenrechtelijke rechten (eigendom *zowel als* beperkte rechten) niet het onderwerp van een dergelijk ‘recht van toebehoren’ kunnen zijn, omdat zij – als gezegd – zélf rechten van toebehoren vormen (geheel respectievelijk gedeeltelijk toebehoren, zou men kunnen zeggen).⁷⁹

Dit ligt wat hem betreft *anders* bij een recht als het auteursrecht en met name bij het vorderingsrecht. In het laatste deel van zijn dissertatie komt De Jong dan ook *terug* op zijn eerdere (schijnbare) vaststelling dat het vorderingsrecht niet aan een ‘recht van toebehoren’ is onderworpen en laat hij het vorderingsrecht – in *afwijking* van Meijers – tóch het voorwerp van een dergelijk

⁷⁶ Vgl. De Jong m.b.t. een fiets in nr. 184.

⁷⁷ Vgl. hier de opmerking van De Jong (nr. 184) – in het kader van diefstal – dat als er ergens een plaats in het goederenrecht is waar de vereenzelviging van eigendomsrecht en zaak niet op haar plaats is, dat wel is bij het leerstuk van bezit.

⁷⁸ Meijers noemt deze argumenten voor de vereenzelviging van eigendom en zaak in de TM bij art. 3:1 BW, PG Boek 3 BW, p. 63. Deze argumenten komen in par. 6.2.1.3 aan de orde.

⁷⁹ De Jong, diss. 2006, nrs. 174, 198 en 201. Met betrekking tot het beperkte recht kan ik me in deze redengeving niet vinden. Meer daarover in par. 6.2.2 en 6.2.3.

‘recht van toebehoren’ worden.⁸⁰ Hij baseert zich hiervoor hoofdzakelijk op Eggens en diens opvatting dat als men een *beperkt recht* op een vorderingrecht kan vestigen, men er niet ontkomt aan het feit dat er ook een (*bloot-*) *eigendomsrecht* op dit vorderingsrecht moet bestaan, anders dan het bezwaarde vorderingsrecht zelf. De mogelijkheid om over de vordering te beschikken – aldus De Jong – en in het bijzonder om haar te bezwaren vooronderstelt dat we haar zien als een voorwerp. En de bevoegdheid om over een voorwerp te beschikken ligt in algemene zin besloten in de *eigendom (of het ‘toebehoren’)* van dat voorwerp.⁸¹

Mijns inziens neemt De Jong hier een zeer verrassende en onverwachte wending in zijn betoog.⁸² In feite doet hij hier precies wat hij Van der Steur eerder verweet: het introduceren van een overbodige laag in het systeem. Men kan zich immers hier *evengoed* de vraag stellen die De Jong zich ten aanzien van het eigendomsrecht stelt: waarom zou de relatie tussen de schuldeiser en de vordering afzonderlijk als een (goederenrechtelijk) recht gekwalificeerd moeten worden?⁸³ Op deze vraag geeft De Jong geen (bevredigend) antwoord. De bevoegdheid om over een vorderingsrecht te beschikken vormt geen separaat recht, maar ligt besloten in dat vorderingsrecht zelf. Men pleegt hierbij te spreken van de *gerechtigdheid tot* het vorderingsrecht, dat wil zeggen de (goederenrechtelijke) bevoegdheden die uit het vorderingsrecht voortvloeien, de bevoegdheden tot bezwaring en overdracht van dat recht en het recht op onthouding van inmenging door derden in zijn verhouding tot de schuldenaar. Deze stelt men tegenover de *gerechtigdheid uit* het vorderingsrecht, dat wil zeggen de (verbintenisrechtelijke) bevoegdheden die uit het vorderingsrecht voortvloeien, bevoegdheden om de specifieke prestatie van de schuldenaar te vorderen. Het maken van dit onderscheid kan in bepaalde kaders inzichtelijkheid geven, maar dwingt – ook bij het vorderingsrecht – niet tot uitwerking van een algemeen ‘recht van toebehoren’ als separate begripslaag. Een dergelijk separaat begrip heeft geen meerwaarde.⁸⁴ De bevoegdheid om over een vorder-

80 De Jong, diss. 2006, nr. 194 e.v.

81 Idem, nr. 72. Zie voor een andere opvatting op dit punt – opmerkelijk genoeg – Van der Steur, p. 48 bovenaan en p. 53 onderaan. Van der Steur construeert namelijk wel weer een ‘recht van toebehoren’ op het vorderingsrecht en ziet dit dus merkwaardigerwijs als iets anders dan de ‘eigendom van een vorderingsrecht’. Zie ook noot 17 en 22 hierboven.

82 “Een echt afscheid van het begrip van de onlichamelijke zaak” (opschrift nr. 199) kan men dit dan ook zeker niet noemen.

83 In nr. 186 stelt De Jong zich die vraag m.b.t. het eigendomsrecht: waarom zou de relatie tussen de eigenaar en het eigendomsrecht afzonderlijk als een (goederenrechtelijk) recht gekwalificeerd moeten worden? Ook m.b.t. het beperkte recht is hij van mening dat de relatie tussen beperkt gerechtigde en het beperkte recht beter te funderen is in dat recht zelf, zie nr. 100. Vgl. ook nr. 177 (bij noot 280).

84 Zie in deze zin Struycken, diss. 2007, p. 105-106. Zie bijv. ook al Land II (1901): “het dient tot niets, van eigendom van vruchtgebruik of van eene vordering te spreken” (p. 13) maar “het geeft aanleiding tot verwarring, als men van eigendom ook spreekt bij onlichamelijke zaken” (p. 114, zie ook noot 2 aldaar). Van der Steur schrijft hierover terecht (diss. 2003,

ringsrecht te beschikken is beter te funderen in dat recht zelf.⁸⁵ Volgens De Jong maakt een vorderingsrecht niet als zodanig deel uit van een vermogen, doch slechts als voorwerp van goederenrechtelijk toebehoren ('eigendom').⁸⁶ Mijsens inziens valt echter niet in te zien waarom deze consequentie bij het vorderingsrecht – anders dan bij het eigendomrecht en bij de beperkte rechten – zou moeten worden getrokken. Het vorderingsrecht is een *vermogensrecht* in de zin van de artikelen 3:1 en 3:6 BW en vormt als zodanig – de term zegt het al – een onderdeel van het vermogen, een vermogensbestanddeel, gelijkwaardig aan eigendom en beperkte rechten. Meijers heeft destijds dan ook duidelijk in zijn Toelichting aangegeven dat de door hem in artikel 3:1 BW geïntroduceerde term goed (waaronder het vorderingsrecht zijnde een vermogensrecht) gelijk kan worden gesteld met het begrip vermogensbestanddeel.⁸⁷ De bezwaring van het vorderingsrecht met een beperkt recht zal hieraan niets kunnen veranderen.

6.1.2.3 Beperkt recht

De Jong verbaast zich in zijn dissertatie over de nevenschikking onder oud BW van de (*lichamelijke*) zaak en het *beperkte recht* (in oud BW terminologie doorgaans als 'zakelijk recht' aangeduid). Het beperkte recht vormde immers onder oud BW een 'onlichamelijke zaak' en kon daarmee – net als de lichamelijke zaak – dienen als het *voorwerp* van een eigendomsrecht.⁸⁸ Een dergelijke nevenschikking vindt men overigens ook terug in het huidige BW: de categorie van de zaken staat in artikel 3:1 BW immers nevenschikking aan de categorie van de vermogensrechten – beide 'goederen' – en het beperkte recht is een voorbeeld van een dergelijk vermogensrecht. Tegelijkertijd kunnen beperkte rechten echter rechten zijn die *op* (lichamelijke) zaken rusten en het beperkte recht lijkt zich in *deze* zin – in de woorden van De Jong – begripsmatig eerder

p. 58) dat het toebehoren als het ware in het vermogensrecht zit verdisconteerd en dat het twee zijden van dezelfde medaille zijn, die men desondanks *kan* onderscheiden. Naar mijn mening is hiermee niet gezegd dat men het 'toebehoren' zou moeten 'expliciteren' tot een separaat begrip, hetgeen Van der Steur overigens wél en t.a.v. alle vermogensrechten doet. Haar argumentatie hiervoor (diss. 2003, p. 54-55) houdt niet veel meer in dan dat men het onderscheid *kan* maken en dat het inzicht kan bieden, maar overtuigt mij er niet van een extra begripsslaag van 'toebehoren' aan te nemen.

85 Deze opmerking maakt De Jong zelf t.a.v. het beperkte recht in nr. 100 van zijn dissertatie, zie hieronder noot 101. Ook Neppelenbroek (*NJB* 2006/32, nr. 1395) signaleert dat De Jong in het geval van het auteursrecht, net als bij het vorderingsrecht, precies datgene doet dat hij Van der Steur verwijt: een – in zijn woorden – 'onaannemelijke en nodeloos complicerende eigendomsdeken' over deze vermogensrechten heen leggen. W. Snijders (*WPNR* 6689 (2006), p. 832) spreekt van een constructie die "net zo verwarrend is als het in de ogen van Meijers was om te spreken van eigendom van een vordering".

86 Idem, nr. 195.

87 TM op de begripsbepalingen van Boek 3 BW (Afd. 3.1.1), PG Boek 3 BW, p. 62.

88 De Jong, diss. 2006, nr. 7 e.v.

op hetzelfde niveau als de *eigendom* te bevinden. Dit nu is de bij de bespreking van het proefschrift van Van der Steur reeds genoemde bijzondere positie – door De Jong als ‘dubbelzinnigheid’ aangeduid – die de beperkte rechten in het geheel van goederen innemen: zij zijn zelf goederen en zij rusten tevens op andere goederen (zaken en vermogensrechten). Zij kunnen dus zelfs op andere beperkte rechten betrekking hebben. In Van der Steurs woorden: beperkte rechten zijn zelf goederen en hebben ook goederen als object.⁸⁹ Een vergelijkbare ‘dubbelzinnigheid’ bestaat volgens De Jong bij het eigendomsrecht zelf, wegens de gewoonte om het eigendomsrecht met zijn voorwerp – de zaak – te vereenzelvigen. Ik zal deze gedachte hieronder verder uitwerken.

Men kan zeggen dat onder oud BW het beperkte recht – als onlichamelijke zaak – aan de éne kant op gelijke hoogte stond met de (lichamelijke) *zaak*, beide als voorwerp van eigendom. Aan de andere kant stond het echter op gelijke hoogte met de *eigendom*, beide als een recht dat *op* een (lichamelijke, maar ook onlichamelijke) zaak kon rusten. Ook de eigendom kon aan de éne kant – door vereenzelviging met zijn voorwerp – worden gelijkgesteld aan de (lichamelijke) *zaak*, maar aan de andere kant kon eigendom worden beschouwd als een recht dat *op* een (lichamelijke, maar ook onlichamelijke) zaak kon rusten.

Men kan deze gedachte naar mijn idee evengoed uitwerken naar huidig BW. Op vergelijkbare wijze staat onder huidig BW immers het beperkte recht aan de éne kant – als vermogensrecht – op gelijke hoogte met de (lichamelijke) *zaak*, zijnde de twee nevengeschikte categorieën van goederen uit artikel 3:1 BW. Aan de andere kant is het echter óók nu nog een recht dat *op* een (lichamelijke) zaak (maar ook op een vermogensrecht) kan rusten. Met betrekking tot de eigendom geldt onder huidig BW eveneens nog altijd dat deze énerzijds – door vereenzelviging met zijn voorwerp – gelijk kan worden gesteld aan de (lichamelijke) *zaak*, maar anderzijds nog altijd een recht is dat *op* een (lichamelijke) zaak kan rusten.

Dit alles overziend kan men concluderen dat de enige verandering in het systeem het feit betreft dat de eigendom onder huidig BW niet meer op *onlichamelijke* zaken – ook wel vermogensrechten – kan rusten. Willen we desondanks toch een benaming geven aan de ‘eigendom’ van vermogensrechten dan zullen we hiervoor dus – indien überhaupt gewenst – een andere term, bijvoorbeeld het ‘recht van toebehoren’, moeten gebruiken. Het oud BW zou in die zin geen *grotere* verbazing moeten wekken dan het nieuw BW, of andersom. De bijzondere positie van het beperkte recht – desgewenst ‘dubbelzinnigheid’ te noemen – is gebleven. Sterker: die ‘dubbelzinnigheid’ is er in feite altijd geweest. Men kan zich mijns inzien dan ook afvragen of deze ‘dubbelzinnigheid’ niet inherent is aan de aard van het beperkte recht.

89 Zie noot 39.

In het kader van zijn overwegingen met betrekking tot het beperkte recht als onlichamelijke zaak en als voorwerp van een eigendomsrecht, besteedt De Jong ook enige aandacht aan het dogmatische karakter van het beperkte recht. De vraag of het beperkte recht op de *zaak* of op het *eigendomsrecht* op die zaak rust komt hierbij aan de orde. De Jong lijkt zich hier goed te kunnen vinden in de tweeledige karakterisering van het beperkte recht van Beekhuis. Aan de ene kant geeft het beperkte recht rechtstreekse bevoegdheden ten opzichte van zaak en kan men het dus als een *belasting van de zaak zelf* beschouwen. Anderzijds moet het beperkte recht toch ook worden gezien als een *belasting van het eigendomsrecht*. Op deze wijze is men in staat zowel de (ingeperkte) positie van de eigenaar als de zelfstandige bevoegdheid van de beperkt gerechtigde te verklaren. Het tweeledige karakter van het beperkte recht lijkt voorts een vanzelfsprekende consequentie te zijn van het dubbelzinnige karakter van de eigendom zelf, waarin eigendom en zaak met elkaar worden vereenzelvigd: door deze vereenzelviging moet men het beperkte recht zien als zowel een belasting van het eigendomsrecht als van de zaak als stoffelijk object.⁹⁰

De Jong bespreekt ook de ‘afsplittingsmetafoor’, waarbij de verkrijging van een beperkt recht voorgesteld wordt als de verkrijging van een deel van de bevoegdheden die eerder uitsluitend aan de eigenaar toekwamen, maar nu worden losgemaakt uit de eigendom en overgedragen aan de beperkt gerechtigde.⁹¹ Dit is de beeldspraak van het beperkte recht als brokstuk van de eigendom, die impliceert dat de eigenaar deze bevoegdheden gedurende het bestaan van het beperkte recht kwijtraakt. Ook De Jong merkt op dat op deze voorstellingen – ondanks hun didactische kracht – veel valt af te dingen, onder andere het feit dat eigenaar lang niet altijd de ‘overgedragen’ bevoegdheden verliest. Van een dergelijke ‘afsplitsing met privaat element’ kan – anders dan wellicht bij het vruchtgebruik of de erfpacht – bij de erfdiensbaarheid bijvoorbeeld niet worden gesproken. Een hypotheekrecht kan op zijn beurt weer bezwaarlijk gezien worden als de overdracht van de bevoegdheid van een eigenaar om zijn zaak in het voorkomende geval executoriaal te verkopen. De bevoegdheden van de hypotheekhouder vormen weliswaar een verstrekkende beperking voor de eigenaar, maar ze bestaan omdat de wet ze aan het hypotheekrecht verbindt, niet omdat de eigenaar ze naar eigen inzicht van zijn eigendomsrecht heeft afgesplitst. Hij concludeert:

“De wet kan aan een beperkt recht bevoegdheden toekennen, die enerzijds de eigenaar niet per se verliest en waarvan men anderzijds niet hoeft aan te nemen dat zij vóór de vestiging in de eigendom besloten lagen. De gedachte dat alleen bevoegdheden kunnen worden verkregen die de eigenaar zelf heeft, wordt echter wel in de hand gewerkt door hantering van de ‘volume-metafoor’, waarvan ook de wetgever zich lijkt te bedienen: eigendom wordt in het eerste lid van art. 5:1

⁹⁰ De Jong, diss. 2006, nrs. 15-16.

⁹¹ Idem, nr. 17.

omschreven als het “meest omvattende recht” dat iemand op een zaak kan hebben. En in verband met de mogelijkheid van de vestiging van een beperkt recht is het eigendomsrecht in de zin van art. 3:8 een “meer omvattend recht”.⁹²

En:

“De vestiging van een beperkt recht is een complexere figuur dan zich in termen van ‘brokstukken’ en ‘afsplitsingen’ laat beschrijven.”⁹³

Ook uit de in dit proefschrift besproken rechtsgeschiedenis is reeds gebleken dat het eigendomsrecht, of in ieder geval de uitoefening daarvan, in zekere zin wordt aangetast door de vestiging van een beperkt recht: vandaar dat de afsplitsingsterminologie telkens weer de kop op duikt. Tegelijkertijd lijkt men echter steeds wel in te zien dat de eigendom niet *daadwerkelijk*, in juridische zin, wordt aangetast of van karakter verandert. Dat zorgt ervoor dat men de afsplitsingsterminologie niet al te letterlijk mag nemen.⁹⁴ De Jong wijst een echte afsplitsing van het beperkte recht uit de eigendom dan ook van de hand.⁹⁵ Na deze afwijzing ziet hij – tegen de achtergrond van de gewoonte het eigendomsrecht met de zaak te vereenzelvigen – nog maar één andere manier waarop tot een voor de praktijk min of meer bevredigende bepaling van het begrip ‘beperkt recht’ en daarmee tot een bepaling van zijn plaats in het vermogensrecht kan worden gekomen: die van “een soort spontane vermenigvuldiging”. Dit zijn de woorden die ooit door Rank-Berenschot⁹⁶ werden gebruikt bij de karakterisering van de vestiging van het beperkte recht, maar die door De Jong hier in het belachelijke worden getrokken door ze aan te duiden als een “variant op de wonderbaarlijke broodvermenigvuldiging”

92 Idem, nr. 18 slot.

93 Idem, nr. 19. Zie ook nr. 240: “De beperkte rechten vormen geen afsplitsingen van de eigendom en de optelsom van de beperkte rechten en de ‘bloot’ eigendom is niet gelijk aan de eigendom van een onbezwaarde zaak.”

94 De achtergrond hiervan moet mede gezocht worden in de continentaal-Romeinsrechtelijke traditie die eigendom ziet als een ondeelbaar begrip, aldus De Jong in nr. 19.

95 Behalve in nr. 19 wordt ook in nr. 78 (t.a.v. het vruchtgebruik) duidelijk dat (ook) De Jong niet meent dat de beperking die de eigenaar door het bestaan van een beperkt recht ondervindt het gevolg is van het feit dat er bevoegdheden uit zijn eigendomsrecht zijn gesnoeid. Vgl. verder nog nr. 81 t.a.v. het pandrecht, waarbij geen principieel verschil bestaat.

96 Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 106. Zij gebruikte deze term om daarmee de overheersende gedachte aan te duiden dat de vestiging van een beperkt recht niet leidt tot afsplitsing van een deel van het hoofdrecht, maar dat er veeleer met en door de vestiging van het beperkte recht een aantal bevoegdheden, soortgelijke als de hoofdgerechtigde heeft, aan de beperkt gerechtigde toevallen. Ik kan me bij deze gedachte heel goed aansluiten, maar acht de term ‘spontane vermenigvuldiging’ wel ongelukkig. Dit omdat men enerzijds bij de ‘spontaniteit’ van de vermenigvuldiging wel enige vraagtekens kan zetten – nu deze doorgaans berust op een op dit gevolg gerichte rechtshandeling van partijen – en omdat anderzijds de term ‘vermenigvuldiging’ in lijkt te houden dat slechts bevoegdheden kunnen ontstaan die er tevoren ook reeds waren.

en te betwijfelen of deze een plek dient te hebben in onze dogmatiek.⁹⁷ Deze laatste opmerking van De Jong komt mij nogal cru voor. Ook als twee partijen een overeenkomst met elkaar sluiten waaruit bepaalde verbintenissen voortvloeien (een overeenkomst tot koop, huur of wat dan ook), pleegt men immers niet te zeggen dat deze verbintenissen door een dergelijke “spontane vermenigvuldiging” tot stand komen. Niet valt in te zien waarom de bewuste gebruikmaking door eigenaar en beperkt gerechtigde van de door de wet geboden mogelijkheden tot vestiging van een beperkt recht wel zou moeten worden gekenschetst als een dergelijke “spontane vermenigvuldiging”. Eerder lijkt men de vestiging van een beperkt recht, na afwijzing van de afsplitsingsmetafoor, met de Pandektisten te kunnen betitelen als de vestiging van een nieuw en eigensoortig recht dat een belasting vormt van eigendom en/of zaak.

In het Tweede deel van zijn dissertatie⁹⁸ komt De Jong tot een eigen (her)karakterisering van het beperkte recht. Volgens hem oefent de beperkt gerechtigde geen deel van de eigendomsbevoegdheden uit en verloopt de uitoefening van zijn bevoegdheden dan ook niet *via* het eigendomsrecht. Bovendien – zo houdt hij ons telkens voor – zal niemand betwisten dat het de beperkt gerechtigde steeds slechts te doen is om de zaak als stoffelijk object en niet zozeer om het eigendomsrecht, dat slechts een juridische entiteit is. Het hoeft de beperkt gerechtigde ook niet te interesseren bij wie de eigendom ligt, aangezien zijn recht zoals dat heet ‘zaaksgevolg’ heeft. Dit is naar de mening van De Jong zelfs het geval indien het eigendomsrecht zelf niet meer bestaat.⁹⁹ In de wettelijke omschrijvingen van de beperkte rechten wordt dit ook steeds duidelijk: die noemen de bevoegdheden die de beperkt gerechtigde in verhouding tot de *zaak*¹⁰⁰ toekomen, en reppen niet over het eigendomsrecht. De opvatting dat het beperkte recht een recht is dat rechtstreeks op de zaak rust, óók in het geval het een door een andere beperkt gerechtigde gevestigd beperkt recht betreft, lijkt verder in overeenstemming met de klassieke omschrijving van het beperkte recht als *ius in re aliena* een recht op andermans zaak. Slechts door vereenzelviging kan men in al deze gevallen zeggen dat het beperkte recht op het eigendomsrecht rust.

De beperkt gerechtigde, ongeacht of hij zijn recht ontleent aan de eigenaar of aan een andere beperkt gerechtigde, heeft een onmiddellijke heerschappij over de zaak en staat hierbij in directe concurrentie tot de andere gerechtigden

97 De Jong, diss. 2006, nr. 19.

98 Idem, nr. 77 e.v.

99 Dit standpunt onderbouwt hij in par. 11, waar hij bepleit dat een beperkt recht in beginsel op een zaak blijft rusten nadat de eigenaar afstand doet van het eigendomsrecht door derelictie in de zin van art. 5:18 BW, en in par. 12 met een beroep op de wettelijke regeling van de gevolgen van afstand en vermenging voor beperkte rechten die zijn gevestigd door andere beperkt gerechtigden.

100 Of, in geval het beperkte rechten zijn die op alle soorten goederen kunnen rusten, tot het aan de orde zijnde *goed* in het algemeen.

tot de zaak, waaronder met name de (bloot) eigenaar. De Jong erkent om eerdergenoemde redenen geen 'recht van toebehoren' dat betrekking heeft op het beperkte recht. De bevoegdheid van een beperkt gerechtigde om door de vestiging van een beperkt recht een ander ook in een onmiddellijke verhouding tot de zaak te brengen, is onder huidig BW beter te funderen in dat recht zelf.¹⁰¹ De Jong erkent dan ook geen daadwerkelijke 'stapeling' van beperkte rechten, aangezien deze alle in een rechtstreekse betrekking tot de zaak staan. Zowel de afsplitsings- als de stapelingsmetafoor leiden zijns inziens dan ook tot blikveldvernuwing.¹⁰²

In De Jongs optiek moet beperkte rechten in gelijke zin als eigendomsrechten worden gekwalificeerd als bestanddelen van het vermogen van de gerechtigde, en vormen *niet* de zaken waarop deze rechten rusten zijn vermogensbestanddelen.¹⁰³ Deze vaststelling is op zich goed te volgen en lijkt ook niet echt in te druisen tegen de algemeen heersende opvattingen. Hooguit zien anderen hier een 'recht van toebehoren' of een 'eigendomsrecht' op het beperkte recht als vermogensbestanddeel, maar slechts weinigen hebben naar mijn weten betoogd dat de zaak zelf en niet het beperkte recht hierop het daadwerkelijke vermogensbestanddeel vormt. De vaststelling is echter wél moeilijk te verenigen met zijn verhandelingen over het feit dat wie een beperkte recht aan een ander overdraagt daarbij – in gelijke zin als een eigenaar die zijn eigendomsrecht overdraagt – eigenlijk over *de zaak* beschikt, nu hij een ander hierdoor in een rechtstreekse verhouding tot die zaak brengt.¹⁰⁴ Het lijkt erg tegenstrijdig *het beperkte recht* als het vermogensbestanddeel te beschouwen, maar in het geval de gerechtigde dit beperkte recht aan een ander overdraagt te spreken van een beschikken over *de zaak*.

Wat De Jong hier in feite doet als hij zegt dat een beperkt gerechtigde die zijn recht aan een ander overdraagt over *de zaak* beschikt, is het beperkte recht – op gelijke wijze als dit bij het eigendomsrecht gebruikelijk is – *vereenzelvigen* met zijn onderwerp, de zaak. Deze vereenzelviging is, gezien zijn scherpe kritiek op Meijers – die volgens De Jong met de vereenzelviging van eigendom en zaak in artikel 3:1 BW zijn eigen systeem op losse schroeven heeft gezet – en vanwege het feit dat voor een dergelijke vereenzelviging in ons stelsel nauwelijks ruimte of aanleiding bestaat, hoogst opmerkelijk te noemen.

De zojuist besproken tegenstrijdigheid hangt nauw samen met het feit dat De Jong het beperkte recht *zelf* – net als het eigendomsrecht, dat immers ook een 'recht van (in beginsel geheel) toebehoren' is – in het Derde deel van zijn dissertatie uiteindelijk gaat karakteriseren als een 'recht van (gedeeltelijk)

101 De Jong, diss. 2006, nr. 100.

102 Idem, nrs. 108-110.

103 Idem, nr. 80.

104 Idem, nrs. 84 e.v.

toebehoren' van een zaak. Door het beperkte recht als een 'recht van toebehoren' te zien, ontstaat de neiging dit recht – net als bij het eigendomsrecht – te gaan vereenzelvigen met zijn object, de zaak. Ook indien men beschikt over zijn beperkte recht, dan beschikt men logischerwijze over datgene wat hem toebehoort. In De Jongs visie op het beperkte recht – als een vorm van toebehoren van een zaak – is dit de zaak zelf.

De verhoudingen die ontstaan door vestiging van beperkte rechten duidt De Jong aan als het “gedifferentieerd toebehoren van hetzelfde voorwerp”, waarin de verhouding tussen eigenaar en beperkt gerechtigde altijd een afgeleide is van hun beider relatie tot de zaak.¹⁰⁵ Naar aanleiding hiervan stelt De Jong dat zowel eigendom als de beperkte rechten op een zaak *niet* als 'vermogensrechten' kunnen worden gekwalificeerd.¹⁰⁶ Zij moeten onder de overkoepelende term 'goederen' in de zin van artikel 3:1 BW dus tot de categorie van de 'zaken' worden gerekend.¹⁰⁷ Ook deze conclusie van De Jong komt neer op een vereenzelviging, niet alleen van *eigendom* en zaak – volgens De Jong een concessie van Meijers aan het spraakgebruik waartegen hij zich eerder hevig verzette – maar óók van *beperkt recht* en zaak.

De Jong komt onder andere op grond van deze karakterisering van het beperkte recht als 'recht van (gedeeltelijk) toebehoren' uiteindelijk tot een structuur van het goederenrecht in twee begripsmatige lagen, waarin hij – ondanks zijn neigingen tot vereenzelviging – een principieel onderscheid maakt tussen eigendom en zaak en tussen beperkt recht en zaak. Naar zijn mening dienen de goederenrechtelijke rechten als 'rechten van toebehoren' een afzonderlijke dogmatische status te hebben en daarmee op een ander begripsmatig niveau te worden geplaatst dan andere rechten. Hij onderscheidt hiertoe de laag van de *goederenrechtelijke rechten* of '*rechten van toebehoren*' (eigendom, overige volledige 'rechten van toebehoren' en beperkte rechten) en de laag van de *voorwerpen van recht* of *voorwerpen van toebehoren* (zaken, vorderingsrechten en overige vermogensrechten). Deze laatste laag vormt zijns inziens de categorie van de 'goederen' als bedoeld in artikel 3:1 BW; eigendom en beperkte rechten vallen derhalve *niet* in deze categorie en kunnen *niet* als 'goed' worden aangemerkt. Volgens De Jong bestaat een vermogen slechts uit goederenrechtelijke rechten. Deze – en niet hun voorwerpen van recht waarop artikel 3:1 BW betrekking heeft – vormen de onderdelen van iemands vermogen, de 'ver-

¹⁰⁵ Zie hiervoor met name nrs. 174 en 201.

¹⁰⁶ Idem, nr. 202. Wat betreft het eigendomsrecht kan ik me hierbij – zoals eerder reeds betoogt – aansluiten. Wat betreft de beperkte rechten acht ik dit echter een merkwaardige conclusie, die zich slecht met het stelsel van het BW en de opvattingen van Meijers laat verenigen (zie ook W. Snijders WPNR 6689 (2006), p. 836).

¹⁰⁷ Gaat het om beperkte rechten die niet op een zaak, maar op een vermogensrecht rusten, dan moeten zij uiteraard tot de categorie van de 'vermogensrechten' worden gerekend in de zin van art. 3:1 BW.

mogensbestanddelen'. De voorwerpen van recht zijn (zelf) dus geen vermogensbestanddelen, hetgeen volgens De Jong volgt uit het feit dat goederen het voorwerp kunnen zijn van de rechten van meerdere personen.¹⁰⁸

De Jongs visie op de structuur van het goederenrecht laat zich als volgt in schema weergeven, met boven de streepjes de *goederenrechtelijke rechten* (de 'vermogensbestanddelen' dus) en eronder de *voorwerpen van die rechten* (de 'goederen'):

Eigendom	Overige volledige	Beperkte rechten
	'rechten van toebehoren'	
Zaken		Zaken, vorderings-
('stoffelijke goederen')	Vorderingsrechten	rechten en overige
	en overige	vermogensrechten
	vermogensrechten	('stoffelijke en
	('onstoffelijke goederen')	onstoffelijke goederen')

De Jong geeft aan met zijn systeem af te wijken van Meijers "normaaltypen"-leer, waarin alles wat 'recht' genoemd kan worden op *hetzelfde* niveau is gebracht en onderlinge verschillen slechts een kwestie van gradatie zijn.¹⁰⁹ Dit blijkt óók uit het feit dat eigendom en beperkte rechten in De Jongs systeem *niet* als 'goederen' kunnen worden aangemerkt, maar *wél* de 'vermogensbestanddelen' van iemands vermogen vormen. Meijers stelde immers met zoveel woorden zijn begrip 'goed' gelijk aan het begrip vermogensbestanddeel, als twee verschillende benamingen voor één en hetzelfde.¹¹⁰ Men vergelijk hierbij ook de kritiek van W. Snijders¹¹¹ op De Jong. Hij vraagt zich af hoe in diens systeem nog te verklaren valt dat een schuldeiser zijn vorderingsrecht kan verpanden of in vruchtgebruik geven: op het 'recht van toebehoren' kan dit pandrecht of vruchtgebruik immers niet rusten, nu dat – als 'recht van toebehoren' – geen voorwerp van recht kan zijn. Op het voorwerp van recht (=het vorderingsrecht zelf) kan het echter ook niet rusten, nu dit niet in het vermogen van de schuldeiser valt: het is immers (zelf) geen vermogensbestanddeel. Toch lijkt dit laatste mij de bedoeling van De Jong te zijn.

Dezelfde begripsmatige moeilijkheid bestaat overigens bij de bezwaring van een zaak: nu die zaak zelf niet het vermogensbestanddeel van de eigenaar is, maar slechts het voorwerp van zijn 'recht van toebehoren' en eventueel de 'rechten van toebehoren' van anderen (waarmee de zaak aan meerdere gerechtigden *toebehoort*), valt lastig in te zien hoe hij die zaak toch kan bezwa-

108 Idem, m.n. het opschrift van nr. 202 en de nrs. 203 e.v..

109 Idem, nr. 202-203. Deze leer heeft Meijers met name in zijn *Algemene begrippen van het burgerlijk recht* uit 1948 vastgelegd.

110 TM op de begripsbepalingen van Boek 3 BW (Afd. 3.1.1), PG Boek 3 BW, p. 62.

111 WPNR 6689 (2006), p. 836.

ren. Deze begripsmatige moeilijkheden vallen alleen nog op te lossen door eigendom en zaak (en in het vorige voorbeeld toebehoren en vorderingsrecht) met elkaar te *vereenzelvigen* – een praktijk waartegen de Jong zich heftig verzet. De claim van De Jong dat zijn systeem “herwonnen helderheid”¹¹² brengt, overtuigt hierdoor mijns inziens niet.

6.1.3 Struycken

6.1.3.1 Eigendom en zaak

Het lijvige proefschrift van Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*,¹¹³ behandelt een heel breed goederenrechtelijk (en verbintenisrechtelijk) onderwerp: de herkomst, ratio en consequenties van het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten. Het geeft op enkele plekken ook een visie weer op het systeem van het goederenrecht in zijn algemeenheid. Ook Struycken komt hierbij met een vernieuwde versie van enige van de wetsbepalingen die zien op de belangrijkste begrippen van het goederenrecht, die in logische zin en qua volgorde een verbetering ten opzichte van de huidige wetsbepalingen kan worden genoemd.¹¹⁴ Ook het huidige artikel 3:1 BW krijgt een iets aangepaste formulering: *Goederen zijn zaken en de overige vermogensrechten*. De formulering wijkt af van die van Van der Steur (*Goederen zijn eigendomsrechten en andere vermogensrechten*). Struycken kiest er immers voor om vast te houden aan het gangbare spraakgebruik en de terminologische vereenzelviging van eigendomsrecht en zaak, dit ondanks het feit dat hij erbij aangeeft dat men zich af kan vragen of het verstandig is om die in de tekst van de wet te handhaven. Het voordeel van deze formulering boven die van Van der Steur is dat de aparte benoeming van de zaken (als zaken en niet als eigendomsrechten) in de omschrijving veel logischer voorkomt, een aparte benoeming die naar mijn mening overigens ook op zijn plaats is voor deze van oudsher bestaande ‘spil van het goederenrecht’ – zoals bekend voorheen ook *zakenrecht* geheten. Bij Van der Steur komt het minder logisch voor één van de vele vermogensrechten, onder de naam eigendomsrechten, zo’n duidelijk aparte plek in de definitie te geven. En toch geeft Struycken met zijn definitie aan, net als Van der Steur, dat ook zaken in zekere zin als vermogensrechten te beschouwen zijn.¹¹⁵

¹¹² De Jong, diss. 2006, opschrift nr. 206.

¹¹³ T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

¹¹⁴ Struycken, diss. 2007, p. 106-107.

¹¹⁵ Zie ook p. 99-100 waar hij schrijft dat “ (...) de terminologische keuze van de wetgever tot vereenzelviging van het eigendomsrecht op een zaak met die zaak zelf, *niet* logischerwijs [noodzaakt] tot de conceptuele gevolgtrekking dat geen sprake meer is van een vermogensrecht.”

6.1.3.2 Toebehoren

Struycken besteedt ook aandacht aan het begrip *toebehoren*. Hij leest hierbij Van der Steurs verhandelingen over *toebehoren* anders dan de meesten¹¹⁶ en ziet in haar beschrijving – anders dan dat bij Van der Steur zelf naar voren lijkt te komen – geen werkelijk aparte, derde begripslaag. Naar zijn mening is bijvoorbeeld ook in haar opvatting het eigendomsrecht een *vorm* van toebehoren in plaats van dat het haar gaat om een (recht van) toebehoren *van* een eigendomsrecht.¹¹⁷ In Van der Steurs verhandelingen is dit mijns inziens – en ook daarbij lijkt ik me bij de meerderheid aan te kunnen sluiten – niet op die manier terug te vinden: het eigendomsrecht deelt zij immers in in haar tweede begripslaag van de vermogensrechten, waarna zij vaststelt dat *op grond van de toebehoren-laag* (een derde, hierboven liggende laag die dus kennelijk bepaalde bevoegdheden verschaft) het rechtssubject de bevoegdheid heeft te beschikken over het recht dat hem toebehoort,¹¹⁸ een bevoegdheid die mijns inzien als intrinsiek onderdeel van het eigendomsrecht zelf moet worden gekarakteriseerd. Wat hier echter ook van zij, na het wegedeneren van de derde begripslaag komt Struycken wat dit punt betreft uiteindelijk op een vergelijkbaar resultaat uit als De Jong: eigendomsrecht en beperkte rechten zijn varianten van het gerechtigd zijn tot een rechtsobject.¹¹⁹ Dit ‘gerechtigd zijn’ kan *toebehoren* worden genoemd, waarbij het toebehoren gelijk is aan het zijn van rechtssubject. Een goederenrechtelijk recht kan dan ook worden beschreven als de vermogensrechtelijke relatie tussen een rechtssubject en een rechtsobject.¹²⁰ Ze verschillen echter wél over de vraag waarop dit toebehoren precies betrekking heeft: waar Struycken het *toebehoren* als intrinsiek onderdeel ziet van de betrokken rechten om over *die rechten zelf* te beschikken, bepleit De Jong dat de hier genoemde rechten vormen van *toebehoren* zijn om over de *aan de rechten onderworpen zaak* te beschikken.

116 Waaronder De Jong (diss. 2006, nr. 181 e.v.), Verstijlen (*RM Themis* 2006, p. 270-275) en Neppelenbroek (*NJB* 2006/32, nr. 1395). Vgl. ook W. Snijders in *WPNR* 6689 (2006), p. 831-836.

117 Struycken, diss. 2007, p. 104 noot 231.

118 Vgl. hiervoor Van der Steur, diss. 2003, p. 41 en de bespreking van Van der Steurs dissertatie in par. 6.1.1 hierboven. Ook op p. 19 vermeldde zij al dat niet het *eigendomsrecht*, maar het *toebehoren* van dit eigendomsrecht de mogelijkheid impliceert om over het vermogensrecht te beschikken. Zie verder nog bijv. p. 54 van haar dissertatie, waar zij aangeeft dat het naar haar mening nut heeft om het ‘toebehoren’ te *expliciteren*. Dit doet zij dan ook met de introductie van haar extra begripslaag.

119 Wat Struycken betreft geldt dit overigens ook voor vorderingsrechten, Struycken, diss. 2007, p. 105-106. Wat De Jong betreft echter niet, zie par. 6.1.2.2 hierboven bij noot 81.

120 Struycken, diss. 2007, p. 105-106.

6.1.3.3 Beperkt recht

In zijn vernieuwde versie van enige belangrijke begripsbepalingen uit het goederenrecht neemt Struycken de definitie van het beperkte recht van artikel 3:8 BW vrijwel ongewijzigd over.¹²¹ Toch geeft hij op een andere plaats wel weer wat in zijn visie de achtergrond van dit artikel is. Hij legt ons hier de twee verschillende modellen voor die, aldus Struycken, bij de dogmatische analyse van de aard van een beperkt recht en de vestiging ervan sinds de 19^e eeuw wedijveren om erkenning als de heersende: het 'afsplittingsmodel' versus het 'afspiegelingsmodel'. In het 'afsplittingsmodel' wordt de vestiging van een beperkt recht aangemerkt als de *afsplitsing* van een aantal bevoegdheden uit het moederrecht en de *overdracht* van die bevoegdheden aan de beperkt gerechtigde:

"Afsplitsing impliceert dat de afgesplitste bevoegdheden niet meer toekomen aan de moedergerechtigde; het beperkte recht is uit het moederrecht gesneden."¹²²

Dit is het theorie van het beperkte recht als deel van de eigendom, waarvoor de beeldspraak van het eigendomsrecht als gelaagde taart kan worden gebruikt.¹²³ Hierin stelt een gehele taartpunt (met daarin alle lagen vertegenwoordigd) een aandeel in mede-eigendom voor; een taartpunt van slechts één of enkele lagen, of zelfs een hele laag van de taart kan dan doorgaan als beperkt recht.¹²⁴ Het is ook de zienswijze waar de Pandektisten zich zo hartgrondig en succesvol tegen hadden verzet.

In het 'afspiegelingsmodel' wordt de vestiging van een beperkt recht aangemerkt als de *toekenning* van bevoegdheden aan de beperkt gerechtigde door de moedergerechtigde:

"Deze toegekende bevoegdheden zijn gespiegeld aan de bevoegdheden van de moedergerechtigde en kunnen daarom niet ruimer zijn dan de bevoegdheden van de moedergerechtigde zelf. In het afspiegelingsmodel betekent de toekenning van bevoegdheden dat zij door de moedergerechtigde niet meer kunnen worden uitgeoefend. De moedergerechtigde heeft die bevoegdheden nog wel, maar ze zijn 'verlamd' door de toekenning ervan aan de beperkt gerechtigde."¹²⁵

121 Idem, p. 106-107.

122 Idem, p. 362.

123 Zie ook hfdst. 1 par. 1.1 noot 9.

124 Deze beeldspraak voorziet overigens niet in de situatie dat het beperkte recht tot een einde komt en bloot eigendom weer vol wordt. Struycken zelf (p. 363) gebruikt dan ook een vergelijking met de druppels van een vloeistof die door de Van der Waalskrachten weer aangezogen worden.

125 Idem, p. 361.

In deze laatste theorie kan het bekende beeld van de elastieken bal model staan voor het eigendomsrecht waarop het beperkte recht drukt en die bij het wegvallen van (de druk van) dit beperkte recht zijn oorspronkelijke vorm automatisch herkrijgt.¹²⁶

Het afspiegelingsmodel verschilt volgens Struycken daarin van het afsplitsingsmodel dat bij de eerste de bevoegdheden zoals die aan de beperkt gerechtigde zijn toegekend óók deel blijven uitmaken van het eigendomsrecht, al kan de eigenaar deze bevoegdheden zelf niet meer uitoefenen. Bij het afsplitsingsmodel is dit niet het geval. Toch blijft het (bloot-)eigendomsrecht zijn status van eigendomsrecht ook hier behouden. Het feit dat het eigendomsrecht zijn status behoudt, of, zoals in het afspiegelingsmodel, de toegekende bevoegdheden ook van het eigendomsrecht zelf deel uit blijven maken, noemt men de *elasticiteit* van het eigendomsbegrip. Hiervan kan gesproken worden omdat het begrip zo rekbaar is dat het van toepassing blijft wanneer de eigendomsbevoegdheden in meer of mindere mate aan andere, beperkt gerechtigden toekomen.¹²⁷ Deze elasticiteit past mijns inziens overigens het beste bij Struyckens afspiegelingsmodel, en in het algemeen met name goed bij een abstract eigendomsbegrip, waarin de eigendom iets *anders* is dan slechts een bundel samengevoegde bevoegdheden tot een zaak.¹²⁸

Het afspiegelingsmodel – met zijn elastieken bal – past voorts goed bij het idee van het beperkte recht als belasting of bezwaring van de eigendom¹²⁹: een last waarmee deze kan worden bezwaard en die erop drukt. Van de twee modellen ligt het óók het dichtste bij de opvatting van de Pandektisten van de vestiging van het beperkte recht als de vorming van een nieuw, eigensoortig en te voren niet bestaand recht op een zaak, dat zich kwalitatief van de eigendom onderscheidt. Toch brengt het afspiegelingsmodel van Struycken wel een duidelijke beperking aan dit nieuwe recht aan: de bevoegdheden vormen een ‘afspiegeling’ van het eigendomsrecht en kunnen daarmee slechts bevoegdheden bevatten die men ook in de eigendom terugvindt. Die conclusie volgt niet per se ook uit het Pandektistenmodel.¹³⁰

126 Deze voorstellingswijze is afkomstig van Van Oven 1948, p. 60, maar komt ook voor bij Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 281 en Pitlo 1949, p. 149 en is tegenwoordig nog terug te vinden in Asser/Mijnssen-De Haan 2006, nr. 10. Zie ook hfdst. 1 par. 1.1 noot 11.

127 Struycken, diss. 2007, p. 362 noot 5.

128 Wiegand 1976 noemt de elasticiteit zelfs een gevolg van het abstracte eigendomsbegrip: doordat eigendom iets anders is dan de som van enkele bevoegdheden blijft immers de eigendom zijn status behouden als de uit de eigendom voortvloeiende bevoegdheden aan een ander worden toegekend. Opmerkelijk genoeg gebruikt hij bij deze constatering terminologie die sterk lijkt te duiden op een daadwerkelijke afsplitsing en overdracht van dergelijke bevoegdheden.

129 Of als bezwaring van de zaak zelf, als men de vereenzelviging van eigendom(-srecht) en zaak in gedachten houdt.

130 Zie hiervoor bijv. het in hfdst. 4 par. 4.1.1.2 door Dernburg genoemde voorbeeld van de *servitus altius non tollendi*.

Naar Struyckens mening ligt aan het huidige BW – ondanks dat de term ‘afsplitsing’ hierin niet voorkomt – het afsplitsingsmodel ten grondslag en moet de vestiging van een beperkt recht daarom worden beschouwd als de afsplitsing en de overdracht van een deel van de bevoegdheden van de gerechtigde die zijn recht met een beperkt recht bezwaart.¹³¹ Hij baseert zich voor deze stelling onder meer op het feit dat daar waar het in de wet om de vestiging van beperkte rechten gaat, aansluiting gezocht wordt bij de begrippen overdracht en overdraagbaarheid: in lid 1 van artikel 3:81 BW en in de schakelbepaling 3:98 BW. Van groot gewicht acht hij verder de wettelijke omschrijving van het beperkte recht in artikel 3:8 BW. Daarin, en ook in lid 2 sub a van artikel 3:81 BW, worden de beperkte rechten aangeduid als rechten die zijn “afgeleid uit” een meeromvattend recht. Toegegeven, deze bewoordingen passen goed bij het afsplitsingsmodel en doen niet direct denken aan het beperkte recht als een *bezwaaring* van de eigendom.¹³² Toch zouden ze ook niet geheel misstaan bij het afspiegelingsmodel zoals Struycken ons dat heeft omschreven, waarbij de bevoegdheden een afspiegeling vormen van bevoegdheden die onderdeel uitmaken van het eigendomsrecht. Los daarvan is de omschrijving van artikel 3:8 BW – zoals ook Struycken constateert – verre van eenduidig te noemen: immers, direct op de bewoordingen “afgeleid uit” volgt immers terminologie die wel degelijk heel erg goed past bij het beperkte recht als een *bezwaaring* van de eigendom:

“Een beperkt recht is een recht dat is *afgeleid uit* een meer omvattend recht, hetwelk met het beperkte recht is *bezwaard*.”

Hiermee zijn derhalve twee tegenstrijdige zienswijzen in één omschrijving vervat. Die omschrijving drukt deze gedachten bovendien uit op een zodanige wijze dat ze elkaar als het ware doorkruisen: zij wekt de indruk dat het beperkte recht zou drukken op de plaats waar het tevoren reeds uit is afgeleid. Neemt men als voorbeeld het vruchtgebruik dan lijkt de definitie ertoe te leiden dat vruchtgebruik een recht is dat is afgeleid uit eigendom die is belast met vruchtgebruik, afgeleid dus uit bloot eigendom.¹³³ Dat dit niet de bedoeling van de omschrijving kan zijn is overigens duidelijk. Uit deze wettelijke omschrijving – waar Struycken groot gewicht aan toekent – kan dan ook geen enkele conclusie omtrent de aard van het beperkte recht worden getrokken. Dit moge eens te meer blijken uit hetgeen regeringscommissaris W. Snijders in dit kader over de omschrijving van artikel 3:8 BW op heeft gemerkt:

¹³¹ Struycken, diss. 2007, p. 363 e.v.

¹³² Afleiden *van* zou een veel neutralere aanduiding zijn van het feit dat de beperkt gerechtigde zijn bevoegdheden op enigerlei wijze aan de eigenaar ontleent.

¹³³ Deze kritiek komt van Kisch. Volgens Kisch suggereert ‘afleiden’ een *horizontale* beweging, ‘bezwaren’ daarentegen een *verticale* richting. Zie ook Wery, *RM Themis* 1961, p. 80, die nog eens benadrukt dat het beperkte recht hier wordt afgeleid uit een ander recht waarop dat beperkte recht reeds in mindering is gebracht. Zie hiervoor ook hfdst. 1 par. 1.1.

“Deze vage formule geeft globaal aan welke in de wet geregelde rechten als een beperkt recht kunnen worden beschouwd en is niet bedoeld om dogmatische discussies te beslechten.”¹³⁴

Ook de andere door Struycken genoemde wetsartikelen, artikel 3:81 en 3:98 BW kunnen diens conclusie niet dragen: inderdaad wordt daarin voor de vestiging van beperkte rechten aansluiting gezocht bij de overdracht of overdraagbaarheid van een goed, maar ook niet meer dan dat.

Betrekken we bij deze wetsartikelen hun parlementaire geschiedenis, dan blijkt ook die ons niet de benodigde helderheid te kunnen verschaffen over het dogmatische model dat ten grondslag ligt aan de vestiging van beperkte rechten. Allereerst bevatten de *Algemene begrippen* van Meijers weliswaar reeds veel terminologie van ‘afplitsing’ en ‘afscheiding’ van beperkte rechten uit de eigendom, maar ook het hier moeilijk mee te verenigen beeld van de met een beperkt recht bezwaarde eigendom als ingedrukte elastieken bal (hier “elastische bal” genoemd) wordt door Meijers in dit werk gebruikt. Sterker nog, de beide tegenstrijdige beelden worden in dit voor zijn ontwerp van een nieuw Burgerlijk Wetboek zo belangrijke geschrift op een even merkwaardige wijze als in artikel 3:8 BW in één en dezelfde zin verenigd:

“Zodra de druk van het afgesplitste recht [op de in de zin ervoor genoemde elastische bal, *toevoeging AFM*] ophoudt te werken, herneemt het recht, waarop de druk wordt uitgeoefend, weer zijn oorspronkelijke vorm en grootte.”¹³⁵

In de Toelichting van Meijers bij zijn ontwerp van artikel 3:8 BW (toen nog art. 3.1.1.7 geheten, maar in tekst gelijk) introduceerde Meijers het begrip ‘beperkt recht’. Onder het Oude Burgerlijk Wetboek van 1838 bestond nog geen echt specifieke term voor deze rechten. Ze werden wel – om ze te onderscheiden van de eigendom – *overige* zakelijke rechten of *beperkte* zakelijke rechten genoemd.¹³⁶ De Raad van State achtte de introductie van het begrip ‘beperkt recht’ dan ook een “verrijking der wetstaal, welke deze op menig gebied aan bruikbaarheid doet winnen, en tevens een aanwinst als werk-begrip.”¹³⁷ De Toelichting van Meijers bevat over dit nieuwe begrip de volgende passages:

“Het begrip beantwoordt aan het oude *ius in re aliena*, mits men onder *res* dan ook de *res incorporales* begrijpt. De beperkte rechten zijn afgesplitste rechten, (...). (...), bij een beperkt is één hoofdrecht aanwezig, waarvan het beperkte recht is afgezon-

134 WPNR 6689 (2006), p. 835.

135 Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 281.

136 Men bedenke zich hierbij dat de term ‘zaak’ onder oud BW veelal gebruikt werd in de ruime betekenis die de huidige term ‘goed’ heeft.

137 PG Boek 3 BW, p. 62.

derd en hetwelk bij het wegvallen van het beperkte recht weer zijn volle inhoud verkrijgt.”¹³⁸

Hier wordt vrij expliciete ‘afsplitsingsterminologie’ gebruikt (“beperkte rechten zijn afgesplitste rechten”; het beperkt recht is “afgezonderd van het hoofdrecht”). Tegelijkertijd wordt echter aangegeven dat het begrip beperkt recht beantwoordt aan het oude *ius in re aliena*¹³⁹, een (goederenrechtelijk) recht of last die rust op andermans zaak (*res corporalis*) of andermans recht (*res incorporalis*). Deze laatste terminologie heeft immers weer veel minder weg van een afsplitsing en overdracht van een deel van het eigendomsrecht, en veel meer van een belasting van de eigendom of de zaak van een ander. Ook de verwijzing naar de elasticiteit van de eigendom ten slotte (“hoofdrecht, hetwelk bij het wegvallen van het beperkte recht weer zijn volle inhoud verkrijgt”) past als gezegd veel beter bij een eigendomsbegrip waarin de eigendom iets *anders* is dan slechts een bundel samengevoegde bevoegdheden tot een zaak waaruit men desgewenst bevoegdheden kan afsplitsen en overdragen in de vorm van een beperkt recht.

Overigens verdient opmerking dat in het algemene gedeelte van de latere parlementaire toelichting op de vermogensrechtelijke begripsbepalingen van afdeling 3.1.1 BW – in antwoord op kritiek van de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer op de leerstellige indruk die deze afdeling maakt – de volgende opmerkelijke mededeling wordt gedaan over het karakter van deze begripsbepalingen, waar ook artikel 3:8 BW onderdeel van uitmaakt:

“De regeringscommissaris¹⁴⁰ geeft te kennen dat hier geen sprake is van “definities” in de eigenlijke zin van het woord. Men vindt hier geen wetenschappelijk verantwoorde omschrijvingen maar een aantal begripsbepalingen die uit een oogpunt van wetstechniek noodzakelijk zijn.”¹⁴¹

Men kan zich mijns inziens overigens afvragen of dergelijke begripsbepalingen niet méér ten uitdrukking zouden moeten brengen dan slechts de wetstechniek vereist. Duidelijk wordt in ieder geval echter eens te meer dat men aan de omschrijving van het beperkte recht in de wet geen vergaande conclusies mag verbinden.

138 TM bij art. 3:8 BW, PG Boek 3 BW, p. 93. Het is mij niet duidelijk waarom Struycken (p. 364) vermeldt dat deze Toelichting door het driemanschap is geschreven. Het ontwerp met toelichting van de eerste vier boeken voor het NBW is immers door Meijers zelf opgesteld en nog kort voor zijn dood in 1954 ingediend.

139 Hetgeen overigens een minder historische term is dan de taal van de benaming wellicht doet vermoeden: Feenstra 1979 (*Jus in re: het begrip zakelijk recht in historisch perspectief*) en ook Feenstra 1994, p. 82-83.

140 Bedoeld is regeringscommissaris voor de Boeken 3, 5 en 6 BW W. Snijders, zie PG Boek 3 BW, p. X.

141 M.O. (1976), PG Boek 3 BW, p. 62-63.

Op sommige plekken wordt in de Toelichting Meijers daadwerkelijk verwezen naar de vestiging van een beperkt recht als *overdracht* van een deel van (de bevoegdheden van) de eigendom, bijvoorbeeld in de toelichting op de uiteindelijke schakelbepaling 3:98 BW:

“De vestiging van een beperkt recht kan als een wijze van overdracht van bepaalde bevoegdheden uit dat recht worden beschouwd. In verband daarmee zijn de voorschriften betreffende de overdracht van rechten ook op de vestiging van die rechten toepasselijk verklaard.”¹⁴²

En in de Toelichting op artikel 3:81 BW ten aanzien van het vereiste van overdraagbaarheid van een goed bij de vestiging van een beperkt recht op dat goed:

“Vestiging van een beperkt recht is een beschikken over een gedeelte van de bevoegdheden, die aan hem, die het recht vestigt, toekomen. Mitsdien moet degene die een beperkt recht vestigt, de bevoegdheid hebben over zijn recht te beschikken, m.a.w. zijn recht moet overdraagbaar zijn.”¹⁴³

Bij de Algemene opmerkingen over Boek 5 wordt in de Toelichting Meijers¹⁴⁴ ten aanzien van het prioriteitsbeginsel – dat oudere beperkte rechten in geval van botsing voorrang geeft boven jongere – vermeld dat deze regel:

“(...) in het bestaande recht erkend [wordt] en (...) wel [wordt] gebaseerd op het beginsel, dat niemand meer recht kan verlenen dan hij zelf heeft. Het is niet nodig geoordeeld de bedoelde regel uitdrukkelijk in het ontwerp neer te leggen, aangezien het ontwerp de vestiging van een zakelijk recht ziet als een wijze van overdracht van bepaalde bevoegdheden uit het oorspronkelijk recht; (...). Degene die het oudere recht kreeg, kan derhalve aan de verkrijger van het jongere recht tegenwerpen, dat hij die dit laatste recht vestigde, niet beschikkingsbevoegd was met betrekking tot die bevoegdheden, welke hij bij vestiging van het eerste recht overdroeg.”¹⁴⁵

Deze opmerking, waarin ter onderbouwing van de prioriteitsregel een beroep wordt gedaan op het *nemo plus*-beginsel, verdient nadere aandacht. Allereerst kan men twee verschillende situaties onderscheiden. De eerste ziet op beperkte rechten die als inhoud hebben een bevoegdheid die probleemloos in concurrentie met een ander beperkt recht kan worden uitgeoefend. Twee verschillende

142 TM bij art. 3:98 BW, PG Boek 3 BW, p. 404.

143 TM bij art. 3:81 BW, PG Boek 3 BW, p. 309.

144 Deze Toelichting Meijers werd wel door het driemanschap Drion-Eggens-De Jong geschreven, op basis van door Meijers achtergelaten concepten waar echter ‘op tamelijk ingrijpende wijze’ veranderingen in zijn aangebracht, zie de aanbiedingsbrief bij het Ontwerp van Boek 5 BW, PG Boek 5 BW, p. 1.

145 TM bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p. 3 onder punt 4.

buurmannen hebben ieder voor zich een beperkt recht dat hen de bevoegdheid geeft over de grond van een derde buurman hun achtertuin te betreden (een erfdienstbaarheid dus). Nadat de derde buurman de eerste buurman zijn beperkte recht heeft verleend, is hij niet beschikkingsonbevoegd geworden om de tweede buurman dezelfde bevoegdheid te verlenen. Hij is die bevoegdheid niet verloren: hij mag immers ook nog steeds *zélf* over zijn grond lopen. De tweede buurman hoeft ook niet de eerste buurman voorrang te verlenen in het hypothetische geval dat hij deze treft op precies hetzelfde tijdstip als hij zelf van zijn recht gebruik wil maken. Hun rechten zijn in die zin gelijkwaardig te noemen. Een wellicht nog treffender voorbeeld is een erfdienstbaarheid van uitzicht. Indien een dergelijk recht aan twee verschillende buurmannen van de eigenaar van het dienende erf is verleend, zitten deze rechten op uitzicht elkaar geenszins in de weg. De één heeft niet meer of eerder recht op uitzicht dan de ander. Kortom: deze rechten komen niet daadwerkelijk met elkaar in botsing en vallen buiten het onderwerp dat in de Algemene opmerkingen over Boek 5 wordt besproken.¹⁴⁶ Dat kan ook al worden opge maakt uit de aanvang van de desbetreffende tekst uit de Toelichting Meijers, die als voorwaarde voor de werking van de prioriteitsregel stelt dat de desbetreffende zakelijke rechten met elkaar in botsing komen.

Dan rest ons nog een tweede situatie: die waarin de eigenaar achtereenvolgens twee beperkte rechten heeft verleend die *niet* geheel tegelijkertijd kunnen worden uitgeoefend door twee verschillende gerechtigden. Men denke bijvoorbeeld aan (botsende) rechten van vruchtgebruik¹⁴⁷ en/of erfpacht, twee rechten van pandrecht of een samenloop van een recht van hypotheek met een recht van erfpacht.¹⁴⁸ In een dergelijk geval bepaalt de anciënniteit van de rechten welk recht met voorrang op het andere mag worden uitgeoefend. Als daar ook maar enige mogelijkheid toe bestaat, namelijk indien het oudere recht daarvan geen belemmering (meer) ondervindt, kan echter ook het andere recht worden uitgeoefend. Dit kan in de hierboven genoemde gevallen bijvoorbeeld aan de orde zijn bij een verschil in tijdsduur of precieze inhoud tussen de twee rechten van vruchtgebruik of erfpacht, indien bij executie na voldoening van de oudste pandhouder nog opbrengst resteert voor de jongere pandhouder of gedurende de tijd dat er geen executie op grond van het eerder dan de

146 Vgl. over dit punt Zwolve (*MvV* 2008/9, p. 198), die erop wijst dat de niet zelden als algemene regel geponeerde stelling dat bij goederenrechtelijke subjectieve rechten het oudere recht vóór het jongere gaat, *niet* van toepassing is op erfdienstbaarheden. In het Romeinse recht was hier sprake van een gemeenschap tussen *gelijkgerechtigden* en werd de uitoefening van hun bevoegdheden in eerste instantie bepaald door hetgeen zij daaromtrent hebben afgesproken, evenals bij mede-eigenaren het geval is.

147 Een gezamenlijk vruchtgebruik ten behoeve van twee of meer personen valt buiten deze situatie.

148 Hierbij moet bedacht worden dat het standaardpraktijk is in een hypotheekakte op te nemen dat door de eigenaar van een verhypothekerd goed geen recht van erfpacht mag worden gevestigd zonder toestemming van de hypotheekhouder.

erfpacht verleende hypotheekrecht plaatsvindt. Het jongere beperkte recht komt derhalve geldig tot stand, ondanks de 'beperkte beschikkingsbevoegdheid'. Ook hier is de hoofdgerechtigde *niet* beschikkingsonbevoegd geworden om een beperkt recht te verlenen, maar kan de onverenigbaarheid van gelijktijdige uitoefening met het eerder gevestigde beperkte recht wel tot andere consequenties leiden op grond van anciënniteit. Het is mijns inziens dan ook de vraag of de rechtvaardiging van de prioriteitsregel met een beroep op de constructie van de vestiging van een beperkt recht als een wijze van overdracht van bepaalde bevoegdheden uit het oorspronkelijk recht en het hieruit voortvloeiende gebruik van de term beschikkingsonbevoegdheid wel zo op zijn plaats zijn. Opvallend is dan ook dat in de bepaling die in bepaalde gevallen wél bescherming biedt aan de verkrijger te goeder trouw van een beperkt recht op een al eerder bezwaarde (roerende) zaak (artikel 3:86 lid 2 jo. 3:98 BW) met geen woord over eventuele 'beperkte beschikkingsbevoegdheid' gesproken wordt. Dit terwijl in het eraan voorafgaande lid 1 – dat dezelfde ratio voor bescherming kent als lid 2¹⁴⁹ – de (volledige) beschikkingsonbevoegdheid het uitdrukkelijke genoemde gebrek vormt waartegen bescherming wordt geboden.¹⁵⁰

Vast staat in ieder geval dat de Toelichting Meijers met behulp van de afsplitsingsmetafoor de prioriteitsregel heeft willen rechtvaardigen. Het feit dat die – niet expliciet in de wet opgenomen – regel in voorkomende gevallen geldt, is echter onbetwist en kan bovendien op andere gronden worden gerechtvaardigd dan op grond van het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid. De prioriteitsregel kan bijvoorbeeld heel goed gegrond worden op het absolute karakter van het beperkte recht, dat elke derde – ook de hoofdgerechtigde en de tweede beperkte gerechtigde – ertoe dwingt dit recht in acht te nemen en hun derhalve slechts toestaat een tweede beperkt recht op hetzelfde goed te vestigen met eerbiediging van het eerste. Welbeschouwd heeft de prioriteitsregel dan ook weinig te maken met het *nemo plus*-beginsel.¹⁵¹

De algemeen overheersende indruk blijft bovendien sterk aanwezig dat Meijers op dit punt geen dogmatische zuiverheid heeft nagestreefd, maar zich voor

149 PG Boek 3 BW, p. 324 jo. 322 en 323.

150 Ook opvallend is het feit dat deze bescherming ertoe leidt dat het eerder gevestigde beperkte recht komt te *vervalen*, aldus het door art. 3:98 BW van overeenkomstige toepassing verklaarde art. 3:86 lid 2 BW, dat eigenlijk ter bescherming van de verkrijger van de bezwaarde roerende zaak zelf is geschreven. Verdedigbaar is evenwel dat hier moet worden volstaan met een rangwisseling (vgl. Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 397-398; Hijma/Olthof 2008, nr. 240). Vgl. ook art. 3:238 lid 2 BW m.b.t. een pandrecht op een reeds bezwaarde roerende zaak en de toelichting hierbij in PG Boek 3 BW, p. 754.

151 Vgl. in dezelfde zin Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 390. Zie ook p. 48 waar opgemerkt wordt dat de regel dat men niet meer rechten kan verlenen dan men zelf heeft (*nemo plus*-regel) tekort schiet als verklaring voor het prioriteitsbeginsel: volgens H.J. Snijders wordt daar waar meerdere beperkte rechten op een goed denkbaar zijn, hun rang bepaald door hun anciënniteit en biedt de *nemo-plus* regel hiervoor geen grondslag.

de beperkte rechten vooral bij voor andere gevallen geldende rechtsregels heeft willen aansluiten omwille van eerdergenoemde ‘wetstechniek’, omwille van praktische eenvoud en duidelijkheid. Hij gebruikt het beeld van de vestiging van het beperkte recht als overdracht van bevoegdheden uit het hoofdrecht – zoals hierboven aan de orde is gekomen – als hulpmiddel om de regels van levering van goederen van overeenkomstige toepassing te (kunnen) verklaren op de vestiging van een beperkt recht op die goederen, om ook bij de *vestiging* van een beperkt recht de eis van overdraagbaarheid te (kunnen) stellen en om de prioriteitsregel van een rechtvaardiging te voorzien. Daar is niets mis mee; de vraag is echter of Meijers echt van mening was dat de vestiging van een beperkt recht de overdracht van een deel van het hoofdrecht inhield of dat hij slechts bij dit beeld aansloot en er gebruik van maakte als hulpmiddel van wetstechniek zonder dit per se als een waarheidsgetrouwe weergave van de situatie te bestempelen. Het is maar de vraag of hij überhaupt wel in die dogmatische vraag heeft willen treden. Uit de parlementaire geschiedenis op het hier besproken punt komt een sterk vermoeden naar voren dat hij dit bij zijn ontwerp van een nieuwe BW-tekst juist *niet* wilde doen.¹⁵²

Later in de parlementaire geschiedenis is overigens nog duidelijk rekenschap gegeven van het feit dat het beperkte recht geen daadwerkelijke *overdracht* van een deel van de eigendomsbevoegdheden behelsde. Dit gebeurde in een reactie op door enkele leden van de Tweede Kamer geuite kritiek op de definitie van (het latere) artikel 3:8 BW. Deze kritiek hield het volgende in:

“De definitie van artikel 7 [=3:8 BW] is verre van onberispelijk. De term ‘afgeleid’ doet denken aan een derivatieve rechtsverkrijging, terwijl toch ook van originele rechtsverkrijging sprake kan zijn, namelijk wanneer het beperkte recht door verkrijgende verjaring ontstaat. Bovendien is de aanduiding ‘meer omvattend’ overbodig. Uit het verband van de tekst blijkt immers, dat er bevoegdheden overblijven nadat het beperkte recht uit het andere is afgeleid. De hierbedoelde leden gaven ter ondervanging van deze bezwaren de voorkeur aan deze tekst: ‘Een beperkt recht is een recht, dat is losgemaakt uit een ander recht, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard’.”¹⁵³

Hoewel de kritiek van de leden en de door hen geopperde oplossing mij niet kraakhelder voorkomen, is de reactie van de minister op de kritiek dit wel:

152 Meijers stond ook bekend om zijn afkeer van een hoog dogmatisch gehalte van begripsvorming in het recht en stond een doelmatigheid van begrippen voor een bevattelijke weergave van de inhoud der rechtsregels voor. Zijn dissertatie (*Dogmatische rechtswetenschap*) en zijn in noot 135 genoemde *Algemene begrippen* mogen hiervan de belangrijkste getuigen zijn. Zie R. Feenstra, ‘Meijers, Eduard Maurits (1880-1954)’, in Biografisch Woordenboek van Nederland (te raadplegen via de website van het Instituut voor Nederlandse Geschiedenis: www.historici.nl) en Langemeijer in *RM* 1950, p. 132-148.

153 V.V. II (1958) bij artt. 3:7 en 3:8 BW, PG Boek 3 BW, p. 92.

“De ondergetekende kan deze bezwaren niet delen. De omschrijving ‘afgeleid uit een meer omvattend recht’ geeft een juist inzicht in de betekenis van de terminologie dat het (hoofd)recht met het beperkte recht ‘bezwaard’ is. Het ontstaan van een beperkt recht – door vestiging of op andere wijze – heeft immers tot gevolg dat aan de beperkt gerechtigde een aantal van de bevoegdheden toekomen, die aanvankelijk *uitsluitend* tot het recht van de hoofdgerechtigde behoorden, of althans dat de hoofdgerechtigde ten behoeve van de beperkt gerechtigde in *de uitoefening van een aantal van deze bevoegdheden wordt beperkt*. Worden de betreffende bevoegdheden weer onbeperkt in de hand van de hoofdgerechtigde verenigd b.v. doordat van het beperkte recht afstand wordt gedaan, dan *herwint* het hoofdrecht weer zijn *oorspronkelijke, onbezwaarde vorm*. Naar het oordeel van de ondergetekende wordt de term ‘afgeleid’ hier niet gebezigd in een betekenis die uitsluitend doet denken aan derivatieve rechtsverkrijging. Ook wanneer het beperkte recht ontstaat door verjaring is het in de zin van dit artikel uit het oorspronkelijke recht afgeleid. Wat de door de Commissie geopperde term ‘*losgemaakt*’ betreft, deze term *duidt naar de mening van de ondergetekende te veel in de richting van een materiële afscheidingshandeling*. Het beperkte recht zal echter in de regel ontstaan door een rechtshandeling (vestiging). Ontstaat het b.v. door verjaring, dan is daartoe wel vereist dat de beperkt gerechtigde gedurende een zekere tijd bezitter van het beperkte recht is geweest, maar *ook dan is* op het tijdstip dat het beperkte recht ontstaat – dat van het intreden van de verjaring – *van enige ‘losmaking’* in boven vermelde zin *geen sprake*.¹⁵⁴ (cursiveringen toegevoegd)

Volgens de minister duidt de term ‘afgeleid’ dus geenszins op een ‘afsplitsingsmodel’. Integendeel zelfs, hij acht het een juiste term om aan te duiden dat het hoofdrecht door het beperkte recht *bezwaard* is. Kortom: hij ziet in de definitie van artikel 3:8 BW geen tegenstrijdigheden, maar meent dat alle elementen uit die definitie daarentegen duiden op de voorstellingswijze die het beperkte recht ziet als een bezwaring van het hoofdrecht en niet overeenstemt met de afsplitsingsmetafoor. Hij omschrijft het gevolg van het ontstaan van een beperkt recht dan ook zó dat daardoor aan de beperkt gerechtigde bepaalde bevoegdheden toekomen die nu niet meer *uitsluitend* tot het hoofdrecht behoren, maar *óók* tot het beperkte recht. Althans – zo stelt hij – wordt in ieder geval de uitoefening door de hoofdgerechtigde van een aantal bevoegdheden die tot het hoofdrecht behoren door het ontstaan van het beperkte recht *beperkt*. In beide gevallen blijven de bevoegdheden – anders dan in het afsplitsingsmodel – dus *óók* behoren tot het hoofdrecht. Ten slotte wijst de minister met zoveel woorden de afsplitsingstheorie van de hand door te stellen dat de term ‘losmaking’ niet op zijn plaats is, nu die te veel in de richting van een materiële afscheidingshandeling neigt, en van enige ‘losmaking’ in deze zin geen sprake is, niet bij de vestiging en ook niet bij het ontstaan van een

154 MvA II (1971) bij de artt. 3:7 en 3:8 BW, PG Boek 3, p. 92-93. Dit stuk werd voorbereid onder leiding van G.E. Langemeijer, regeringscommissaris voor Boek 3, wiens taak eind 1971 officieel door W. Snijders (die hem al sinds 1965 bijstond) werd overgenomen.

beperkt recht door verjaring. Veel duidelijker dan hier verwoord kan men zich het niet wensen.

Nog later in de parlementaire geschiedenis, in het eindverslag van de Eerste Kamer, gaat regeringscommissaris W. Snijders in op de goederenrechtelijke constructie van het voorbehoud van een beperkt recht bij de overdracht van een goed.¹⁵⁵

“In het Nieuw B.W. geldt op dit punt het volgende. In een geval als het onderhavige kan wel overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht plaatsvinden, maar slechts indien zowel aan de eisen voor de levering van het goed als aan die voor de vestiging van het beperkte recht is voldaan. Een beperkt recht kan immers niet dan op de in de wet geregelde wijzen tot stand komen, waarvan hier slechts vestiging overeenkomstig artikel 3.4.2.11 [=3:98 BW] in aanmerking komt; (...)”¹⁵⁶

Snijders verwijst aansluitend naar de door het driemanschap geschreven Toelichting Meijers op Boek 5 BW waarin wordt medegedeeld dat het

“niet nodig [is] geoordeeld om naast de vestiging van beperkte zakelijke rechten ook het ontstaan daarvan door voorbehoud bij overdracht van eigendom te regelen. Immers, indien b.v. een verkoper zich in de akte een recht van erfdienstbaarheid op het verkochte perceel voorbehoudt, betekent dit dat bij inschrijving van die akte tegelijkertijd de eigendomsoverdracht aan de koper en de vestiging *door de koper* van een erfdienstbaarheid op de gekochte zaak plaats vindt.”¹⁵⁷ (cursivering toegevoegd)

In deze passages wordt tot uitdrukking gebracht dat een beperkt recht slechts op de in de wet geregelde wijzen tot stand kan komen. Men kan hierbij denken aan totstandkoming door verjaring, eventueel door substitutie, maar bij het voorbehoud van een beperkt recht komt slechts in aanmerking een totstandkoming door *vestiging*. De voorbehouds-constructie is dus geen aparte ontstaanswijze van een beperkt recht, maar slechts een bijzondere vorm van de vestiging van een beperkt recht, te weten de verlening aan *een ander* van een recht op een goed door de eigenaar van dat goed. Hiermee in overeenstemming, maar niettemin zeer opvallend is dat in het tweede citaat vermeld wordt dat een vestiging door voorbehoud leidt tot een gelijktijdige eigendomsoverdracht aan de koper en vestiging van het beperkte recht *door de koper*. Indien het voorbehouden beperkte recht immers door de koper wordt gevestigd, kan het niet door de verkoper van de (volle) eigendom worden afgesplitst op het moment dat hij de eigendom aan de verkoper overdraagt. Er is dan geen

155 Hij doet dit aan de hand van een hem gestelde vraag over HR 7 feb. 1979, NJ 1979, 551 m.n. WMK.

156 Eindverslag I (1979) bij 3:98 BW, PG Boek 3, p. 407.

157 TM bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p. 4 onder punt 7.

sprake van de overdracht van *bloot* eigendom. Wil de koper immers het beperkte recht kunnen vestigen, en dus over het goed kunnen beschikken, dan zal hij daarvoor (al is het een ondeelbaar moment in de tijd¹⁵⁸) de (volle) eigendom van het goed in handen moeten hebben. Deze zienswijze verdraagt zich bovendien niet met de afsplitsingsgedachte, die daarmee ook aan dit deel van de parlementaire geschiedenis *niet* ten grondslag lijkt te hebben gelegen.

Bij het voorbehoud van een beperkt recht bij de overdracht van een goed moeten dus zowel de eisen voor de overdracht van het goed als die voor de vestiging van het beperkte recht in acht worden genomen.¹⁵⁹ Hiervoor vermeldt Snijders aansluitend nog een tweede redengeving:

“Dat mede aan de eisen voor de vestiging van het beperkte recht moet zijn voldaan, uit zich hier immers uiteindelijk hierin dat de overdracht met voorbehoud van een beperkt recht tot twee onderscheiden inschrijvingen in de openbare registers leidt. Een ander stelsel zou de overzichtelijkheid en daarmee de bruikbaarheid van de registers voor het publiek in gevaar brengen.”

Dan echter vervolgt hij zijn betoog over de constructie van het voorbehoud van een beperkt recht, en neemt het geheel een andere wending:

“Dit stelsel, (...), houdt niet in dat de verkrijger van de blote eigendom van een zaak geacht moet worden eerst de volle eigendom te hebben verkregen en daarna een vruchtgebruik te hebben gevestigd. Het komt er in tegendeel op neer dat de overdracht onder voorbehoud van het vruchtgebruik, het rechtsgevolg heeft van een overdracht van de blote eigendom, maar geschiedt in de vorm van levering van de zaak met gelijktijdige vestiging van vruchtgebruik.”

Volgens Snijders moet voor de beoordeling van de eis van beschikkingsbevoegdheid dan ook gekeken worden naar de beschikkingsbevoegdheid van degene die de zaak onder voorbehoud van het vruchtgebruik overdraagt. Hij vervolgt:

“De vestiging is slechts nodig om het vruchtgebruik als afzonderlijk recht van de volle eigendom af te splitsen, zodat het in het vermogen van de vervreemder kan

158 Zie hiervoor ook de gedachte van de ‘samenvallende rechtsmomenten’ van Eggens, genoemd in hfdst. 3 par. 3.1.2.2 noot 17.

159 Een aanvulling met deze strekking is naar aanleiding van deze opmerkingen van W. Snijders later ook in de tekst van de wet (art. 3:81 lid 1 BW tweede zin) opgenomen, zie M.v.T. Inv. (1982) bij art. 3:81 BW, PG Inv. Boek 3 BW, p. 1195-1196. Ook de Kadasterwet is hierop aangepast in die zin dat hierin is vermeld (art. 24 lid 4 tweede zin Kad.w.) dat bij overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht in beginsel voor de overdracht en de vestiging één akte ter inschrijving mag worden aangeboden, maar voor dat geval wordt verlangd dat in de akte van overdracht de vestiging van het beperkte recht afzonderlijk en duidelijk wordt vermeld, bij gebreke waarvan de inschrijving van het stuk geacht wordt niet mede het beperkte recht of het beding van voorbehoud te betreffen. In dat laatste geval vindt dan dus een overdracht van een *onbezwaarde* hoofdrecht plaats.

blijven; zie voor de term ‘afsplitsing’ de toelichting van Meijers bij artikel 3.1.1.7 [=3:8 BW], blz. 167. Het is niet de bedoeling dat het vruchtgebruik – anders dan partijen beogen – het vermogen van de verkrijger passeert. Heeft de verkrijger wellicht niet de vrije beschikkingsmacht over zijn goederen, dan behoeft dit dus aan de totstandkoming van het voorbehouden vruchtgebruik niet in de weg te staan. Dit alles laat zich aldus samenvatten dat ten opzichte van de twee (...) tegenover elkaar gestelde oplossingen [bedoeld wordt hier dus: voorbehoud van een beperkt recht als een daadwerkelijke overdracht van bloot eigendom of als een overdracht van volle eigendom gevolgd door vestiging van een beperkt recht door de verkrijger, *AFM*] – die beide op een onnodige dogmatische benadering berusten – in het Nieuw B.W. wordt uitgegaan van een tussenstelsel dat de voordelen van beide oplossingen in zich verenigt zonder de nadelen over te nemen.”¹⁶⁰

Snijders wekt in *deze* passages aanvankelijk dan toch weer de indruk de constructie van de overdracht van bloot eigendom en tevens uitdrukkelijk de afsplitsingsgedachte te omarmen, doch hij laat hierop direct volgen dat het huidige BW *geen van beide* tegenover elkaar gestelde constructies van het voorbehoud van een beperkt recht bij de overdracht van een goed volledig volgt. Er is, integendeel, juist naar gestreefd enkele gewenste gevolgen van de beide constructies over te nemen zonder tevens enkele nadelige consequenties ervan binnen te halen. Het systeem van het huidige BW houdt volgens Snijders dan ook met zoveel woorden het midden tussen de twee opvattingen van de overdracht van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht. Bij de overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht moet de verkrijger *niet geacht worden* eerst de volle eigendom te hebben verkregen en daarna een beperkt recht te hebben gevestigd; immers, de overdracht heeft het *rechtsgevolg* – aldus Snijders – van een overdracht van bloot eigendom, maar geschiedt *in de vorm van* levering van de zaak met gelijktijdige vestiging van vruchtgebruik. Waarmee – zo kan men aanvullen – óók niet gezegd is dat het hier een *daadwerkelijke* overdracht van bloot eigendom *is*, en zelfs niet dat het in werkelijkheid niet om de overdracht van volle eigendom gevolgd door vestiging van een beperkt recht door de verkrijger zou kunnen gaan.¹⁶¹

Men zou kunnen zeggen dat het systeem van het huidige BW de merites van de voorstelling van het beperkte recht als een belasting of bezwaring van de eigendom en de hierbij passende Pandektistengedachte van de *Neuconstituirung* niet (geheel) uit het oog verliest, maar hieraan in ieder geval (enkele van) de gewenste gevolgen van de afsplitsingsmetafoor en de hiermee sterk verband houdende overdracht van bloot eigendom wenst te verbinden. Men kan hierbij denken aan het – ook door Snijders als achtergrond genoemde – verhinderen dat het beperkte recht het vermogen van de verkrijger passeert – of eigenlijk: de onbezwaarde eigendom op enig moment tot het vermogen van de verkrijger behoort – teneinde de invloed van een gebrek in beschik-

¹⁶⁰ Nog immer de in noot 156 vermelde vindplaats, p. 407-408.

¹⁶¹ Deze conclusies worden ook gemeden in (H.J.) Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 471.

kingsbevoegdheid aan de kant van de verkrijger van de bezwaarde eigendom te ontgaan. Men kan ook denken aan verschillende fiscale consequenties, zoals het voorkomen van een dubbele heffing van overdrachtsbelasting als het gaat om een onroerende zaak. Het verbinden van de gewenste rechtsgevolgen aan een bestaande juridische constructie, en dus ook het afwijken van de rechtsgevolgen die er normaliter aan verbonden zijn, is mijns inziens geenszins verwerpelijk en bovendien het voorrecht van de wetgever. In de parlementaire geschiedenis in zijn totaliteit bekeken is de precieze opvatting van deze constructie echter wel dusdanig meerduidig dat eenieder er iets van zijn gading in kan vinden. In het langdurige wetgevingsproces dat uiteindelijk tot het huidige BW heeft geleid, een proces waar bovendien vele verschillende personen in mindere of meerdere mate bij betrokken zijn geweest, is het echter waarschijnlijk onvermijdelijk dat enige meerduidigheid resteert. Eigenlijk brengt pas het laatste citaat van Snijders ons tot de – mijns inziens terechte – conclusie dat de wetgever geen keuze heeft gemaakt voor de een of andere opvatting. Wellicht zou het de voorkeur hebben gehad als dit in het geheel van wetgeving en toelichting iets duidelijker tot uitdrukking zou zijn gekomen. Men zou zelfs – afhankelijk van het feit welke gevolgen men precies wel en niet gewenst acht – kunnen denken aan een aanvulling van artikel 3:81 lid 1 in de volgende zin:

1. Hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, kan binnen de grenzen van dat recht de in de wet genoemde beperkte rechten vestigen. Hij kan ook zijn recht onder voorbehoud van een zodanig beperkt recht overdragen, mits hij de voorschriften zowel voor overdracht van een zodanig goed, als voor vestiging van een zodanig beperkt recht in acht neemt. *Deze overdracht heeft echter de rechtsgevolgen van de overdracht van een met het beperkte recht bezwaard recht.*

Of, iets specifieker: *Bij de bepaling van de rechtsgevolgen van de overdracht van het recht onder voorbehoud van een beperkt recht moet er echter vanuit gegaan worden dat het onbezwaarde recht niet op enig moment tot het vermogen van de verkrijger behoort.*

Snijders kiest dus met zoveel woorden *niet* voor een van beide opvattingen van de constructie van het voorbehoud van een beperkt recht, en maakt daarmee óók geen keuze voor een bepaalde opvatting van het beperkte recht zelf. Sterker nog, hij acht deze benaderingen “onnodig dogmatisch”, en in het licht van het wetgevingsproces (van dat moment) lijkt me dat ook een verdedigbare stelling. Hij kiest in het kader van het wetgevingsproces dan ook voor een hele *pragmatische* insteek, die met name beoogt te vermijden dat een gebrek in beschikkingsbevoegdheid van de verkrijger in de constructie van het voorbehoud van een beperkt recht in de weg staat aan de totstandkoming van het voor te behouden beperkte recht. In het *resultaat* van deze pragmatische insteek kan ik me overigens heel goed vinden. Het gaat mij er hier om, dat dit resultaat niet gebaseerd kan worden op de constructie van het voorbehoud van een beperkt recht, niet zoals ik die constructie voorsta en ook niet zoals die constructie uit een bepaalde keuze van de wetgever zou blijken.

Een dergelijke pragmatische insteek als de wetgever hier hanteert om tot een gewenst resultaat te komen, wordt ook gebruikt in het later gewezen Potharst/Serrée-arrest van de Hoge Raad.^{162 163} Daar lijkt die insteek echter – zonder veel nadere toelichting – wel degelijk gebaseerd te zijn op de daadwerkelijke overdracht van bloot eigendom bij het voorbehoud van een beperkt recht. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest – enigszins vereenvoudigd weergegeven – dat het pandrecht van degene die zich dat bij de overdracht van een voorraad meubels op die meubels tot zekerheid van de voldoening van de tegenprestatie had voorbehouden, vóórgaat aan het pandrecht dat reeds bij voorbaat was gevestigd op (onder meer) deze meubels. De Hoge Raad vermeldt hierover in r.o. 3.6.4 dat

“ingeval van eigendomsovergang onder voorbehoud van pandrecht, (...) een recht [wordt] verkregen dat van meet af aan met het pandrecht is belast. Dat pandrecht is immers bij de oorspronkelijk rechthebbende blijven berusten zodat de verkrijger geen pandrecht heeft kunnen vestigen dat als eerder gevestigd zou moeten worden aangemerkt.”

Ook de Hoge Raad voorkomt hier dus het negatieve gevolg van de opvatting van het voorbehoud van een beperkt recht als de overdracht van volle eigendom gevolgd door vestiging van een beperkt recht door de verkrijger, namelijk dat het voorbehouden pandrecht het vermogen van de verkrijger van de meubels passeert, door aan de overdracht onder voorbehoud het rechtsgevolg van een overdracht van bloot eigendom toe te kennen. In zijn formulering wordt het onderscheid tussen het slechts toekennen van het *rechtsgevolg* van een overdracht van bloot eigendom en de opvatting van het voorbehoud van een beperkt recht als de *daadwerkelijke* overdracht van bloot eigendom echter niet (of in ieder geval niet erg duidelijk) gemaakt. Uit dit arrest moet dan ook hoogstwaarschijnlijk worden opgemaakt dat de Hoge Raad het beperkte recht als een van de eigendom afgesplitst recht construeert.¹⁶⁴ In dit arrest kan

¹⁶² HR 4 december 1998, *NJ* 1999, 549.

¹⁶³ In een latere uitspraak van de Rb. Zutphen (15 augustus 2007, *LJN* BB 5746, *RN* 2007, 118) wordt overigens – kennelijk op basis van een andere opvatting van het beperkte recht dan die waarvan de HR in Potharst/Serrée uitgaat – geoordeeld dat (in casu) het recht van vruchtgebruik op een landgoed geen goed van de gemeenschap is van een nalatenschap waarvan de (volle) eigendom van dat landgoed wel deel uitmaakt. Toedeling ervan in de vorm van een verdeling is dan ook niet mogelijk. De literatuur is over deze kwestie zeer verdeeld (vgl. bv. Huijgen 2008 en Maasland 2010 en de literatuur waarnaar deze artikelen verwijzen).

¹⁶⁴ Zie bv. Steneker, *WPNR* 6766 (2008), p. 645-646 – die zich bij deze opvatting aansluit – en Jansen, *GROM* XXV (2008), p. 77-78 – die dat niet doet. Uit laatstgenoemde publicatie (p. 85-86) blijkt voorts dat óók het Romeinse recht – dat ten aanzien van deze kwestie wel degelijk uitging van de overdracht van volle eigendom gevolgd door vestiging van een beperkt recht door de verkrijger (zie hfdst. 2 par. 2.2.2) – voor deze situatie een pragmatische oplossing kende. De keizers Diocletianus en Justinianus vaardigden nl. een constitutie uit waardoor aan het voorbehouden pandrecht van degene die de aanschaf van het goed

ik mij op dit punt – zo zal de lezer begrijpen – slecht vinden, en ik meen ook dat de in deze paragraaf besproken wet en de parlementaire geschiedenis niet tot een dergelijke opvatting nopen.

Zoals gezegd acht ik het geraden een dogmatisch juiste en heldere voorstelingswijze aan de ene kant en de gewenstheid van de hieruit volgende rechtsgevolgen aan de andere kant uit elkaar te houden, en (ook) los van elkaar te beoordelen.¹⁶⁵ Ik ben het echter óók met Struycken eens dat er een zelfstandig belang is gelegen in conceptuele helderheid en dat het vooral de verantwoording van de doctrine is, en niet zozeer van de wetgever, om de dogmatische grondslagen van de wet tot uitdrukking te brengen.¹⁶⁶ Het etiket van de “onnodige dogmatische benadering”, zoals door Snijders op de vraagstelling naar de precieze constructie van het voorbehoud van een beperkt recht geplakt, is dus wellicht van toepassing in het kader van de wetgeving (van dat moment), maar niet in het kader van een goed begrip van het beperkte recht in het algemeen. Het feit dat over de precieze constructie van (het voorbehoud van) een beperkt recht altijd verwarring, discussie en verschil van mening is blijven bestaan moge hiervoor het overtuigende bewijs vormen.^{167,168}

Op basis van de hiervoor gegeven analyse van de parlementaire geschiedenis kan ik me met name aansluiten bij Struyckens constatering dat deze parlementaire geschiedenis wat betreft de vraag welk dogmatisch model ten grondslag ligt aan de vestiging van beperkte rechten niet eenduidig is en dat (onder meer) de hierboven uit de Memorie van Antwoord geciteerde passage tot gevolg heeft dat niet met stelligheid kan worden gezegd dat de wetgever bewust en uitdrukkelijk heeft gekozen voor het afsplitsingsmodel, hoewel enkele belangrijke passages uit de parlementaire geschiedenis wel degelijk ‘in die sleutel’ zijn gezet.¹⁶⁹ Ik kan mij echter zeker *niet* vinden in zijn opvatting dat aan het huidige BW het afsplitsingsmodel toch wel degelijk ten grondslag ligt, in die

financiert altijd voorrang toekomt, dus óók wanneer zijn recht op hetzelfde moment ontstaat als een bij voorbaat gevestigd pandrecht. Een dergelijke regeling staat Jansen (p. 90-91) ook voor het Nederlandse recht voor, en daar sluit ik mij graag bij aan. Men zou dit echter ook voor elk voorbehouden beperkte recht laten gelden, en dat is nu precies wat artikel 3:81 lid 1 BW blijkens de parlementaire geschiedenis (het hiervoor geciteerde Eindverslag I (1979) bij 3:98 BW, PG Boek 3, p. 407-408) beoogt te doen.

165 Vgl. ook punt 4 van de noot van W. M. Kleijn onder het in noot 155 genoemde arrest: “De oplossing van de daar [bedoeld wordt: in de overdrachts- en inkomstenbelasting, AFM] rijzende problemen horen m.i. niet van een dogmatisch civielrechtelijke standpuntbepaling af te hangen, maar van de doelstellingen en de inhoudelijke criteria van de belastingheffing zelf.”

166 Struycken, diss. 2007, p. 366.

167 Zie hiervoor voor zowel oud als nieuw BW bijv. Pleysier, *WPNR 5509/5510* (1980), p. 181-183 en p. 197-200 en de noot van W.M. Kleijn onder het in noot 155 genoemde arrest.

168 Dit goede begrip is, naast het zelfstandige belang van begrip, ook van waarde voor de rechtspraktijk. Zie hierover in algemene zin nader noot 20 van het inleidende hfdst. 1.

169 Struycken, diss. 2007, p. 364 en 365.

zin dat de vestiging van een beperkt recht daadwerkelijk moet worden beschouwd als de afsplitsing en de overdracht van een deel van de bevoegdheden van de gerechtigde die zijn recht met een beperkt recht bezwaart.¹⁷⁰

6.2 HET SYSTEEM VAN HET VERMOGENSRECHT EN DE STRUCTUUR VAN HET GOEDERENRECHT: EEN EIGEN HYPOTHESE

6.2.1 Meer fundamentele kritiek

In de vorige paragraaf is gebleken dat de creatie van een derde laag in het vermogensrecht, de laag van het toebehoren, overbodig is en geen werkelijke functie vervult. Ook is duidelijk geworden dat het eigendomsrecht niet geïnclassificeerd mag worden als een 'vermogensrecht' in de zin van artikel 3:1 BW ("*Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten*"), nu dit recht reeds is begrepen onder de andere in dit artikel genoemde categorie: die van de *zaken*.

Deze constatering hebben gevolgen voor het systeem van het vermogensrecht. Om te kunnen bepalen wat de precieze structuur van het goederenrecht is – en daarmee de plaats van het beperkte recht in het systeem – is het dan ook van belang de begrippen eigendom en zaak aan een nadere beschouwing te onderwerpen. Waar komt de vereenzelviging van eigendom en zaak vandaan? Waarom is het zo'n gangbare, hardnekkige en vanzelfsprekende gedachte? Welk gevolg moeten we er in ons systeem aan verbinden?

De beantwoording van deze vragen leidt mij tot een meer fundamentele kritiek op de uit de hierboven besproken proefschriften volgende visies op het systeem van het vermogensrecht en de structuur van het goederenrecht. De ideeën die mij tot deze kritiek hebben gebracht, zullen hieronder worden uiteengezet.

6.2.1.1 Eigendom en zaak

Mijn begrip van het structuur van het goederenrecht berust op de gedachtegang dat het onderscheid tussen eigendom en zaak uiterst kunstmatig is, en slechts wordt gemaakt om bepaalde doelen te dienen. Eigendom en zaak zijn echter in werkelijkheid juist onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, zó onlosmakelijk zelfs dat er in feite geen echt onderscheid tussen de twee bestaat. Eerder zijn het twee kanten van één en hetzelfde begrip, twee zijden van één

170 Idem, p. 363. Ten overvloede vindt men voor mijn standpunt in deze nog grond in de parlementaire geschiedernis waar de consequenties die uit de aanvaarding van het afsplitsingsmodel zouden voortvloeien, uitdrukkelijk van de hand worden gewezen (MvA II (1972) bij art. 5:71 BW, PG Boek 5, p. 257-258). Dit onderwerp zal uitgebreider aan de orde komen in Deel III van deze dissertatie.

en dezelfde medaille: de twee-eenheid eigendom-zaak.¹⁷¹ Het tegenwoordig veel gemaakte fundamentele onderscheid tussen eigendom en zaak – het eigendomsrecht als een separaat recht dat *op de zaak* rust – is een kunstmatig onderscheid, en is in feite slechts nuttig, doch niet *noodzakelijk*, om bepaalde juridische situaties beter te kunnen omschrijven en begrijpen. Strikt genomen, in normale situaties, is het maken van dit onderscheid dan ook niet noodzakelijk, sterker nog: het onderscheid bestaat in werkelijkheid helemaal niet.¹⁷² Steeds gaat het om hetzelfde begrip, een begrip dat echter zowel een feitelijke, stoffelijke kant (*de zaak*) als een juridische kant (*de eigendom*) heeft.

Met deze opvatting sluit ik me met name aan bij W. Snijders, die zich in een kritische boekbespreking van het proefschrift van De Jong in navolgende zin uitliet over de vereenzelviging van eigendom en zaak:

“De moeilijkheid met zaken is dat zij zowel een stoffelijk aspect, het stoffelijk object, als een juridische aspect, de eigendom, hebben, die bovendien sterk met elkaar verweven zijn. De uitoefening van het eigendomsrecht en het gebruik van de zaak lopen immers voortdurend door elkaar heen. (...) Wat overheerst hangt af van het geval waarom het gaat. Het zijn m.i. pragmatische overwegingen van deze aard die Meijers ertoe gebracht hebben op grond van de vereenzelvigingsgedachte zaak en eigendom samen onder het begrip zaak te brengen. Stoffelijk voorwerp en eigendom zijn derhalve niet te scheiden, maar wel te onderscheiden als twee zijden van hetzelfde verschijnsel.”¹⁷³

En:

“(...) eigendom moet worden gezien als een aspect van het begrip zaak.”¹⁷⁴

171 Zie voor het gebruik van de term ‘twee-eenheid’ – zonder van dit begrip overigens voorstander te zijn – De Jong, diss. 2006, nr. 184.

172 Zoals De Jong (diss. 2006, nr. 21-22) vermeldt, bestond er in het Romeinse recht geen eigendomsbegrip dat gemakkelijk los kon worden gezien van de lichamelijke zaak, maar stond voor de Romeinse jurist de zaak als stoffelijk object en alles wat daar zoal mee kon gebeuren centraal. Hij schrijft – terecht – zelfs: “De vereenzelviging van eigendom en zaak was dermate sterk, dat het de Romeinse jurist misschien niet eens mogelijk zou zijn geweest om tot een expliciete uitwerking van het onderscheid in de huidige abstracte juridische begrippen te komen.” Een echte technische term voor het eigendomsbegrip hadden de Romeinen dan oorspronkelijk ook niet, die ontstond pas later (*dominium*, en ook wel *proprietas*, dat meestal gebruikt werd in de zin van bloot eigendom, ook wel *nuda proprietas*). Ook hierover De Jong, a.w. nr. 21 noot 28 met verwijzing naar Kaser. Kennelijk kon men dus gemakkelijk lange tijd zonder een van de zaak losstaand eigendomsbegrip.

173 W. Snijders, *WPNR* 6689 (2006), p. 832.

174 Idem, p. 833. Zie in vergelijkbare, doch met recht ook in algemenere zin Struycken, diss. 2007, p. 118: “Een goederenrechtelijke verhouding en het object daarvan zijn dogmatisch wellicht te onderscheiden aspecten van een subjectief recht, maar niet los van elkaar te behandelen. De aard van het subjectieve recht wordt mede bepaald door de aard van zijn subject en de aard van zijn object: het subjectieve recht als samenstel van de drie elementen, namelijk subject, object en de rechtsrelatie daartussen, bestaat in het rechtsverkeer als een

De kern van dit begrip bestaat er nu naar mijn mening in dat de zaak een *vermogensbestanddeel* is, een feitelijk object in deze wereld dat tegelijkertijd onderdeel kan worden of zijn van iemands vermogen. Het kan dus iemand *toebehoren*. Is dat het geval, dan is de zaak eenvoudigweg *zijn* zaak. Hij *heeft* dan de zaak. Er ontstaat hier géén *nieuw recht* dat tot zijn vermogen is gaan behoren, *de zaak* is tot zijn vermogen gaan behoren. Dus niet een *eigendomsrecht* op de zaak is van hem geworden, maar de zaak zelf.¹⁷⁵ Men kan de eigendom van een zaak wel kwalificeren als een ‘recht van toebehoren’ van die zaak, maar ook dán blijft gelden dat het niet dit ‘recht van toebehoren’ is dat de persoon in kwestie is gaan toebehoren – de logica wijst ons reeds in deze richting – maar gewoonweg de zaak zelf. De zaak *is* zijn eigendom, zijn eigendom *is* de zaak: zie hier de ultieme gelijkschakeling van zaak en eigendom. In feite zijn het twee aanduidingen van één en hetzelfde; zij zijn, als gezegd, slechts twee kanten van hetzelfde begrip, twee kanten die zich op een gelijke hoogte bevinden.¹⁷⁶ Men heeft daarom een zaak, net zoals men een vorderingsrecht kan hebben. In het laatste geval is men schuldeiser, in het eerste geval eigenaar.¹⁷⁷

eenheid.” Ik zou zelf niet zover willen gaan dat ook het rechtssubject als onderdeel van deze eenheid moet worden gezien. Struycken gebruikt bovenstaande vaststelling overigens ook slechts teneinde het ‘open stelsel van rechtsobjecten’ van De Jong te bekritisieren. Nu er geen scherpe onderscheiding tussen recht en voorwerp van recht bestaat, doet het immers wat vreemd aan om, zoals De Jong doet, naast een *gesloten* stelsel van goederenrechtelijke rechten zonder meer een *open* stelsel van rechtsobjecten te hanteren.

175 Vgl. hier bijv. ook Diephuis VI (1886), p. 18: “eigendom is het regt, uit kracht waarvan *eene zaak aan iemand toebehoort, de zijne is*, of het regt, ‘welk iemand heeft op *de zaak die hem toebehoort*.” (cursiveringen toegevoegd)

176 Vgl. op dat punt wederom Diephuis VI (1886), p. 481, die, sprekende over de beperkte rechten – waarvan er enkele (zoals de rechten van gebruik en bewoning) niet vrij overdraagbaar zijn – opmerkt: “Voor het overige kunnen die regten, even als *ligchamelijke zaken of de eigendom daarvan*, op een ander overgaan, of aan een ander overgedragen worden.” (cursivering toegevoegd) Met deze woorden drukt hij, mogelijk onbewust, goed de tweeenheid eigendom en zaak uit zoals ik die voor ogen heb. Maar zie ook – uitdrukkelijker – Land II (1901), p. 12: “Bij lichamelijke zaken valt het begrip van: zaak (het eigendom) samen met dat van: eigendom dier zaak (de eigendom) (...)”, en p. 13: “Bij lichamelijke zaken is de zaak en haar eigendom hetzelfde.” Hij verklaart hiermee en passant de twee betekenissen die de Van Dale van ‘eigendom’ geeft, en die een ander lidwoord dragen: *de* eigendom (= *juridisch*) het recht op de heerschappij over een zaak, *de omstandigheid* dat een zaak iemand toebehoort (laatste cursivering toegevoegd)) en *het* eigendom (= de zaak die men zijn eigen mag noemen).

177 Dit is het beste, zo niet het enige woord dat ik kan bedenken om iemand aan wie een zaak toekomt, te omschrijven; een betere term is volgens mij niet voorhanden. De term ‘rechthebbende’ bijvoorbeeld, verwijst naar iemand die een *recht*, niet een zaak heeft. Ik bedien mij dus van de gebruikelijke term ‘eigenaar’, ondanks dat ook deze term wellicht aan een van de zaak losstaand eigendomsrecht doet denken. Dat is niet mijn bedoeling. Met het woord eigenaar bedoel ik slechts te zeggen: degene aan wie de zaak toebehoort, degene van wie die zaak is.

De constructie van een eigendomsrecht op een zaak, als een hiervan losstaand concept, is naar mijn idee slechts ontwikkeld om bepaalde gevallen wat *inzichtelijker* te maken, om deze beter te kunnen omschrijven. Om dit nu te kunnen doen hebben we de juridische kant van een zaak – het ‘hebben’ van een zaak, het behoren van een zaak tot iemands vermogen – een *aparte naam* gegeven: eigendom. Zo kunnen we gemakkelijker spreken over de bevoegdheden die iemand met betrekking tot een zaak heeft, als die zaak van hem is. Men spreekt dan van de bevoegdheden die het *eigendomsrecht* geeft, of inhoudt.¹⁷⁸ Het zou immers vreemd klinken om te spreken over de bevoegdheden die een *zaak* geeft of inhoudt, hoewel het feitelijk wel degelijk gaat om de bevoegdheden die iemand toekomen die een zaak heeft. Dit komt omdat we met de term ‘zaak’ vooral plegen te verwijzen naar het *stoffelijke* voorwerp. Bij *rechten* ligt dit heel anders: een recht is immers een volledig juridisch concept en behelst geen stoffelijk voorwerp waar we in deze wereld tegenaan kunnen lopen. Bij dit juridische concept recht hebben we geen apart begrip nodig om de *toebehorenrelatie* – in de woorden van Van der Steur – te leggen tussen rechtsobject en rechtssubject. Rechten zijn juridische constructies die als zodanig al een relatie van toebehoren leggen met hun rechtssubject: een recht bestaat immers – anders dan een zaak – helemaal niet zonder rechtssubject. We kunnen daarom – zonder verdere kunstgrepen – al gemakkelijk praten over de bevoegdheden die het recht *zelf* geeft, of inhoudt. We vinden het niet nodig een apart begrip te ontwikkelen en een aparte naam te gebruiken voor datgene waaruit deze bevoegdheden voortvloeien. De bevoegdheden die men heeft als men bijvoorbeeld een vorderingsrecht heeft, vloeien eenvoudigweg voort *uit dit recht zelf* en duiden we gewoon aan met diezelfde term ‘vorderingsrecht’. Over de bevoegdheden die men heeft als men een *zaak* heeft, zeggen we echter niet dat die voortvloeien uit de zaak zelf, en we duiden deze niet aan met de term ‘zaak’. We gebruiken de term ‘eigendom’ om de juridische kant van een zaak aan te duiden. Indien een zaak nu tot iemands vermogen gaat behoren, dan manifesteert zich plots deze juridische kant van de zaak, die bij een *res nullius* verborgen blijft, en gaan we spreken van een *op deze zaak rustend* eigendomsrecht. In feite is echter slechts een zaak die voorheen aan niemand toebehoorde, aan iemand gaan toebehoren. Nu is er natuurlijk niets op tegen om de juridische kant van de zaak – het ‘hebben’ van de zaak – een speciale naam te geven, om makkelijker over dat deel van het begrip te kunnen praten en het specifiekier aan te kunnen duiden. Waar mijns inziens echter wél wat op tegen is, is het verworden van deze juridische kant van een zaak tot een *van deze zaak losstaand* begrip. Een begrip dat daarmee op een *ander* niveau is komen te staan dan de zaak zelf: niet de zaak is dan nog het vermogensbestanddeel, maar het eigendomsrecht verwordt tot datgene

178 Men zou ook kunnen zeggen dat de term ‘eigendom’ dient om gemakkelijker te kunnen spreken over de *rechtsgevolgen* die worden verbonden aan het feit dat een zaak aan iemand toebehoort. Men spreekt in dat geval van de rechtsgevolgen van het *eigendomsrecht*.

dat onderdeel van ons vermogen is gaan uitmaken. Men gaat dan spreken over vermogens die geheel uit *rechten* bestaan – eigendomsrechten en andere vermogensrechten¹⁷⁹ – terwijl onze vermogens in feite bestaan uit *zaken* en *rechten*.

De situatie die misschien wel de grootste aanleiding is voor het maken van dit kunstmatige onderscheid tussen de zaak en het daarvan losstaand eigendomsrecht is de constructie waarmee wij een eigenaar willen beschermen in het geval hij zijn zaak verliest door bijvoorbeeld diefstal. Nu de eigenaar zijn zaak in dat geval *feitelijk* niet meer heeft, vinden we het kennelijk onvermijdelijk het nog altijd *juridisch* hebben van de zaak apart te benoemen als de eigendom. We zeggen dan dus dat de bestolene weliswaar zijn zaak feitelijk ('het bezit') aan de dief is kwijtgeraakt, maar dat hij zijn *eigendomsrecht* (het juridische concept, het recht) en de hieruit voortvloeiende bevoegdheden (hier met name de revindicatie) heeft behouden. Het bezitten van een zaak *zonder recht* leidt ons er dus toe het bezitten van een zaak *met recht* een aparte naam te geven. Zo kan men 'eigendom' en 'bezit' tegenover elkaar stellen.^{180,181} Met deze constructie beogen wij de zojuist genoemde eigenaar zonder zaak bescherming te bieden op basis van een hem toebehorend eigendomsrecht, door aan dit juridische eigendomsrecht bijvoorbeeld de actie tot revindicatie te verbinden. Een vergelijkbare situatie waarin eigendom en bezit van de zaak uiteen lopen, bestaat in het geval van verkrijgende verjaring: de zaak bevindt zich bij de nieuwe bezitter, de eigendom blijft – althans nog enige tijd – bij de vorige bezitter.¹⁸² Ook Hugo de Groot had scherp voor ogen dat dit de situaties zijn die de achtergrond en aanleiding vormden om naast de zaak van de 'eigendom' van die zaak te gaan spreken. In de definitie die Hugo de Groot van eigendom geeft, vindt men deze achtergrond dan ook duidelijk terug:

179 Struycken kan worden gerekend tot de aanhangers van deze – vrij gangbare – opvatting, ook al kiest hij er uiteindelijk wel voor om in zijn herformulering van artikel 3:1 BW de vereenzelviging van eigendomsrechten en zaken aan te houden (diss. 2007, p. 107). Volgens Struycken moet ook Van der Steur zo gelezen worden dat zij zich met haar systeem van het vermogensrecht op deze gedachte baseert, zie par. 6.1.3.2. (Van der Steur lijkt zichzelf hier ook toe te rekenen, zie diss. 2003, p. 48). Dan moet echter wel eerst de 'laag van toebehoren' uit haar systeem worden weggedacht.

180 Dit is overigens natuurlijk geen daadwerkelijke, zuivere tegenstelling: de eigendom van een zaak is immers doorgaans verbonden met het bezit ervan. Slechts in uitzonderingsgevalLEN is de eigenaar niet tevens bezitter van de zaak. Bij eigendom van een zaak kan die zaak overigens worden gekwalificeerd als een vermogensbestanddeel, waar er bij het enkele bezit van een zaak natuurlijk geen sprake is van enig vermogensbestanddeel van de bezitter.

181 Ook bij de ontwikkeling van het begrip 'eigendom van een onlichamelijke zaak' onder oud BW speelde de tegenstelling eigendom-bezit een belangrijke rol, vgl. Meijers, *WPNR* 2104 (1910), p. 205.

182 Ook bij (de overdracht van) een zaak waarvan de eigenaar slechts de *feitelijke macht* (houderschap) aan een ander heeft gegeven is een aanleiding om van een separaat eigendomsbegrip te gaan spreken: de zaak berust bij de houder, maar de eigenaar behoudt het eigendomsrecht op de zaak en kan hierover nog steeds beschikken.

“Eigendom is het toebehooren van een zaeck waer door iemand, schoon het bezit niet hebbende, ‘t zelve vermag rechtelick te bekomen.”¹⁸³

En:

“Daerom zeggen wy, dat den eigendom bestaet in dat recht om weder te bekomen het verloren bezit.”¹⁸⁴

Het eigendomsrecht dankt zijn bestaansrecht dus aan het recht om de zaak terug te eisen, ook al heeft men daarvan niet (meer) het bezit. Als de zaak in handen van de eigenaar zelf is, bestaat er geen reden om van eigendom te spreken. Sterker nog, streng toegepast gaan bovenstaande definities van Hugo de Groot zelfs zo ver dat we zouden kunnen concluderen dat als de eigenaar het bezit van zijn zaak *niet* is verloren, er strikt genomen ook geen eigendom bestaat.

6.2.1.2 Eigendom en onlichamelijke zaak ('eigendom van rechten')

Zoals bij zaken de juridische kant wordt aangeduid door de term 'eigendom' of 'eigendomsrecht', zo bestaat er ook bij rechten (vorderingsrechten, beperkte rechten) een dergelijke juridische kant, al heeft deze – in ieder geval in het huidige BW – geen aparte naam gekregen. Eigenlijk is een recht immers *één en al* juridische kant, nu de stoffelijke kant van rechten ontbreekt. Wel wordt er, zoals in paragraaf 6.1.2.2 reeds aan de orde is gekomen, soms een onderscheid gemaakt tussen de *gerechtigdheid tot* en de *gerechtigdheid uit* een recht. Met de *gerechtigdheid uit* een recht wordt de inhoud van het recht zelf bedoeld, de bevoegdheden die uit het recht voortvloeien, de bevoegdheden dus die het recht aan de gerechtigde verschafft. Bij een vorderingsrecht bijvoorbeeld zijn dit de (verbintenisrechtelijke) bevoegdheden om de specifieke prestatie te vorderen waartoe de schuldenaar gehouden is. Met de *gerechtigdheid tot* wordt de hierboven liggende (goederenrechtelijke) verhouding aangeduid tussen het recht en zijn rechtssubject, de verhouding die het rechtssubject (doorgaans) de bevoegdheid geeft om over het recht te *beschikken* en zich te verzetten tegen inmenging van derden in zijn verhouding tot de schuldenaar. De *gerechtigdheid tot* ziet op het 'toebehoren' van het recht.

Bij zaken liggen deze *gerechtigdheid tot* (waarin begrepen de beschikkingsbevoegdheid) en de *gerechtigdheid uit* (exclusieve bevoegdheden van gebruik, vruchttrekking etc.) besloten in een en hetzelfde begrip: de eigendom van de zaak. Verwarrend en onzinnig wordt het om – met Van der Steur – de *gerechtigdheid tot* óók op het niveau van de eigendom zelf toe te passen: dit leidt immers tot het drielagige systeem van het toebehoren van een eigendomsrecht

183 Hugo de Groot, *Inleidinge*, II, 3, 1.

184 Idem, II, 3, 4.

óp een zaak, terwijl het in wezen om het toebehoren van de zaak zelf gaat. Ook bij rechten vallen *gerechtigdheid tot* en *gerechtigdheid uit* samen in één begrip, echter hier is dat eenvoudigweg het recht zelf en hebben we hiervoor geen speciale juridische constructie nodig. Wie schuldeiser is, heeft *op basis van zijn vorderingsrecht zelf* zowel de bevoegdheid om over zijn recht te beschikken als de bevoegdheid om de prestatie van zijn schuldenaar te vorderen. Bij het toebehoren van zaken hebben we naast de zaken zelf een ander begrip gesteld (eigendom) waarin we alle bevoegdheden hebben gestopt die toekomen aan de eigenaar van een zaak. Bij het toebehoren van rechten echter, zitten deze bevoegdheden gewoon in het recht zelf en hebben we geen separaat begrip hiervoor nodig. Als gezegd vormt de reden voor dit onderscheid het stoffelijke karakter van de zaak, dat deze in onze ogen minder geschikt maakt om de bevoegdheden uit deze zaak zelf te laten voortvloeien. Het juridische karakter van het *recht* staat hieraan echter geenszins in de weg.

Toch bestond er onder oud BW ook voor de *rechten* een speciale juridische constructie, met een aparte benaming, om de *gerechtigdheid tot* (het 'toebehoren' van) een recht in te vangen. Men sloot daarbij evenwel naadloos aan bij de juridische constructie die voor (lichamelijke) zaken reeds bestond: de eigendom. Men sprak naar analogie van de eigendom van (lichamelijke) zaken, óók van de *eigendom van onlichamelijke zaken*, de eigendom van rechten dus. De onlichamelijke zaken werden daarmee, net als de lichamelijke zaken, *voorwerp* van een eigendomsrecht.¹⁸⁵ Ook de onlichamelijke zaken kwamen zo op een ander, lager niveau in het vermogensrechtelijke systeem terecht: net als de lichamelijke zaken waren niet langer *zij* de vermogensbestanddelen, maar de erboven geplaatste *eigendomsrechten*. Dit leidde er toe dat men kon spreken over vermogens die niet alleen geheel uit *rechten* bestonden, maar zelfs geheel uit *eigendomsrechten*: eigendomsrechten op (lichamelijke) zaken en eigendomsrechten op onlichamelijke zaken (=eigendomsrechten op (andere) vermogensrechten).¹⁸⁶ Ook hier bestond derhalve een constructie met een *op een* – hier onlichamelijke – *zaak rustend eigendomsrecht*. Het leverde een zeer vergelijkbare situatie op met de op een lichamelijke zaak rustend eigendomsrecht.

En ook *deze* constructie werd slechts geïntroduceerd en gebruikt omwille van de begrijpelijkheid en acceptatie van bepaalde juridische situaties en rechtsfigu-

185 Zie art. 555 oud BW: "De wet verstaat door zaken alle goederen en regten welke het voorwerp van eigendom kunnen zijn." En art. 559 oud BW: "Zaken zijn lichamelijk of onlichamelijk." Vgl. bijv. ook Diephuis VI (1886) op p. 27-28 en 481.

186 Men kan De Jong rekenen tot de moderne aanhangers van deze opvatting, nu hij uiteindelijk alleen 'rechten van geheel of gedeeltelijk toebehoren' op zaken en vermogensrechten erkent als vermogensbestanddelen. Ook de – hevig door De Jong bekritiseerde – opvattingen van Van der Steur komen mijns inziens op deze gedachte neer, nu ook zij *boven* de vermogensrechten een 'laag van toebehoren' plaatst, waarin zij de beschikkingsbevoegdheid over de vermogensrechten plaatst.

ren. Dit kan als volgt worden toegelicht. Een belangrijke categorie van onlichamelijke zaken wordt gevormd door de vorderingsrechten op naam, en deze zijn in de geschiedenis dan ook een belangrijke achtergrond geweest voor de vorming van het begrip 'eigendom van de onlichamelijke zaak'. De 'eigendom van de onlichamelijke zaak' manifesteerde zich hierbij in de vorm van de 'eigendom van een vorderingsrecht' (in 'correcte' nieuw BW-terminologie zou men tegenwoordig wellicht moeten spreken van het 'recht van toebehoren' op een vorderingsrecht). De achtergrond van deze figuur is met name geweest om de mogelijkheid van schuldeisersvervanging in een verbintenis *zonder instemming van de debiteur* begrijpelijker en (dus) aanvaardbaar te maken. Van oorsprong bestond deze mogelijkheid, die in feite neerkomt op de *overdracht* door de schuldeiser van zijn vorderingsrecht aan een ander, immers *niet*: de verbintenis en het daaruit voortvloeiende vorderingsrecht vormde een *hoogst-persoonlijke* band tussen debiteur en crediteur. De crediteur kon daarom niet zomaar, zonder toestemming van de debiteur, door een ander worden vervangen. Vervanging van de crediteur diende te gebeuren met instemming van de debiteur, door middel van de rechtsfiguur van de schuldeisersvervanging. Dit vormde echter wel een economische belemmering, een belemmering in wezen van de vrije verhandelbaarheid van een *vermogensbestanddeel*. Door het vorderingsrecht nu steeds meer *daadwerkelijk* als een vermogensbestanddeel en als een voorwerp van eigendom te gaan beschouwen en behandelen, en steeds *minder* als slechts één van de twee zijden van een persoonlijke relatie tussen twee partijen, kon deze belemmering in de loop van de geschiedenis worden opgeheven: het vorderingsrecht werd, net als de lichamelijke zaak, als een (onlichamelijke) *zaak* gezien. Men deed derhalve (en doet nog steeds) of het hier – analoog aan de overdracht van (de eigendom van) een (lichamelijke) zaak – eenvoudigweg om de *overdracht* van (de 'eigendom' van) een onlichamelijke zaak gaat, in plaats van om de vervanging van de schuldeiser in een verbintenis. De figuur van de schuldeisersvervanging werd zo analoog aan de overdracht van een lichamelijke zaak geregeld en door middel van deze gedachtegang werd de figuur niet langer als een onderdeel van het *verbintenissenrecht*, maar als een onderdeel van het *zakenrecht* behandeld. Men is een van oorsprong verbintenisrechtelijk idee derhalve via het – tegenwoordige – goederenrecht gaan regelen.¹⁸⁷

187 Zie voor deze achtergrond in het kort Zwolve, *WPNR* 6546 (2003), p. 668, die spreekt van een lange en soms moeizame ontwikkeling, die aanving met het Romeinse dogma van de principiële onoverdraagbaarheid van vorderingen en tegen het einde van de 16^e en het begin van de 17^e eeuw via de idee dat ook vorderingen het object van eigendom kunnen zijn, uiteindelijk is uitgemond in de vrije overdraagbaarheid van vorderingen op naam. Zie uitgebreider zijn Leidse oratie *Het Proteïsch Paradigma* (Zwolve 1994-II), waarin hij Hugo de Groot een belangrijke rol in deze ontwikkeling toekent. Zie over het Romeinse dogma voorts nog Lokin 2008, V2, V3 en V58. Een in het verlengde van de vrije overdraagbaarheid liggende reden voor het gebruik van de term 'eigendom van een onlichamelijke zaak' wordt door De Jong (diss. 2006, nr. 9) genoemd: als verklaring voor het feit dat de onlichamelijke

Er zijn nog andere redenen die vermoedelijk sterk hebben bijgedragen aan de ontwikkeling en het succes van het begrip ‘eigendom van onlichamelijke zaken’. Allereerst is een belangrijke van deze redenen gelegen in de *stapeling van rechten*: wanneer bijvoorbeeld een erfpachter zijn recht in vruchtgebruik geeft, dan stelt men – op gelijke wijze als men bij een (lichamelijke) zaak de *eigenaar* en de *vruchtgebruiker* van die zaak onderscheidt – de *eigenaar* en de *vruchtgebruiker* van het erfpachtrecht tegenover elkaar.¹⁸⁸ Daarmee is het begrip van de ‘eigendom van het erfpachtrecht’ geboren. Ten tweede is ook hierbij de tegenstelling tussen ‘bezit’ en ‘eigendom’ weer een belangrijke factor: als men de *bezitter* van bijvoorbeeld een vruchtgebruik bescherming verleent – op gelijke wijze als men niet alleen aan de *eigenaar* van een (lichamelijke) zaak maar ook de *bezitter* van die zaak bescherming verleent – dan dringt zich haast onvermijdelijk ook hier een *eigenaar* op: de *eigenaar* van het vruchtgebruik.¹⁸⁹ En dan is de ‘eigendom van een vruchtgebruik’ geboren. Niet alleen het begrip van de ‘eigendom van *vorderingsrechten*’, maar ook het begrip van de ‘eigendom van *beperkte rechten*’ is dan ook in vruchtbare aarde gevallen en heeft bijgedragen aan het grote succes van de ‘eigendom van onlichamelijke zaken’.

Strikt noodzakelijk is de – nogal gekunstelde – constructie van de ‘eigendom van een vorderingsrecht’ echter vanzelfsprekend *niet* om de gewenste doelen te bereiken. Het grote nut van het gebruik van de constructie – de aanvaarding van de vrije overdraagbaarheid van vorderingen op naam – is inmiddels ruimschoots bereikt.¹⁹⁰ De opvatting van het vorderingsrecht als onlichamelij-

zaak, naast te worden vervreemd, ook kon worden *bezwaard* met een beperkt recht. De Jong haalt op p. 64 ook Scholten aan, die constateert dat door persoonlijke en zakelijke rechten als ‘onlichamelijke zaken’ te categoriseren het weliswaar gemakkelijker wordt de vermogenswaarde die in deze rechten steekt tot object voor allerlei handelingen te maken, maar zich ook afvraagt of deze constructie uiteindelijk wel aan de werkelijkheid beantwoordt. Ook E.M. Meijers leek – zoals reeds in par. 6.1.2.2 werd behandeld – van het begrip van de onlichamelijke zaak niet al te gecharmeerd, nu het volgens hem de tegenstelling zakenrecht-verbintenissenrecht vertroebelde, vgl. Meijers, *Algemene begrippen*, p. 280: “De mening, dat ieder vorderingsrecht tegelijk een eigendomsrecht over een onlichamelijke zaak en dus een zakelijk recht geeft, verwacht alles.” Beter was het volgens hem de constructie te verplaatsen naar een *algemeen* goederenrecht, in plaats van het te behandelen als (puur) zakenrecht. Zie ook al WPNR 2104 (1910), p. 206.

188 Dit ziet Meijers als de belangrijkste achtergrond van de eigendom van onlichamelijke zaken, zie Meijers, WPNR 2104 (1910), p. 205-206. Het lijkt dan overigens wel met name over de eigendom van de ‘overige zakelijke rechten’ (beperkte rechten) te gaan.

189 Idem, p. 205.

190 Hoogstens kan de figuur zijn diensten (blijven) bewijzen in het onderwijs door hier wellicht tot een sneller en helderder begrip te leiden, vgl. hierover Zwolve 1994-II, p. 7 en Pleysier, WPNR 5651 (1983), p. 298. Een zekere didactische kracht kan de figuur immers niet worden ontzegd. Voor de rest constateert Pleysier met betrekking tot zowel de ‘eigendom van een vordering’ als de ‘eigendom van een zakelijk recht’: die zijn theoretisch misschien mogelijk doch voor de praktijk niet van groot belang. Zwolve merkt op dat het verschijnsel licht

ke zaak, en de schuldeisersvervanging als overdracht van een dergelijke zaak, hebben waarschijnlijk geleid tot een snellere acceptatie van de schuldeisersvervanging zonder instemming van de debiteur. Men kan een eigenaar van een (onlichamelijke) zaak immers gevoelsmatig veel moeilijker de mogelijkheid ontzeggen om 'zijn zaak' te vervreemden dan men een crediteur in een persoonlijke verbintenis kan weigeren zijn positie door een ander in te laten nemen. Maar men dient zich van de hier beschreven achtergronden van de constructie van de 'eigendom van vorderingsrechten' wel bewust te blijven: het was een middel tot een doel. Nu het doel is bereikt en de overdraagbaarheid van het vorderingsrecht buiten kijf staat, kan de vormgeving ervan ook met andere, voor de hand liggendere constructies plaatsvinden. Men kan immers ook eenvoudigweg de constructie van de schuldeisersvervanging aanhouden, doch hierbij niet het vereiste van de instemming van de debiteur stellen.¹⁹¹ Het gebruik van de constructie van de 'eigendom van vorderingsrechten' maakte de zaken in het verleden en wellicht nog steeds begrijpelijker, aansprekender, en daardoor ook beter aanvaardbaar. Dat wil niet zeggen dat de 'eigendom' van een vorderingsrecht ook echt *bestaat* of zou moeten bestaan.¹⁹² Men vergelijk hier de opmerkingen van Opzoomer over het begrip van de 'eigendom' van een recht tegenover dat van het bezit van een dergelijk recht:

"Toch ga men hierin niet verder dan het Romeinsche recht gegaan is, waarvan het niet blijkt, dat onze wetgever in dit punt heeft willen afwijken. Waar men met de bloot *feitelijke* uitoefening van een recht te doen heeft, en haar stellen wil tegenover de *rechtmatige* uitoefening ervan, daar is het niet onnatuurlijk, dat men met Julianus aan het verschil tussen bezit en eigendom denkt, en er zoo toe komt, van den eigendom ook van een *recht* te spreken. Maar altijd houde men toch in het oog,

aanleiding geeft tot misverstand, wanneer men zich van de kunstmatigheid daarvan niet of niet meer bewust is.

191 In deze zin ook Zwolve *WPNR* 6546 (2003), p. 668. Hij pleit ervoor de figuur weer te gaan zien voor wat ze is: de verbintenisrechtelijke rechtsfiguur van de schuldeisersvervanging. Ook wat hem betreft bestaat er immers, na de val van het Romeinse dogma van de onoverdraagbaarheid van vorderingen, geen bestaansgrond meer voor de goederenrechtelijke constructie van de cessie. Hij leidt hieruit af dat (ook) de mededeling aan de schuldenaar bij een cessie kan worden geschrapt en stelt voor om art. 3:94 BW te laten vervallen en aan Titel 6.2 BW de volgende bepaling toe te voegen: "Een schuldeiser kan door middel van een daartoe strekkende overeenkomst een derde in zijn plaats stellen. Door deze overeenkomst vindt geen schuldvernieuwing plaats." De Romeinen bereikten de absoluutrechtelijke weg van de overdracht van een vordering overigens via de verbintenisrechtelijke weg van het cessiemandaat, zie Lokin 2008, V58. Vergelijk over verschillende vormen van schuldeisersvervanging, en hoe dicht deze in feite bij elkaar liggen, ook Zwitser, *WPNR* 6746 (2008), p. 211-222, met name zijn conclusie op p. 221.

192 Vgl. W. Snijders, *WPNR* 6689 (2006), p. 836: "(...) de complicaties die zich bij het zaaksbegrip (stoffelijk object zowel als eigendom) voordoen, [doen] zich bij rechten juist niet voor(...). Waar men bij het zaaksbegrip in wisselende combinaties met beide aspecten te maken heeft, is er bij rechten maar één ding: dat recht. En, zoals bekend, twee dingen zien waar er maar één is, getuigt niet van een nuchtere blik."

dat dit spraakgebruik in het algemeen *geen aanbeveling verdient*, en dat men er vooral *geen gevolgen uit mag trekken* buiten den kring, waarbinnen de Romeinen bleven (...), omdat men nu eens heeft goedgevonden ook hierbij het woord ‘eigendom’ te gebruiken.”¹⁹³ (cursiveringen toegevoegd)

6.2.1.3 *Loslaten van het kunstmatige onderscheid tussen eigendom en (on)lichamelijke zaak*

Deze redenering heeft wat mij betreft niet alleen gelding voor de ‘eigendom van onlichamelijke zaken’. Evengoed heeft zij waarde voor het kunstmatig gemaakte onderscheid tussen eigendom en zaak, dat tot het ‘eigendomsrecht op de zaak’ en dus het van de zaak losstaande eigendomsbegrip leidt – en zo komen we weer bij de eigendom van *lichamelijke zaken*. Ook die constructie is er één omwille van de begrijpelijkheid. De feitelijke kant van de (lichamelijke) zaak kan men weliswaar tegenover de rechtmatige, juridische kant van de zaak stellen, toch moet men hieraan niet te vergaande gevolgen willen verbinden. Met name moet deze in het *juridische* spraakgebruik ook wel met aparte benamingen (‘zaak’ en ‘eigendom’) aangeduide kanten niet zó serieus opvatten en zó ver uit elkaar trekken, dat zij tot twee losstaande begrippen vervormen.

Terwijl ik hiervóór in de paragrafen 6.1 en 6.2.1 dus reeds ten aanzien van de ‘onlichamelijke zaken’ betoogd heb dat een boven deze zaken gelegen, aparte laag van eigendom of toebehoren een zinloze en overbodige exercitie is – en daarmee een potentiële bron van verwarring – geldt mijns inziens in zekere zin hetzelfde voor het op de lichamelijke zaak *rustende* of van de zaak *losstaande* eigendomsrecht. Weliswaar maakt hier het sterk feitelijke, stoffelijke (lichamelijke!) karakter van de lichamelijke zaken – anders dan bij de onlichamelijke zaken (rechten) – het in sommige gevallen voor de hand liggender en begripsmatig inzichtelijker om de juridische kant van de zaak (het ‘toebehoren’ van de zaak¹⁹⁴) een aparte naam te geven en hiervan een apart begrip te maken (eigendom) – bijvoorbeeld in het kader van de bescherming van de bestolen eigenaar – *noodzakelijk* is ook dit geenszins. Bovendien blijkt ook hierin een bron van verwarring te zijn gelegen ten aanzien van de structuur van het goederenrecht, met name met betrekking tot artikel 3:1 en 3:6 BW. Men kan dus beter volstaan met een aparte benaming van deze juridische kant, zonder hier een daadwerkelijk van de zaak *losstaand* begrip van te maken.

Men vergelijk hierbij nogmaals de opmerking van Verstijlen over de zinloosheid van het ‘toebehoren’ van zaken:

193 Opzoomer III (1876), p. 231. Zo ook Pitlo 1949, p. 20 over de eigendom van een vordering: “Dit is echter niet meer dan een beeld.”

194 Voor alle duidelijkheid: ‘toebehoren’ wordt hier dus niet gebruikt in de zin van Van der Steur, als een aparte begripslaag boven de eigendom, maar juist als de eigendom van de zaak zelf.

“De zegswijze dat een bepaald recht aan iemand toebehoort, impliceert niet dat die iemand een recht van toebehoren heeft *op* dat recht; er is niets anders mee gezegd dan dat die iemand rechthebbende is.”¹⁹⁵ (cursivering toegevoegd)

Mijns inziens gaat deze uitspraak evenzeer op voor het van de zaak losstaande eigendomsrecht:

De zegswijze dat een bepaalde zaak aan iemand toebehoort (iemand's eigendom is), impliceert niet dat die iemand een recht van eigendom heeft *op* die zaak; er is niets anders mee gezegd dan dat die iemand rechthebbende (=eigenaar) is.

Bovendien *kan* men de op het losstaande eigendomsbegrip gebaseerde constructies uiteraard óók op andere manieren bereiken. Zo zou men in het geval van de hierboven aangehaalde bestolen eigenaar die bescherming verdient, deze eigenaar ook een eenvoudige, niet op een van de zaak losstaand eigendomsrecht gegronde rechtsvordering tot afgifte kunnen toekennen jegens degene die ‘zijn’ zaak onder zich heeft. Men kan hierbij bijvoorbeeld denken aan rechtsvorderingen in de vorm van bezitsacties zoals wij die onder huidig recht kennen in artikel 3:125 BW – eventueel met ruimere toepassing – of de in de common law ten aanzien van roerende zaken bestaande bescherming op grond van de ‘title’ van bezit.¹⁹⁶ Aan een dergelijke vordering kan men een net zo sterke werking geven als men gepast acht. De rechtsvordering kan óók de vorm aannemen van een goederenrechtelijk werkend recht van de eigenaar op teruggave door eenieder die de zaak zonder recht houdt (in feite een revindicatie dus, artikel 5:2 BW) *zonder* dat dit recht zijn oorsprong per se hoeft te vinden in een van de zaak *losstaand* eigendomsrecht dat op de zaak is blijven rusten. Een wetswijziging zal hiervoor niet nodig zijn, hoogstens het loslaten van het separate eigendomsbegrip en een overeenkomstige interpretatie van artikel 5:2 BW. Bedoeld is dan ook slechts om aan te geven dat de hier genoemde achtergrond van het ontstaan van dit eigendomsbegrip *niet noodzakelijkerwijs* noopt tot de aanname van dit separate eigendomsbegrip. Dat geldt niet alleen bij de eigendom van gestolen zaken, maar ook bij de eigendom van zaken die door verjaring verkregen worden of de eigendom van zaken die aan een houder zijn afgegeven. Het woord ‘eigendom’ is weliswaar bijzonder handig om te kunnen gebruiken voor hetgeen bij de eigenaar ‘achterblijft’: de juridische kant van de zaak, de uit het hebben van een zaak voortvloeiende bevoegdheden. Maar men dient zich te realiseren dat de bevoegdheden die wij in deze gevallen aan de eigenaar toekennen puur zijn gelegen in de *voormalige* situatie:

¹⁹⁵ Verstijlen, *RM Themis* 2006, p. 274.

¹⁹⁶ Een vergelijkbare constructie kende het Romeinse zakenrecht: het recht te revindiceren kwam toe aan degene die de zaak rechtmatig van een voorganger had verkregen óf kon aantonen dat hij de zaak al gedurende een bepaalde tijd onder zich had gehad. Zie ook De Jong, diss. 2006, nr. 22. Een aanname van een eigendomsrecht is daarbij niet noodzakelijk.

dat de *zaak* (niet de eigendom) voorheen feitelijk én *met recht* door de eigenaar voor zichzelf werd gehouden.

Als gezegd is ook in het geval van de overdracht van de 'eigendom van een vorderingsrecht' het separate eigendomsbegrip niet onmisbaar en zijn er andere – en wellicht zelfs logischere – mogelijkheden denkbaar om een vorm van schuldeisersvervanging zonder toestemming van de debiteur te creëren.¹⁹⁷

Ten slotte bestaat er geen noodzaak tot het separate eigendomsbegrip ten aanzien van de beperkte rechten ('eigendom van beperkte rechten'). Hierboven is uiteengezet dat het succes van de 'eigendom van onlichamelijke zaken' mede veroorzaakt werd door dit begrip van de 'eigendom van beperkte rechten'. Als achtergronden hiervan werden genoemd de tegenstelling tussen het bezit en de 'eigendom' van deze rechten en de stapeling van beperkte rechten. In het kader van de tegenstelling eigendom-bezit is het echter niet per se noodzakelijk naast de *bezitter* van een vruchtgebruik een *eigenaar* van dat vruchtgebruik te stellen.¹⁹⁸ In het kader van de 'stapeling' van beperkte rechten is het evenmin noodzakelijk naast de *vruchtgebruiker* van een erfpachtrecht een *eigenaar* van dat erfpachtrecht te stellen. Men kan er eenvoudigweg mee volstaan de bezitter van een vruchtgebruik tegenover de *vruchtgebruiker* te plaatsen en de vruchtgebruiker van een erfpachtrecht tegenover de *erfpachter*. De 'eigendom' van het vruchtgebruik of het erfpachtrecht is immers gelegen *in* het vruchtgebruik of erfpachtrecht *zelf*, en dient – ook in dit kader – niet te worden beschouwd als een zelfstandig, hiervan losstaand begrip.¹⁹⁹

Met andere woorden: de goederenrechtelijke kant van een vordering of een beperkt recht (de *gerechtigdheid tot*) is in die vordering of dat beperkte recht wel te *onderscheiden*, maar kan niet van de vordering of het beperkte recht zelf worden *gescheiden*.

Deze laatste gedachte – de 'eigendom van onlichamelijke zaken' ligt reeds besloten in de onlichamelijke zaak zelf – geeft tevens een verklaring voor de gewoonte om óók bij de 'eigendom' van *onlichamelijke* zaken een zekere vereenzelviging van eigendom en zaak te hanteren. Deze gewoonte hield in dat de 'eigendom' van de onlichamelijke zaak zelden los van zijn voorwerp werd benoemd en dat er doorgaans werd gesproken van het vorderingsrecht, het

197 Zie noot 191 hierboven.

198 Deze noodzakelijkheid ontgaat ook Meijers, zie *WPNR* 2104 (1910), p. 205.

199 Vgl. ook Land II (1901), p. 13: "Art. 555 drukt zich ook in zoover onjuist uit, dat de rechten niet het voorwerp van eigendom uitmaken. Van eene lichamelijke zaak is men eigenaar, bij vruchtgebruik is men vruchtgebruiker, bij een vordering schuldeischer: het dient tot niets, van eigendom van vruchtgebruik of van eene vordering te spreken." Op p. 114, noot 2 vermeldt hij: "Ik wil niet ontkennen, dat soms de uitdrukking [eigendom van een onlichamelijke zaak, *AFM*] dienstig kan zijn om de volkomenheid van een recht aan te duiden tegenover zijn onvolkomenheid, zijn bezit; (...) maar het is toch minder juist (...)."

vruchtgebruik, de erfdienstbaarheid enzovoort, en niet van de 'eigendom' hiervan, als de relevante *vermogensbestanddelen*.²⁰⁰

Nu is het mij er zeker *niet* om te doen tot een andere manier van bescherming van bestolen eigenaren te komen, of de overdracht van een vorderingsrecht weer als een vorm van schuldeisersvervanging te gaan beschouwen. Het is mij er óók niet om te doen het gebruik van de term 'eigendom van een zaak' uit te bannen. Waar het mij slechts om gaat, is om tot een helder beeld van de structuur van ons goederenrecht te komen. Het is hierbij mijns inziens van groot belang om in te zien dat de constructie van het eigendomsrecht op een (lichamelijke) zaak – net als die van de 'eigendom' van een *onlichamelijke zaak* – bedacht is uit een puur theoretisch functioneel oogpunt. Het idee van de 'eigendom' van een *vorderingsrecht* hebben we inmiddels – na bewijs van goede diensten, in het bijzonder de zeer algemene acceptatie van de mogelijkheid van schuldeisersvervanging zonder toestemming van de debiteur – tot zijn werkelijke waarde van hulpmiddel weten terug te brengen. Ook aan het onderscheid tussen eigendom en zaak nu, dient niet *teveel* waarde te worden gehecht; ook *hier* moeten we het van de zaak verwijderd geraakte begrip eigendomsrecht los durven laten waar en wanneer het geen functie (meer) vervult. Welbeschouwd zijn eigendom en zaak twee zijden van één en hetzelfde begrip, een twee-eenheid die zich slechts bevindt op één enkel niveau of één enkele laag in de goederenrechtelijke structuur. Het is niet nuttig het kunstmatige onderscheid tussen de twee op strikte wijze in stand te houden. De vereenzelviging van eigendom en zaak, die eigenlijk altijd heeft bestaan, is dan ook niet iets dat zomaar uit de lucht is komen vallen, en is *niet alleen maar* een concessie aan het dagelijks spraakgebruik. De zaak *is* daadwerkelijk je eigendom, je eigendom *is* daadwerkelijk de zaak.²⁰¹ We gebruiken alleen – al naar gelang we over de meer juridische of de meer feitelijke kant van de zaak spreken – soms de ene en soms de andere term, afwisselend en door elkaar, en zonder dat dit aanleiding geeft tot problemen. Vergelijk hierover andermaal W. Snijders:

“De uitoefening van het eigendomsrecht en het gebruik van de zaak lopen voortdurend door elkaar heen. Eén blik op regels van de eerste vier titels van Boek 5 maken duidelijk dat men steeds heen en weer springt tussen feitelijke en juridische aspecten. Het is daarom niet verantwoord om in al de bepalingen precies te gaan aangeven waar nu het stoffelijk aspect en waar het eigendomsaspect aan de orde

200 Zie in die zin De Jong, diss. 2006, nr. 9.

201 Zo ook Opzoomer III (1876), p. 29: “Waar het den eigendom geldt, is het voorwerp van recht en het recht zelf volkomen één, zelfs in de taal van het dagelijksche leven.”

is, laat staan welke mengvormen van deze aspecten aandacht vragen en hoe men deze eventueel weer uit elkaar moet rafelen.”²⁰²

Volgens Snijders zijn het dan ook vooral “pragmatische overwegingen” die Meijers ertoe hebben gebracht op grond van de vereenzelvigingsgedachte zaak en eigendom *samen* onder het begrip zaak te brengen.²⁰³ Meijers zelf heeft zich hierover niet al te uitvoerig uitgelaten, maar vermeldt in zijn Toelichting wel enkele redenen voor zijn keuze. Hij schrijft allereerst:

“Tegen de samenvoeging van zaken en vermogensrechten [in artikel 3:1 BW, *AFM*] als goederen of vermogensbestanddelen *kan* als bezwaar worden geopperd, dat dit ongelijkwaardige grootheden zijn: zaken zijn het voorwerp van vermogensrechten; met een vorderingsrecht, een auteursrecht enz. staat niet een zaak, maar de eigendom van een zaak op één lijn; men diende dus eigenlijk alleen vermogensrechten als goederen of vermogensbestanddelen te erkennen.”²⁰⁴ (cursivering toegevoegd)

Meijers verwoordt hier niet zijn eigen opvattingen, maar de tegenwerpingen die door zijn tegenstanders tegen zijn systeem *zouden kunnen* worden ingebracht. Meijers kan zich in de door deze tegenstanders voorgestane terminologie echter niet vinden en brengt hiervoor twee redenen naar voren:

“Tegen deze terminologie verzet zich echter in de eerste plaats het spraakgebruik, hetwelk nu eenmaal een zaak en de eigendom van de zaak identificeert. Om te gaan spreken van de verkoop van het eigendomsrecht op een zaak in plaats van de verkoop van een zaak, bij een ruilvereenkomst te spreken van een ruil van rechten in plaats van een ruil van zaken, geeft iets gedwongens aan de rechtstaal. Nog meer wordt dat het geval, wanneer men dan verder zou moeten spreken van het bezit van de eigendom van een zaak, het vruchtgebruik van de eigendom van een zaak, het beheer van de eigendom van een zaak, enz. Hier laat zich het feitelijk element, dat in de begrippen bezit, gebruik, vruchttrekking, beheer enz. zit, gelden. Het is de zaak, die men bezit, gebruikt of beheert en waarvan men de vruchten trekt. Zodra men echter spreekt van bezit, vruchtgebruik, beheer enz. van een zaak, komt men tot het op één lijn stellen van zaken en rechten. Want naast het bezit

202 W. Snijders, *WPNR* 6689 (2006), p. 832. Vgl. ook Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008, nr. 5a, die eerst een uitvoerige dogmatische beschouwing wijdt aan het verschil tussen eigendom en zaak, om vervolgens in de volgende woorden *toch* toe te geven aan de kennelijk onontkoombare neiging om eigendom en zaak met elkaar te vereenzelvigen: “In hetgeen hierna volgt zal veelal de praktijk worden gevolgd waarin het eigendomsrecht wordt vereenzelvigd met de zaak, het object van het eigendomsrecht, men zal zich echter steeds ervan rekenschap dienen te geven of met het woord zaak een stoffelijk object wordt bedoeld dan wel de eigendom ervan.” Het is mij altijd onduidelijk gebleven waarom schrijvers deze vereenzelviging gebruiken indien ze *wél daadwerkelijk* van mening zijn dat het om twee verschillende begrippen gaat.

203 W. Snijders, a.w., p. 832.

204 TM bij art. 3:1 BW, PG Boek 3 BW, p. 63.

van een zaak, treedt dan het bezit van een recht (vruchtgebruik, auteursrecht enz.); naast het vruchtgebruik van een zaak, het vruchtgebruik van een recht; naast het beheer van een zaak, het beheer van een recht, enz. Geen enkel rechtsstelsel, oud of modern, heeft met deze terminologie gebroken.”²⁰⁵

Het *spraakgebruik* en het *feitelijke element* in begrippen als bezit zijn voor Meijers dus belangrijke redenen om, gelijk ieder ander rechtsstelsel, de vereenzelviging van eigendom en zaak aan te houden. In het spraakgebruik identificeert men immers steeds gemakkelijk en onherroepelijk de vermogensbestanddelen waar het in het vermogensrecht om draait: zaken en rechten.²⁰⁶ Als er iets is dat – van oudsher al – onderdeel uitmaakt van ons vermogen, dan zijn het wel zaken, en daaraan ontkwam ook niet Meijers toen hij 3:1 BW opstelde. In – zeer eenvoudig – schema ziet dit er als volgt uit:

Zaak	naast	Recht
------	-------	-------

Door de introductie van een ‘boven de zaak hangend’ eigendomsbegrip, waarin wij de eigenaarsbevoegdheden willen vatten, dreigt deze terechte ‘op-éénlijnstelling’ *scheefgetrokken* te worden:

Eigendom(srecht)	naast	Recht
Zaak		

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ Bij een ruil die betrekking heeft op zaken, ruilt men dan ook daadwerkelijk niet de *eigendomsrechten* op die zaken, maar de *zaken*. Inherent aan de ruil van zaken (en essentieel voor het door partijen beoogde rechtsgevolg) is echter de presumptie dat de personen die ruilen eigenaar zijn van de zaak die ze ruilen. Het hebben (en ruilen) van de zaak (*hun* zaak) impliceert dit: men kan immers niet met het beoogde rechtsgevolg de zaak van een ander ruilen. Ruilt men inderdaad *zijn* zaak, dan ruilt men met de zaak tevens de daaraan inherente eigendom. Maar men ruilt dus niet de eigendomsrechten zelf, men ruilt de zaken met de bedoeling hiervan eigenaar te worden. Ruilt men zaken van een ander, dan zal dit beoogde rechtsgevolg niet intreden. Anders Van der Steur, diss. 2003, p. 45. Ook met betrekking tot het bezit van een zaak geldt dat men daar niet kan spreken van het bezit van het *eigendomsrecht* op die zaak. Zou men dat wel doen, dan zou verkrijgende verjaring leiden tot de onzinnige verkrijging van de eigendom van het eigendomsrecht op de zaak. Vgl. in die zin De Jong, diss. 2006, nr. 184. De bezitter bezit de zaak *alsof* hij de eigendom van de zaak heeft. Hij bezit niet de eigendom zelf. Anders wederom Van der Steur, diss. 2003, p. 46.

De vereenzelviging van eigendom en zaak biedt uitkomst en trekt het geheel weer recht.²⁰⁷ Hiermee kunnen we immers tóch de zaken en de rechten op hetzelfde niveau – als de vermogensbestanddelen – behouden:

Zaak/Eigendom	naast	Recht
---------------	-------	-------

Meijers zelf besluit de uiteenzetting van zijn redenen van spraakgebruik en feitelijkheid met:

“Om de hier uiteengezette redenen is de samenvoeging van zaak en recht onder één begrip, goed of vermogensbestanddeel, gehandhaafd. Tegenover het *logisch onzuivere* van deze terminologie staat dan het grote voordeel van haar praktische bruikbaarheid.”²⁰⁸

Meijers lijkt zich dus in zekere zin wel in te kunnen leven in het bezwaar van zijn tegenstanders, dat zijn terminologie tot een *logisch onzuiver* resultaat zou leiden. Voor hem geeft echter de praktische bruikbaarheid de doorslag. Zelf zou ik echter nog wel wat verder willen gaan dan Meijers hier wellicht voor ogen heeft gehad en nog wel wat stelliger willen zijn in de verdediging van de vereenzelviging van eigendom en zaak: niet alleen *pragmatische* overwegingen, maar óók de meest accurate weergave van het goederenrechtelijke systeem *dwingen* ertoe eigendom en zaak op hetzelfde niveau te brengen. Juist het *niet* vereenzelvigen van eigendom en zaak – het uit elkaar trekken van de twee – leidt tot een onscherp en onzuiver goederenrechtelijk systeem. Het zorgt er immers voor dat een uit praktisch oogpunt ontworpen begrip – de eigendom – de zaak van zijn rechtsmatige plaats in het goederenrechtelijk systeem – als

207 Een andere oplossing om zaak en recht weer op één lijn te krijgen is om ook boven de rechten een eigendomsrecht te construeren: de eigendom van onlichamelijke zaken. Dat is het systeem van het oud BW. Zoals al meerdere malen betoogd, heeft deze mogelijkheid niet mijn voorkeur. Meer hierover nog bij de schematische weergaves van par. 6.2.2.

208 Idem. De volledigheid gebiedt te vermelden dat hij hieraan nog het volgende toevoegt: “Trouwens wat daarin onlogisch is, behoeft nimmer tot gevaarlijke gevolgtrekkingen te leiden, wanneer men slechts voor ogen houdt, dat daar, waar een voorschrift in het algemeen van goederen spreekt en dientengevolge ook op zaken betrekking heeft, de zaken alleen als voorwerp van eigendom in aanmerking komen. Een overdracht of bezwaring van goederen omvat dus ook een overdracht of bezwaring van zaken, maar in de zin van een overdracht of bezwaring van het recht van eigendom op die zaken; niet in de zin van een overdracht van het houderschap of het bezit van een zaak.” Bij dit laatste kan men zich alleen maar aansluiten: uiteraard gaat het om de eigendom van zaken, niet het houderschap of het bezit ervan. Dat volgt ook al uit de kwalificatie van de zaak als *vermogensbestanddeel*: een zaak behoort pas tot iemands vermogen als hij daarvan *eigenaar* is, niet als hij daarvan slechts houder of bezitter is. Een separaat eigendomsbegrip heeft men hiervoor niet nodig.

vermogensbestanddeel – verdringt en daarmee ons beeld van de plaats van de zaak in dat systeem dreigt te vertroebelen.

Het als de ‘vereenzelviging van eigendom en zaak’ bekend staande fenomeen is dus, als gezegd, *niet alleen maar* een kwestie van taalgebruik. Vereenzelviging vindt plaats omdat er – afgezien van de hierboven besproken, met ons begripsvermogen samenhangende achtergronden – geen daadwerkelijke behoefte bestaat aan twee verschillende begrippen. Het bijna onuitroeibare succes van de vereenzelviging van eigendom en zaak is hiervan een bijzonder goed bewijs. Het was een notie die men bijna niet behoefde uit te leggen, hetgeen Meijers daarom begrijpelijkerwijze grotendeels achterwege liet. Hij kon van de termen ‘eigendom’ en ‘zaak’ dus eenvoudigweg door elkaar gebruikmaken, de term ‘zaak’ soms ook voor het aspect ‘eigendom’ of voor de gehele, moeilijk splitsbare twee-eenheid bezigen of eventueel waar een wetsartikel wat duidelijker over de juridische kant van de zaak gaat, de term ‘eigendom’ gebruiken en elders – waar het duidelijker de stoffelijke kant betreft – de term ‘zaak’.²⁰⁹ De vereenzelviging is mijns inziens dan ook gebaseerd op de kern van waarheid die erin schuilgaat: eigendom en zaak zijn in feite aanduidingen van één en hetzelfde. En dat is: een stoffelijk object dat deel uit kan maken van een vermogen, het stoffelijk object als vermogensbestanddeel dus. Of, zo men wil: als rechtsobject.²¹⁰ Deze gedachte vindt men zonder veel moeite ook terug in artikel 3:2 BW:

“Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten.”

dat overigens in de oorspronkelijk door Meijers opgestelde versie nog luidde:

“Zaken zijn stoffelijke voorwerpen, die voor bezit [en *dus* eigendom, *AFM*] vatbaar zijn.”²¹¹

en dat blijkens de parlementaire geschiedenis uitdrukt:

“dat een kenmerk van het juridische zaak-begrip is, dat het stoffelijk voorwerp vatbaar is voor machtsuitoefening.”²¹²

Zaak, zo noemen we het voor machtsuitoefening vatbare stoffelijke voorwerp, zowel wanneer het daadwerkelijk als vermogensbestanddeel dienst doet, als

209 Zie in vergelijkbare zin W. Snijders, *WPNR* 6689 (2006), p. 832 en (H.J.) Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 35.

210 Het begrip rechtsobject is daarmee – anders dan bij Van der Steur – een object dat een zelfstandige plaats heeft in het stelsel van het (objectieve) vermogensrecht, niet een object dat het voorwerp is van een subjectief vermogensrecht. Het is het directe voorwerp van concrete toepassing van rechtsregels.

211 OM bij art. 3:2 BW, PG Boek 3 BW, p. 64.

212 V.V. II (1958) en MvA II (1971) bij art. 3:2 BW, PG Boek 3 BW, p. 65.

wanneer het weliswaar als vermogensbestanddeel dienst *kan* doen, maar op dit moment (tijdelijk) niet daadwerkelijk deel uitmaakt van iemands vermogen. *Eigendom*, zo noemen we hetzelfde object als het ook daadwerkelijk als vermogensbestanddeel dienst doet. Doet het object dus dienst als vermogensbestanddeel, dan kunnen eigendom en zaak met elkaar *vereenzelvigd* worden: het geheel speelt zich op één en hetzelfde niveau af, dat van de (potentiële) vermogensbestanddelen. Doet het geen dienst als vermogensbestanddeel, dan bestaat er geen eigendom, slechts een zaak.²¹³ Ook dan speelt zich dit op hetzelfde, enkelvoudige niveau van de (potentiële) vermogensbestanddelen af. Deze laatste – verweesde – zaak heeft, als potentieel vermogensbestanddeel – ondanks het ontbreken van een bijbehorend eigendomsrecht – *eenzelfde* plaats in het vermogensrecht als de zaak die wél onderdeel is van een vermogen.

Doet de zaak dienst als vermogensbestanddeel, maar is de eigenaar zijn zaak feitelijk *verloren*, bijvoorbeeld door diefstal, dan is het gebruikelijk te zeggen dat hij wel de *zaak*, maar niet de *eigendom* is verloren. We kunnen echter ook zeggen dat hij zijn zaak of zijn eigendom wel *feitelijk* maar niet *juridisch* (als vermogensbestanddeel) is verloren. De eigenaar is immers óók zijn *zaak* eigenlijk helemaal niet verloren: de zaak is nog steeds van hem, is nog steeds een bestanddeel van zijn vermogen. Deze twee formuleringen lijken misschien erg op hetzelfde neer te komen: de juridische kant van de zaak (die we eigendom noemen) is nog bij de eigenaar, de feitelijke kant (de zaak zelf) is dat niet meer. Ik heb ook geen bezwaar tegen de eerste formulering. Alleen wordt met de laatste, alternatieve manier van formuleren iets duidelijk gemaakt dat men zich moet blijven realiseren: dat er óók in geval van diefstal – waar er een feitelijke afstand tussen de eigendom en de zaak bestaat – nog steeds geen sprake hoeft te zijn van een van de zaak volledig *losstaand* en *erboven liggend* eigendomsrecht. Al bestaat er een ‘fysieke’ afstand tussen de feitelijke kant en de juridische kant van de zaak ontstaan, het blijven twee kanten van een twee-eenheid.

Men heeft dus geen op de zaak rustend eigendomsrecht nodig om de verweesde of verloren zaak een plaats in het vermogensrecht te geven. Als een zaak van iemand is, iemand is gaan toebehoren, dan is die zaak zelf zijn eigendom geworden. Hij heeft dan een zaak in zijn vermogen, net zoals hij vorderingsrechten in zijn vermogen heeft, of beperkte rechten. Er wordt dus niet iets geheel nieuws gecreëerd (een *eigendomsrecht op* de zaak), dat vervolgens *zelf* – in plaats van de zaak – het nieuwverworven onderdeel van diens vermogen is geworden. Het eigendomsrecht staat gelijk aan het (rechtmatig) hebben van de zaak. De creatie van een eigendomsrecht is slechts een manier om te beschrijven dat een *zaak* aan iemand toebehoort. Bij lichamelijke, stoffelijke zaken hebben juristen het nu eenmaal praktisch geacht deze juridische kant

213 Dit kan zich overigens slechts bij roerende zaken voordoen. Onroerende zaken worden immers o.g.v. art. 5:24 BW eigendom van de Staat indien en zodra ze geen andere eigenaar meer hebben.

een speciale naam te geven. Bij 'onlichamelijke' zaken – rechten – zien de meesten in dat iets vergelijkbaars (de 'eigendom' of het 'recht van toebehoren' van dergelijk rechten) een overbodige exercitie is. Mijn gedachte is nu dat – afgezien van bewezen praktisch nut – ook bij de stoffelijke zaken het in feite een overbodige exercitie betreft, een concept dat bovendien weinig recht doet aan de *werkelijkheid*. Een werkelijkheid waarin men *zaken* heeft, koopt of overdraagt – auto's, meubels, stukken grond – geen eigendomsrechten. Het eigendomsrecht op lichamelijke of onlichamelijke zaken is functioneel geweest in de ontwikkeling van nieuwe mogelijkheden, en komt nog steeds van pas om de specifiek juridische kant van lichamelijke zaken aan te duiden, maar de strikte hantering van het onderscheid tussen eigendom en zaak leidt ertoe dat we soms wat te ver van de realiteit af zijn komen te staan.

Inspiratie voor deze gedachte kan overigens niet alleen worden gevonden in *juridische* bronnen, onder welke met name de hiervoor aangehaalde opvattingen van W. Snijders. Ook een hele andere tak van wetenschap – een door juristen niet veel gebruikte bron – kan hier inspiratie bieden: de wiskunde. Ik permitteer me hier dan ook een ongebruikelijk, maar klein uitstapje naar de wiskunde, en citeer daarvoor Ronald Meester, hoogleraar wiskunde aan de Vrije Universiteit Amsterdam, in een boekbespreking in de Academische Boekengids van enkele recente boeken over 'de kern van de wiskunde'.²¹⁴ Meester sluit zich hierin aan bij de opvatting dat niet de logische bewijsvoering, doch het creatieve idee de werkelijke kern van de wiskunde vormt, en hij benadrukt de noodzaak van het creatieve idee om in crisissituaties, situaties van ambiguïteit, niet vruchteloos in tegenstellingen te verzanden. Hij schrijft:

"Het overwinnen van een crisis²¹⁵ gaat altijd gepaard met een dieper inzicht waarmee twee verschillende en elkaar uitsluitende gezichtspunten op de een of andere manier toch samengebracht kunnen worden in een nieuw en overstijgend gezichtspunt. Een dergelijke crisissituatie wordt (...) een *ambiguïteit* genoemd: een enkelvoudige situatie die op twee consistente maar elkaar uitsluitende manieren te beschouwen is. De crux van het goed bedrijven van wiskunde is dan (...) om die beide gezichtspunten te laten bestaan, en op een vruchtbare manier heen en weer te kunnen springen. (...) Het prachtige van de wiskunde is dat deze ambiguïteiten niet alleen voorkomen, maar dat je [ze] zelfs moet opzoeken – waarna het de kunst is om niet te kiezen. De reikwijdte van een wiskundige ingeving wordt bepaald door de mate waarin dit idee elkaar voorheen uitsluitende bevindingen met elkaar in verband weet te brengen op een hoger plan (...)."

214 R. Meester, 'Wat is wiskunde? De rol van logica en creativiteit', *ABG* 89 (2011), p. 5 e.v.

215 Als voorbeeld hiervan in de wiskunde noemt hij de situatie die ontstond na de ontdekking dat de schuine zijde van een driehoek met twee rechte zijdes gelijk aan 1 niet als breuk geschreven kon worden, terwijl de oude Grieken alleen rationale getallen kenden (breuken dus), en die een enorme crisis in de wiskunde betekende die pas heel veel tijd later overwonnen werd, toen de schijnbare tegenstrijdigheid tussen een rationaal getallenstelsel aan de ene kant, en de meetkunde aan de andere kant opgeheven werd.

Zonder al te hoogdravend te willen doen over ‘de kern van het recht’, meen ik dat veel van dit principe ook in het geval van eigendom en zaak tot een dieper inzicht of hoger begrip van de juridische werkelijkheid kan leiden.²¹⁶ Eigenlijk heeft het overstijgende gezichtspunt ten aanzien van ons onderwerp zich lang geleden al gevormd: zij ligt in de voor iedereen vanzelfsprekende vereenzelviging van eigendom en zaak. En zoals W. Snijders reeds schreef in een opmerking waarvan het belang naar mijn mening moeilijk kan worden overschat:

“Deze vereenzelviging is belangrijk voor een goed begrip van het stelsel van het huidige goederenrecht.”²¹⁷

Het is aan ons om ook hier op een vruchtbare manier heen en weer te springen tussen de beide in het vereenzelvigingsprincipe verenigde gezichtspunten. Doen wij dat, dan heeft de wettelijke systematiek niet te *lijden* onder de vereenzelviging van eigendom en zaak,²¹⁸ maar wordt zij er juist door *verrijkt*.

6.2.2 Het vermogensrecht in één laag: de vermogensbestanddelen

Wat heeft deze basisgedachte – eigendom en zaak worden niet alleen in het spraakgebruik met elkaar vereenzelvigd, maar moeten daadwerkelijk beschouwd worden als twee zijden van één en hetzelfde begrip – nu voor gevolgen voor de structuur van het goederenrecht? Met deze gedachte in het achterhoofd blijkt het systeem in de kern (weer) veel simpeler en ongelaagder te zijn dan het tegenwoordig door velen wordt voorgesteld. Daarmee doet het naar mijn mening ook veel beter recht aan de realiteit. Het systeem is pas complex geworden doordat men allerlei – in de vorige paragraaf besproken – ‘denkhuipjes’ in het systeem heeft willen opnemen: aan andere begrippen inherente aspecten die we een aparte naam hebben gegeven om het ons gemakkelijker te maken bepaalde situaties te beschrijven en te analyseren of om

216 Ik had mijn heil overigens ook in de natuurkunde kunnen zoeken, waar bijv. een elektron op hetzelfde moment op twee plekken tegelijk kan zijn én niet-zijn, afhankelijk van het feit of en waar een meting wordt gedaan (quantummechanica). En waar een foton tegelijkertijd zowel als een golf als als een deeltje is voor te stellen. Dat zijn allemaal moeilijk voorstelbare realiteiten en daarom werkt men in de praktijk met gemakkelijkere voorstellingswijzen – zoals in het recht met een strak onderscheid tussen eigendom en zaak i.p.v. de ambiguïteit van de twee-eenheid eigendom en zaak. Die doen echter niet af aan het bestaan van die moeilijk voorstelbare realiteiten zoals de stand van de natuurwetenschappen die tot op heden heeft ontdekt.

217 W. Snijders, *WPNR* 6689 (2006), p. 832.

218 Zoals (o.a.) Van der Steur meent (diss. 2003, p. 44). Tot daadwerkelijke verwarring heeft de vereenzelviging in de praktijk echter niet tot nauwelijks geleid, juist omdat zij zo natuurlijk is. De voorbeelden van wetteksten die zij noemt leiden in ieder geval niet tot enige onduidelijkheid.

bepaalde rechtsfiguren gemakkelijker geaccepteerd te krijgen. Deze 'denkhulpjes' hebben (de kern van) het systeem echter niet veranderd; ze hebben slechts ons zicht erop vertroebeld. Het is mijns inziens voor een goed begrip van het systeem dan ook van groot belang de relatieve eenvoud ervan niet uit het oog te verliezen.

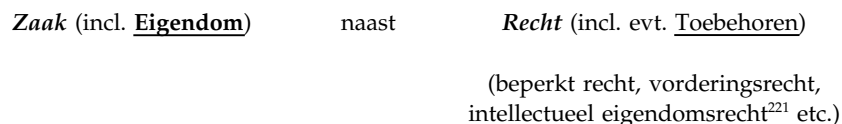
De basis van dit eenvoudige systeem wordt – als gezegd – gevormd door de vermogensbestanddelen *zaak* en *recht*. Men heeft simpelweg een zaak, óf men heeft een recht – geheel overeenkomstig artikel 3:1 BW. Dat zijn de vermogensbestanddelen die aan rechtssubjecten kunnen 'toebehoren'.²¹⁹ Dit zijn de twee grootheden in het vermogensrecht en ze bevinden zich op één en hetzelfde niveau, het niveau van de vermogensbestanddelen ofwel de goederen. Meer is er niet, behalve dan dat eigendom en zaak – onlosmakelijk met elkaar verbonden als ze zijn – in zekere zin *beide* (tezamen) te beschouwen zijn als een 'goed'. Door hun vereenzelviging met elkaar kunnen namelijk de beide begrippen – ook de eigendom – gerekend worden tot de noemer 'zaken' in artikel 3:1 BW. Het eigendomsrecht valt dus niet in de categorie 'vermogensrechten', nu het al – exclusief – onder de noemer 'zaken' valt, sterker nog, hiermee vereenzelvigd kan en zelfs *dient* te worden. Bij eigendom gaat het immers om het hebben van een *zaak*.

Zaken en *rechten* kunnen – als vermogensbestanddelen – aan iemand toebehooren, maar ze zijn wel fundamenteel verschillend. Een *zaak* is een stoffelijk object, dat autonoom van ons bestaat en daarnaast een belangrijke juridische rol speelt als (potentieel) vermogensbestanddeel – en dan spreken we ook wel over *eigendom*. Een *recht* is een volledig juridisch begrip, door de mens zelf in het leven geroepen, maar dat als zodanig ook een belangrijke rol speelt als vermogensbestanddeel. Het onderscheid tussen deze twee categorieën is het fundamentele onderscheid tussen de verschillende objecten die in het goederenrecht een rol spelen als vermogensbestanddeel. Het wegreken van dit onderscheid door een zaak als een eigendomsrecht op een zaak te beschouwen, is in mijn ogen een miskennis van dit fundamentele onderscheid.²²⁰

219 Dit 'toebehoren' zou ik dus niet als zodanig als een nieuwe, aparte laag willen betitelen, een laag die de zaken en de vermogensrechten aan rechtssubjecten koppelt of waarin de beschikkingsmacht van de rechtssubjecten over hun zaken en vermogensrechten is gelegen. Het vermogensrecht handelt immers per definitie over vermogensbestanddelen: over zaken die een rechtssubject toebehooren. Het zijn de regels van het vermogensrecht zelf die deze vermogensbestanddelen aan rechtssubjecten koppelen, bepalen wie eigenaar of crediteur is, en daarmee de beschikkingsmacht hierover en de andere uit het recht voortvloeiende bevoegdheden heeft. Daar is geen aparte laag of juridisch concept voor nodig: die voegt niets toe aan de goederenrechtelijke systematiek.

220 In oud BW-termen geldt dat men op deze manier van iedere lichamelijke zaak een onlichamelijke zaak kan maken. In die zin Land II (1901), p. 12.

De hierboven verkondigde opvattingen kunnen dan ook worden samengevat in het volgende – zeer eenvoudige – schema van de structuur van het goederenrecht:



Bij dit schema en de hierna volgende schema's geldt de volgende toelichting: *cursief*: de vermogensbestanddelen in het systeem

onderstreept: vormen van 'toebehoren', in een aparte laag of in een ander begrip begrepen

vetgedrukt: waar vindt men in het systeem de eigendom, de zaak en het (vermogens)recht terug?

6.2.2.1 Een vergelijking met de systemen van Van der Steur, Struycken en De Jong: van drie naar twee naar één laag in het vermogensrecht

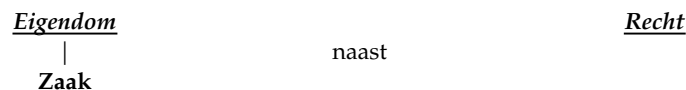
Ook de opvattingen uit de door mij in de paragraaf 6.1 behandelde proefschriften roep ik hierbij – in zo eenvoudig mogelijke schema's – nog even in herinnering, zodat de verschillen in opvatting goed zichtbaar worden. Allereerst Van der Steurs drielaagig systeem:



221 Bij intellectuele eigendomsrechten kan m.i. geen sprake zijn van vereenzelviging. Daar draait het immers niet om het *hebben van* een geschreven gedicht of boek, een gemaakte film of de gedane uitvinding (het apparaat bijv.) *zélf*. Het gaat om het *hebben van* de rechten tot vermenigvuldiging, verspreiding, verkoop, uitgifte van licenties e.d. Daarvoor zijn *los* van het stoffelijke object staande rechten vereist. Die rechten zijn dus de relevante vermogensbestanddelen. De gedichten (op papier), films, apparaten e.d. zelf kunnen vermogensbestanddelen (zaken) van eenieder die ze koopt, zijn. Ook de intellectuele eigendomsrechten hebben naar mijn idee dan ook geen 'rechtsobject' zoals in het systeem van Van der Steur (zie par. 6.1.1.3 slot): de zogenaamde *corpora mystica*.

Het is lastig in Van der Steurs systeem aan te geven wat nu precies de vermogensbestanddelen zijn. Indien er een daadwerkelijk ‘recht van toebehoren’ boven de vermogensrechten hangt, dan kan men niet anders dan dit recht als vermogensbestanddeel kwalificeren.²²² Van der Steur lijkt haar toebehoren in het algemeen echter wat voorzichtiger te formuleren dan als een echt *recht*. Zij karakteriseert zelf bovendien de *eigendom* en de overige (*vermogens*)rechten als de vermogensbestanddelen van haar hierboven weergegeven systeem. Als men echter een derde begrip slaag in het vermogensrechtelijk systeem creëert – een laag die boven de vermogensrechten wordt geplaatst en waarin bepaalde bevoegdheden (de bevoegdheden *op grond van het toebehoren*, waaronder de beschikkingsbevoegdheid) worden begrepen die zich op een ander niveau bevinden dan de bevoegdheden die het *eigendomsrecht* of het *andere vermogensrecht* zelf verschaffen²²³ – dan is het mijns inziens onvermijdelijk dat er een zekere mate van verwarring ontstaat over de aard van die twee lagen. In feite worden de vermogensbestanddelen op deze wijze door Van der Steur uit elkaar getrokken en verdeeld over meerdere lagen. Als vermogensbestanddelen van haar systeem kunnen dan misschien ook maar het beste worden aangeduid: deze beide lagen tezamen.

Een iets eenvoudiger vorm, zonder de aparte bovenlaag van het ‘toebehoren’, heeft het meest gangbare – tweelagige – systeem van Struycken.

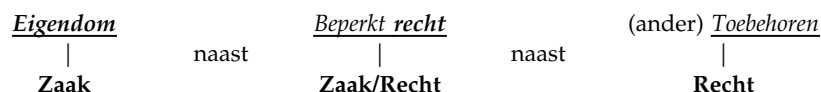


Ik wijk – net als Struycken – af van het systeem van Van der Steur door geen aparte bovenlaag van ‘toebehoren’ te erkennen. Voorts wijk ik met mijn opvatting van *zaken* en *rechten* als vermogensbestanddelen af van de – meer gangbare – opvattingen van Struycken én Van der Steur om niet de *zaak* maar het daarboven hangende *eigendomsrecht* als vermogensbestanddeel te kwalificeren. Door boven de zaak een eigendomsrecht te plaatsen, verbannen zij de zaak naar een lager niveau en miskennen zij naar mijn mening de vereenzelviging van eigendom en zaak. Deze vereenzelviging beschouwen zij slechts als gangbaar spraakgebruik; in hun systeem zien zij hiervoor geen werkelijke rol weggelegd.

²²² Dat is dan ook wat De Jong doet ten aanzien van het in *zijn* systeem opgenomen ‘toebehoren’.

²²³ Vgl. Van der Steur, diss. 2003, p. 6, 19, 41.

Tenslotte wijk ik sterk af van de – veel minder gangbare – opvatting van De Jong, die als meest opvallende element in zijn structuur van het goederenrecht een heel aparte plaats inruimt voor het beperkte recht. Zijn – tweelagige – structuur kan als volgt op schematische wijze worden weergegeven:



Hij kwalificeert in zijn systeem *niet* de zaken en rechten als vermogensbestanddelen – die kwalificeert hij namelijk als *voorwerpen van recht* of *voorwerpen van toebehoren* – maar de daarboven hangende goederenrechtelijke rechten: eigendomsrechten, overige ‘rechten van toebehoren’, maar óók de beperkte rechten. Eigendom, maar ook de beperkte rechten ziet hij als een vorm van ‘toebehoren’: *rechten van toebehoren*. Die *rechten van toebehoren* vormen de vermogensbestanddelen van zijn systeem.

De Jong maakt dus een principieel onderscheid tussen *rechten van toebehoren* (de goederenrechtelijke rechten) en *voorwerpen van toebehoren*.²²⁴ Volgens hem moeten we er vanuit gaan dat de goederenrechtelijke rechten – eigendom, toebehoren en beperkte rechten – betrekking hebben op de *voorwerpen van toebehoren* en dat zij zélf niet als *voorwerpen van toebehoren* zijn voor te stellen.²²⁵ Men kan dus niet spreken van de ‘eigendom van een beperkt recht’ of van het ‘toebehoren van een eigendomsrecht’. Op *andere* rechten dan goederenrechtelijke rechten erkent hij echter wél een ‘recht van toebehoren’: een soort *eigendom van rechten* dus.

Ten aanzien van de eigendom van *zaken* doet De Jong derhalve hetzelfde als Struycken en Van der Steur: verzuimen de rol van de zaak als vermogensbestanddeel te erkennen door de zaak naar een lager niveau in het systeem te verbannen en de vereenzelviging van eigendom en zaak te miskennen. Hij stelt hiertoe – niet nader beargumenteerd – dat na vestiging van een beperkt recht duidelijk wordt dat het *dogmatisch* gezien *noodzakelijk* is ‘recht op een zaak’ en ‘zaak’ als begrippen van een *verschillend niveau* te onderscheiden. De zaak zelf, als stoffelijk object, is in De Jongs optiek in een dergelijk geval bezwaarlijk

224 In zijn interpretatie van artikel 3:1 BW hebben de daar genoemde categorieën ‘zaken’ en ‘vermogensrechten’ betrekking op de *voorwerpen van toebehoren*. Onder ‘vermogensrechten’ kan men daarom niet de beperkte rechten vatten, die volgens hem immers *rechten van toebehoren* en geen *voorwerpen van toebehoren* zijn. Ook het eigendomsrecht valt onder geen van beide in artikel 3:1 BW genoemde categorieën.

225 De Jong, diss. 2006, nr. 202.

te kwalificeren als vermogensbestanddeel.²²⁶ Hij zal hiermee bedoelen te zeggen dat als men een beperkt recht op een zaak vestigt, er ook een bloot eigendom zal 'overblijven', hetgeen het vermogensbestanddeel is dat de bloot eigenaar in zijn vermogen behoudt. Dat deze bloot eigendom zich ook op *hetzelfde niveau* zou moeten bevinden als het beperkte recht *op* een zaak en derhalve op een *hoger niveau* dan de zaak zelf, acht ik echter verre van onvermijdelijk. Weliswaar blijft de zaak na vestiging van een beperkt recht aan iemand toebehoren – blijft er een juridische kant aan de zaak zitten – het is geenszins noodzakelijk van deze (bloot) eigendom en de zaak zelf begrippen van *verschillend* niveau te maken. Mijns inziens is ook *deze* – bloot – *eigendom* te vereenzelvigen met de zaak: de bloot eigenaar behoudt niet zozeer de bloot eigendom, hij behoudt eenvoudigweg de *zaak*, ook al is die nu bezwaard met een beperkt recht. De Jong meent dat het bij zowel de eigendom als het vruchtgebruik gaat om een heerschappijverhouding ten aanzien van een voorwerp dat buiten de titularissen van beide rechten gelegen is en hen legitimeert in een bepaalde verhouding tot dat voorwerp. Dat ben ik met hem eens. Maar ook dit zegt nog niets over het (verschil in) karakter van de (bloot) eigendom en het beperkte recht en over de vraag of deze heerschappijverhoudingen tot de zaak ook verhoudingen van *eenzelfde niveau* zouden zijn. Naar mijn mening is alleen bij het beperkte recht op de zaak daadwerkelijk sprake van twee verschillende lagen; bij de eigendom van een zaak – ook de *bloot* eigendom – is dit mijns inziens niet het geval. Mijn opvatting van het beperkte recht komt hieronder in paragraaf 6.2.3 nog uitgebreid aan de orde.

Ook de rol van de *vermogensrechten* (onlichamelijke zaken) als (zelfstandige) vermogensbestanddelen wordt door De Jong ten onrechte weggeredeneerd, door er een 'toebehoren' boven te plaatsen. Ook hier leidt de mogelijkheid van de vestiging van een beperkt recht volgens De Jong onvermijdelijk tot een 'eigendom van rechten'. In mijn opvatting van het systeem is ook dit echter geenszins noodzakelijk. Ik heb reeds enkele malen betoogd dat een dergelijk 'toebehoren' overbodig is en in de rechten zelf is vervat. Ook bij de volledige juridische constructies die de vermogensrechten zijn, kan men weliswaar een bepaalde *gerechtigdheid* uit het vermogensrecht *in* dit vermogensrecht zelf onderscheiden, maar het dient geen nut (meer) – levert eerder een vertroebeling van de rol van het vermogensrecht als vermogensbestanddeel op – om hiervan een separate juridische constructie te maken.

Het verschil tussen De Jongs en mijn eigen opvatting ten opzichte van het meest gangbare systeem van Struycken is kort samengevat – en in soortgelijke bewoordingen als De Jong zelf gebruikt²²⁷ – dat hij het vorderingsrecht van het niveau van het eigendomsrecht naar het niveau van de zaak degradeert

226 Idem, nr. 80.

227 De Jong, diss. 2006, nr. 53 slot en met name nr. 54 noot 90.

in plaats van dat hij de zaak naar het niveau van het eigendomsrecht en het vorderingsrecht promoveert.

6.2.2.2 Een vergelijking met het systeem van het oud BW en met het ontwerp van Meijers

Een vergelijking met de systemen van Van der Steur, Struycken en De Jong levert de vaststelling op dat de *zaak* in het door mij geopperde systeem een orde 'omhoog is gesprongen'. In dat systeem is immers niet geprobeerd de vereenzelviging en dubbelzinnigheid van de twee-eenheid eigendom en zaak te weren; eerder is deze dubbelzinnigheid omarmd als één van de fundamenteën van ons goederenrecht. Dit brengt de zaak in zekere zin terug in de nevenschikking die deze had in het systeem van het oud BW – namelijk op gelijke hoogte met het *recht*. Dit oud BW-systeem kan met het volgende schema worden weergegeven:



Het verschil tussen de door mij voorgestelde schematische aanpak en die van het oud BW is gelegen in de laag van eigendom ('laag van toebehoren'), die door mij als overbodig wordt beschouwd en ons wat mij betreft het zicht op de daadwerkelijke vermogensbestanddelen ontnaemt: bij de *rechten* is deze 'laag' reeds in die rechten zelf gelegen, bij de *zaken* vormt deze 'laag' de juridische kant van de zaak, en is deze dus ook reeds in de zaken zelf gelegen. Het *juiste* van het oud BW-systeem is mijns inziens echter de nevenschikking van zaken en rechten: het feit dat het – net als het door mij geopperde systeem – de juiste grootheden als vermogensbestanddelen op één lijn weet te plaatsen.

Bijkomend voordeel van het door mij geopperde systeem is dat er slecht één laag van rechtsobjecten (vermogensbestanddelen) ontstaat dat aan rechtssubjecten kan worden gekoppeld. Daarmee staan – naast zaak en recht – óók in dit systeem het eigendomsrecht (vereenzelvd met de zaak) en de overige vermogensrechten in zekere zin op één lijn. Door de eigendom te zien voor wat zij daadwerkelijk is – de juridische kant van een zaak – worden de voordelen van het oud BW-systeem (met zijn nevenschikking van zaken en rechten) als de voordelen van de gebruikelijke interpretatie van het huidige BW-systeem (met zijn nevenschikking van eigendomsrechten en andere vermogensrechten, waarin deze rechten niet zijn onderworpen aan een eigendomsrecht of een

‘recht van toebehoren’) vanzelf *gecombineerd*. En in feite gebeurt dit op uiterst eenvoudige wijze: door eigendom en zaak op één en hetzelfde niveau te brengen. Er is in dit systeem geen plaats meer voor een onderscheid tussen ‘rechtsobjecten’ (Van der Steur) of ‘voorwerpen van recht’ (De Jong) en de daarboven hangende rechten (rechten van ‘toebehoren’, eigendomsrechten of zelfs beperkte rechten als rechten van (gedeeltelijk) ‘toebehoren’).

Dat dit alles óók was wat Meijers voor ogen stond, durf ik niet met enige stelligheid te beweren – weerlegging noch bevestiging van deze stelling kan mijns inziens op grond van het beschikbare bronnenmateriaal worden hooggehouden.²²⁸ Wel kan in ieder geval gezegd worden dat de nevenschikking van zaken en (vermogens-)rechten in het door mij geopperde systeem zeer goed overeenkomt met de formulering die Meijers heeft gekozen voor zijn artikel 3:1 BW, het artikel waarmee ons goederenrecht aanvangt.²²⁹ Niet zonder reden luidt dit hiervoor al vele malen aan de orde gekomen artikel immers:

“Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten”.

Als toelichting op dit artikel moge nog Meijers’ volgende opmerking gelden:

“Het [ontwerp] onderscheidt zaak (=stoffelijk voorwerp) en goed (=vermogensbestanddeel). Goed en zaak verhouden zich niet als onlichamelijke zaak tot lichamelijke zaak, maar als soort en bijzonder geval. Ook de lichamelijke zaak is een goed. Daarnaast zijn dan vorderingsrechten, auteursrechten, octrooirechten, lidmaatschapsrechten enz. ook goederen.”²³⁰

Het behoeft inmiddels geen betoog meer dat ik mij – in tegenstelling tot Van der Steur, Struycken en De Jong – zeer goed kan vinden in bovenstaande omschrijving en opsomming van vermogensbestanddelen van Meijers, en in de daarbij behorende toelichting. Ten aanzien van de toelichting dient hierbij nog opgemerkt te worden dat Meijers (ook hier) als voorbeeld van vermogensrechten – je zou haast zeggen: expliciet – *niet* noemt de eigendomsrechten. Naar mijn mening heeft Meijers op het punt van de nevenschikking van *zaak* en *recht* dan ook in ieder geval *niet* af willen wijken van het systeem van het

228 Volgens De Jong (diss. 2006, nr. 177 (bij noot 280)) heeft Meijers wel de eigendom van beperkte rechten en vorderingsrechten af willen schaffen, maar heeft hij dit onderscheid bij de lichamelijke zaken laten bestaan. Nu de vereenzelviging van eigendom en zaak – ondanks de al door Meijers voorziene kritiek – zo’n belangrijk element is geworden in de centrale omschrijving van de ‘goederen’ in het door hem ontworpen BW (art. 3:1 BW), ben ik van dit laatste niet overtuigd.

229 Het artikel is overigens pas later in de parlementaire geschiedenis naar deze prominente plek verplaatst: zie MvA II (1971) bij art. 3:1 BW, PG Boek 3 BW, p.64.

230 TM op de begripsbepalingen van Boek 3 BW (Afd. 3.1.1), PG Boek 3 BW, p. 62.

oud BW.²³¹ Of hij de ‘laag van toebehoren’ erboven heeft willen afschaffen – zoals De Jong beweert²³² – durf ik echter ook niet met enige stelligheid te beweren. Ik acht daarvoor eenvoudigweg niet voldoende bewijs aanwezig.²³³ Wat Meijers wel heeft gedaan, is het begrip ‘eigendom’ reserveren voor de (lichamelijke) zaken, daarmee in *die* zin de ‘eigendom van onlichamelijke zaken’ ofwel de ‘eigendom van rechten’ afschaffende.²³⁴ Dit begrip zou echter op zijn beurt eenvoudigweg door de term ‘toebehoren’ kunnen worden vervangen – een manoeuvre die in de latere parlementaire geschiedenis (van na Meijers’ dood) ook is geopperd en een zekere ingang heeft gekregen.²³⁵

Ten slotte geldt dat – naast de goede verenigbaarheid van het door mij geoperde systeem met de door Meijers gekozen formulering van artikel 3:1 BW – nog kan worden geconstateerd dat het éénlagige systeem van het vermogensrecht óók goed in overeenstemming is met de idee van Meijers’ “normaaltypen”-leer zoals hij die heeft ontwikkeld in zijn *Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht* uit 1948: een stelsel van gelijkwaardige rechten op een schaal van gradatie.²³⁶ In dit stelsel is er immers ook geen plaats (meer) voor principiële verschillen in niveau tussen verschillende rechten. Het stelsel lijkt zich juist met name te kenmerken door het bestaan van één enkel niveau waarop alle vermogensbestanddelen of subjectieve rechten zich bevinden en waarin zij zich slechts van elkaar onderscheiden in de mate waarin zij aan de “normaaltypen” zakelijk recht en persoonlijk recht voldoen. Hierbij is aan de ene kant de eigendom van een zaak het nagenoeg volmaakte normaaltype van het zakelijk recht (zo volmaakt mijns inziens, dat het met de zaak kan worden vereenzelvigd, hiervan de juridische kant vormt), en aan de andere kant is dit het vorderingsrecht voor het normaaltype van het persoonlijke recht. Dogmatisch gezien bevinden deze beide rechten zich op hetzelfde niveau.²³⁷

De Jong nu dicht Meijers – losjes gebaseerd op een kort stukje van Meijers in het *WPNR*²³⁸ – de opvatting toe in zijn ontwerp van het BW de beperkte rechten te hebben willen promoveren tot het niveau van de eigendom om zo eigendom en beperkte rechten op één niveau – een niveau van ‘toebehoren’ –

231 Ook W. Snijders (*WPNR* 6689 (2006), p. 836) geeft aan dat naar zijn oordeel Meijers een nevenschikking van *zaken* (en óók, voor wat de juridische kant betreft: *eigendom*) en *rechten*, waaronder ook beperkte rechten, voor ogen stond.

232 Zie hierboven par. 6.1.2.2.

233 Idem.

234 Mijns inziens had de beperking door Meijers van het begrip eigendom tot lichamelijke zaken vooral als reden dat Meijers een zuiverder indeling in zakenrecht, verbintenissenrecht en algemeen goederenrecht voorstond, zie ook hiervoor par. 6.1.2.2.

235 MvA II Inv. (1985) bij de Algemene opmerkingen over de Boeken 3,5 en 6, PG Inv. Boek 3 BW, p. 1001.

236 Zo door De Jong aangeduid in zijn dissertatie, nr. 61.

237 Vgl. ook hier De Jong, diss. 2006, nr. 61.

238 Meijers, *WPNR* 2104 (1910), p. 204-206.

te brengen. Volgens hem moest dáárom van Meijers het begrip 'eigendom van een onlichamelijke zaak' (waaronder dus het beperkte recht) worden afgeschaft.²³⁹ Ik sluit me bij W. Snijders aan door zijn op dit stukje gebaseerde argumentatie niet overtuigend te vinden voor de interpretatie van Meijers intenties.²⁴⁰

Mijn *eigen* visie is voorts (en wellicht ook die van Meijers, maar dat kan zoals eerder reeds gezegd naar mijn idee niet direct op zijn geschriften worden gebaseerd) dat het – om ook eenzelfde op-één-lijnstelling van zaak en recht als onder oud BW te behouden – beter is niet alleen het separate begrip van de 'eigendom van *onlichamelijke zaken*' te verwerpen, maar óók het van de (*lichamelijke*) zaak losstaande concept 'eigendom' te verwerpen. De 'laag van eigendom' boven de *rechten* (onlichamelijke zaken) komt daarmee te vervallen; de 'laag van eigendom' boven de (lichamelijke) *zaken* smelt door de vereenzelviging van eigendom en zaak samen met de laag van de zaken zelf. Het verschil tussen De Jongs en mijn eigen opvatting ten opzichte van het oud BW-stelsel is daarmee kort samengevat – om weer in soortgelijke bewoordingen als De Jong te spreken²⁴¹ – dat hij slechts het beperkte recht van het niveau van de zaak naar het niveau van de eigendom promoveert in plaats van dat hij de zaak zelf én *alle* rechten naar het niveau van de eigendom promoveert. En dan niet om daar als *rechten van toebehoren* te gaan gelden, maar om daar als *vermogensbestanddelen* of *goederen* te gaan gelden.

De vereenzelviging van eigendom en zaak heeft ons eigenlijk altijd al deze richting uit gewezen; wij hebben ons er alleen tegen verzet, door deze vereenzelviging af te doen als een voor simpele zielen bedoelde manier van spreken.²⁴² Naar mijn idee berust vereenzelviging echter veeleer op de realiteit en liggen de zaken daardoor veel eenvoudiger, althans ongelaagder, dan men tegenwoordig doorgaans aanneemt. Juist het aanvaarden van de ambiguïteit van de eigendom van een zaak brengt ons de benodigde "herwonnen helderheid".²⁴³ Het besef dat eigendom en zaak een twee-eenheid zijn brengt ons meer eenvoud in het systeem en meer inzicht in de juridische en materiële

239 De Jong, diss. 2006, nr. 53-54.

240 Zie W. Snijders in *WPNR* 6689 (2006), met name p. 831 en 836. Zie hierover uitgebreider par. 6.1.2.2 waarin ik de door De Jong verkondigde intentie van Meijers tot algehele afschaffing van elk overkoepelend eigendoms- of toebehorenbegrip dat ook op onlichamelijke zaken betrekking kon hebben, in twijfel trek. Mijns inziens had de beperking door Meijers van het begrip eigendom tot lichamelijke zaken vooral als reden dat Meijers een zuiverder indeling in zakenrecht, verbintenissenrecht en *algemeen* goederenrecht voorstond.

241 Zie noot 227 hierboven.

242 Of zelfs als een 'defect in ons juridisch spraakgebruik', zie De Jong, diss. 2006, nr. 65 in een citaat van Van Oven.

243 Dat is de claim die De Jong ten aanzien van zijn eigen systeem maakt (diss. 2006, nr. 206), maar die mij ten aanzien van dat systeem niet heeft overtuigd (zie par. 6.1.2.3 slot).

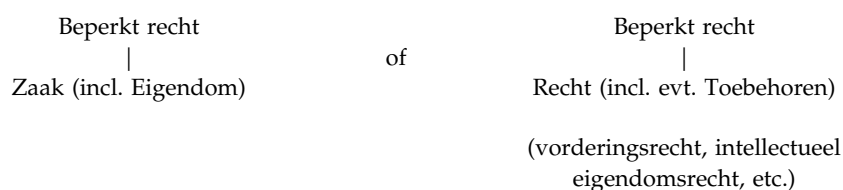
werkelijkheid. Het begripsmatig uittrekken van eigendom en zaak daarentegen, verwacht alles.

6.2.3 Het beperkte recht in het systeem van het vermogensrecht

De basis van het door mij geopperde systeem van het vermogensrecht is éénlagig. Toch kan men ook in dat systeem op één punt een zekere gelaagdheid onderkennen: bij de beperkte rechten. Het bijzondere van deze rechten is immers, zoals ook Van der Steur al treffend verwoordde,²⁴⁴ dat beperkte rechten zélf goederen zijn, maar tevens op andere goederen rusten. Daardoor ontstaat een zekere dubbele laag. Deze gelaagdheid doet zich echter alleen voor binnen de beperkte rechten en niet in de rest van het systeem. Bovendien levert deze dubbele laag géén onderscheid op in ‘vermogensrechten’ en ‘rechtsobjecten’ (Van der Steur) of in ‘rechten van toebehoren’ en ‘voorwerpen van toebehoren’ (De Jong). Er is in feite nog steeds maar één laag van vermogensbestanddelen; sommige vermogensbestanddelen (de beperkte rechten) hebben echter eenvoudigweg betrekking op andere vermogensbestanddelen. Beperkte rechten rusten immers op een zaak (Boek 5 BW) of op een ander recht (Boek 3 BW).²⁴⁵

6.2.3.1 *Beperkte rechten op zaken of op andere rechten*

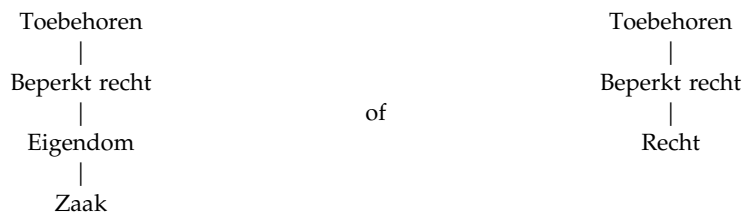
In schematische weergave ziet dit er als volgt uit:



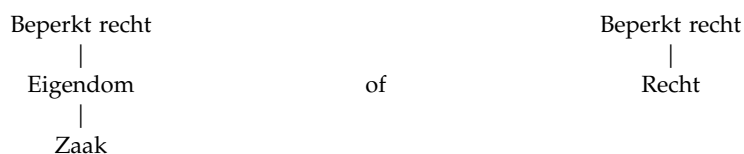
Ter vergelijking ook hier weer schema's die betrekking hebben op de zienswijzen uit de overige proefschriften. Allereerst Van der Steur:

²⁴⁴ Van der Steur, diss. 2003, p. 30. Zie ook p. 34-35.

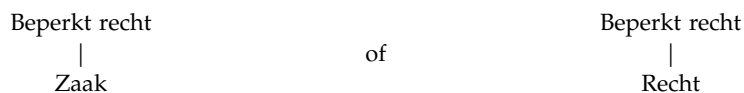
²⁴⁵ De beperkte rechten die op andere beperkte rechten rusten komen met name in de volgende paragraaf aan de orde.



En Struycken:



En ten slotte De Jong:



Tussen de schema's van het beperkte recht dat op een ander *recht* (vorderingsrecht, intellectueel eigendomsrecht) rust, blijkt niet al te veel verschil van mening te bestaan: alleen Van der Steur legt hier nog een 'laag van toebehoren' boven.

Met betrekking tot het beperkte recht op een *zaak* blijkt echter wel verschil van mening te bestaan: bij De Jong rust dit beperkte recht direct op de zaak, bij Van der Steur en Struycken rust het op de eigendom, en slechts indirect op de zaak. Doordat de eigendom in het door mij geopperde systeem als een aspect van de zaak wordt gezien (de juridische kant), wordt de vraag of het beperkte recht rust op de eigendom of op de zaak zelf echter volkomen irrelevant. Ik kan me weliswaar goed vinden in De Jongs overtuigende pleidooi voor het beperkte recht als een recht dat rechtstreeks op de *zaak* rust,²⁴⁶ maar nu de eigendom door mij gekwalificeerd wordt als juridische kant van de zaak, sluit dat niet uit dat het beperkte recht daarmee tévens op de *eigendom* rust.

246 Zie hiervoor par. 6.1.2.3 en De Jong, diss. 2006, nr. 77 e.v.

Het beperkte recht rust immers op de twee-eenheid zaak en eigendom, dus tegelijkertijd zowel op de zaak als op de eigendom. Het recht rust *in beginsel* op de zaak, maar daarmee wordt óók de juridische kant van de zaak (de eigendom) met dit recht bezwaard of belast, in die zin dat de alleenheerschappij van de eigenaar over de zaak erdoor beperkt wordt.²⁴⁷ Deze zienswijze is in overeenstemming met vele beschouwingen over het beperkte recht door de jaren heen, en doet recht aan zowel de visie van het beperkte recht als bezwaring van de *eigendom*, als de visie van het beperkte recht als belasting van de *zaak*.^{248 249} Ik noem een aantal voorbeelden.

Windscheid ziet het beperkte recht niet alleen als onmiddellijke last op een *eigendomsrecht*, maar ook als middellijke last op de *zaak*:

“Hierzu is jedocht zu bemerken, daß auch das Recht an einem fremden Recht zwar zum unmittelbaren Gegenstand das Recht, aber durch dieses Recht hindurch als fernerer Gegenstand die Sache, an welcher das Recht stattfindet (...).”²⁵⁰

Suijling benadert de kwestie precies op omgekeerde wijze. Volgens hem is het beperkte recht niet alleen een belasting van het goed zelf (de *zaak*), maar ook een belasting van het *eigendomsrecht*:

“Dus vormen zij [de *jura in re aliena*] niet, gelijk de eigendom, uitsluitend een belasting van het goed zelf, maar tevens een belasting van het eigendomsrecht.”²⁵¹

247 Dit geeft ook een oplossing voor het probleem van de *res nullius* waarop een beperkt recht is gevestigd. Weliswaar kan op een *res nullius* geen (nieuw) beperkt recht worden gevestigd (zoals Van der Steur, diss. 2003, p. 30 schrijft), maar niet zozeer omdat er geen eigendom (meer) bestaat, maar vooral omdat er daardoor geen fysieke persoon (=eigenaar) (meer) is die het beperkte recht zou kunnen vestigen. Dit – subtiele – verschil komt tot uiting als een eigenaar van een bezwaarde zaak afstand doet van deze zaak/zijn eigendom d.m.v. *derelictie* (art. 5:18 BW). In dat geval kan in mijn systeem (net als bij De Jong, diss. 2006, nr. 90-94) het beperkte recht op de zaak – nu zonder juridische kant (eigendom), aangezien de zaak niemand meer toebehoort – gewoon blijven bestaan. Ook als de zaak daarna opnieuw door iemand in bezit wordt genomen (art. 5:4 BW; net als bij De Jong, diss. 2006, nr. 95-99, waarbij ik me volledig kan aansluiten). In deze zin ook Dernburg, Pandekten I (1894), p. 574.

248 Dit ‘dubbelzinnige’ of ‘tweeledige karakter’ van het beperkte recht (zie De Jong, diss. 2006, nr. 15-16) is dus enerzijds een afgeleide van de dubbelzinnige karakter van de twee-eenheid eigendom-zaak zelf; anderzijds is zij inherent aan het feit dat het een vermogensbestanddeel is dat op andere vermogensbestanddelen rust.

249 Het is ook in overeenstemming met de verschillende wetsbepalingen, waarvan sommige lijken te verwijzen naar een recht op de zaak (bijv. art. 5:70 BW: “Een erfdienstbaarheid is een last, *waarmede een onroerende zaak (...) is bezwaard.*”), andere naar een recht op de eigendom (bijv. art. 3:8 BW: “Een beperkt recht is een recht dat is afgeleid uit een *meer omvattend recht, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard.*”).

250 Windscheid-Kipp I (1906), p. 218.

251 Suijling V (1940), nr. 10.

Beekhuis vermeldt over de kwestie het volgende:

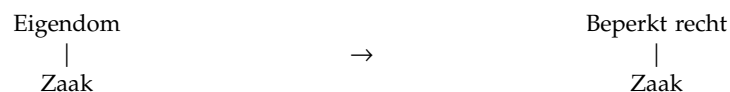
“Waar de zakelijke rechten echter tevens rechtstreekse bevoegdheden geven op het object van eigendom, de lichamelijke zaak, pleegt men de voorkeur te geven aan de beschouwing, dat zij een *belasting van de lichamelijke zaak zelf* vormen. Dit betekent echter niet, dat degene die een beperkt zakelijk recht verkrijgt, hierdoor een deel van de eigendom verwerft. Hij krijgt een geheel zelfstandig recht, dat in beperkte omvang soortgelijke bevoegdheden als de eigendom verschaft, en *een belasting vormt van het recht van de eigendom*, dat in beginsel blijft bestaan.”²⁵² (cursiveringen toegevoegd)

Ten slotte Heisterkamp:

“Bij zaken rust het beperkte recht op de zaak; in wezen is het hier afgeleid van het eigendomsrecht. Men zegt soms ook wel in algemene zin dat een beperkt recht – het ‘dochterrecht’ – op het moederrecht rust.”²⁵³

In het citaat van Beekhuis wordt een belangrijk verband gelegd tussen de vraag of het beperkte recht op de *eigendom* of de *zaak* rust, en de vraag naar de constructie van het beperkte recht ten opzichte van de eigendom. Het beperkte recht dat op de *zaak* rust, geeft volgens hem immers duidelijk aanleiding tot het denken over het beperkte recht in het model van het afgesplitste en overgedragen deel van de eigendom, een model dat hij direct met zoveel woorden afwijst. Ook bij Heisterkamp kan men een dergelijke relatie leggen: als het beperkte recht rust op het *eigendomsrecht* of *moederrecht*, is veeleer sprake van het beperkte recht in het model van de bezwaring of belasting van de eigendom.

Ook deze gedachte kan overzichtelijk worden weergegeven in een schema. De Jong construeert het beperkte recht immers als rustende op de zaak, net als de eigendom. Dat ziet er als volgt uit:



Eigendom en beperkt recht bevinden zich op *hetzelfde niveau* boven de zaak. Er is slechts sprake van een *horizontale beweging* in het systeem, die zich goed verdraagt met het beeld dat de eigenaar een stukje van zijn eigen eigendomsrecht afsplitst en overdraagt aan de beperkt gerechtigde. Een conclusie die

252 Asser/Beekhuis-Mijnssen 1980, p. 11. Zie over dit citaat ook De Jong, diss. 2006, nr. 15-16.

253 Pitlo/Reehuis-Heisterkamp 2001, nr. 26.

De Jong zelf overigens niet trekt, aangezien hij de vestiging van het beperkte recht ziet als een complexere figuur dan zich in termen van ‘brokstukken’ en ‘afsplitsingen’ laat beschrijven.²⁵⁴

In het systeem van Van der Steur ziet dit er anders uit:

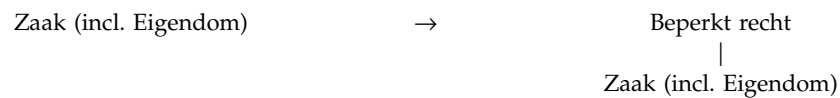


Zo ook bij Struycen:



In deze systemen ziet men vooral een *verticale beweging*: het beperkte recht wordt hier geplaatst *boven* het eigendomsrecht, hetgeen zich op zijn beurt goed verdraagt met het idee van het beperkte recht als belasting of bezwaring van de eigendom.

Ook in het door mij geopperde systeem vindt men deze *verticale beweging* terug:



²⁵⁴ De Jong, diss. 2006, nr. 19. Wel signaleert hij het logische verband tussen de afsplitsingsmetafoor en het beperkte recht dat rechtstreeks op de zaak rust, zie nr. 77. Wat dat betreft vormen de afsplitsingsmetafoor en de stapelingsgedachte (waarover De Jong in zijn hfdst. 1 par. 2) juist géén logische combinatie. De Jong wijst overigens dus beide van de hand. Zie hierover nader hieronder par. 6.2.3.3.

Dit ondanks het feit dat het beperkte recht in dit systeem niet uitsluitend een belasting van de *eigendom* is, maar van de gehele twee-eenheid zaak en eigendom. Enerzijds wordt dus het voordeel van het systeem van De Jong behouden dat het beperkte recht een directe belasting van de zaak is; anderzijds volgt uit het systeem dat het beperkte niet gezien kan worden als een *afsplitsing* van het eigendomsrecht, maar veeleer als een *belasting* van dat recht (als juridische kant van de zaak).

Uit mijn visie op het systeem van het vermogensrecht, in het bijzonder voor zover dat betrekking heeft op het beperkte recht, blijkt óók dat – in tegenstelling tot het systeem van De Jong – eigendom en beperkt recht géén gelijksoortige ‘rechten op een zaak’ kunnen zijn. Het beperkte recht staat op één lijn met de zaak – en in die zin ook met de juridische kant van de zaak (=eigendom) – maar *niet* op één lijn met een eigendomsrecht dat *op* een zaak rust.²⁵⁵ De eigendom is het tot het vermogen behoren van een *zaak*; het beperkte recht is een tot het vermogen behoren van een bepaald goederenrechtelijk werkend genots- of zekerheidsrecht *op* een zaak. Maar op de zaak van een ander! (per definitie: het zijn immers *iura in re aliena*²⁵⁶). Als het gaat om eigendom is dus de *zaak zelf* het relevante vermogensbestanddeel; gaat het om een beperkt recht op een zaak, dan is niet de *zaak*, maar het *beperkte recht* het relevante vermogensbestanddeel.²⁵⁷ Dat beperkte recht is – anders dan de zaak – een volkomen juridische constructie. De zaak blijft na de vestiging van het beperkte recht volledig eigendom van de eigenaar, en daarvan kan er in ons rechtssysteem tegelijkertijd slechts één zijn. De alleenheerschappij van de eigenaar wordt alleen – door de belasting van zaak en eigendom met het beperkte recht – in meer of mindere mate beperkt.

Zoals ook de Pandektisten reeds concludeerden, hebben eigendom en beperkt recht dus een *ander* karakter. Het zijn – hoewel het allebei (onderdelen van) vermogensbestanddelen zijn – *kwalitatief*, en niet slechts kwantitatief verschillende rechten.²⁵⁸ Dit verschil speelt zich niet af op het niveau van het zijn van vermogensbestanddelen; het zit hem in de verhouding tot de zaak.

255 Het eigendomsrecht is in die zin dus eigenlijk niet het meest omvattende recht dat iemand *op* een zaak kan hebben, zoals art. 5:1 lid 1 BW het stelt. Het (rechtmatig) hebben van een zaak gaat echter wel gepaard met de meest omvattende bevoegdheden *met betrekking tot* die zaak. We kennen derhalve niet iemand die de *eigendom* van een zaak heeft bevoegdheden toe, we kennen iemand die een *zaak* heeft bevoegdheden toe en noemen die uit het hebben van de zaak voortvloeiende bevoegdheden *eigendom*. Minder omvattende bevoegdheden geven de beperkte rechten op een zaak.

256 Hetgeen overigens een minder historische term is dan deze doet vermoeden: Feenstra 1979 (*Jus in re: het begrip zakelijk recht in historisch perspectief*) en ook Feenstra 1994, p. 82-83.

257 Vgl. in die zin bijv. ook nog eens heel duidelijk Diephuis VI (1886), p. 21 noot 1 m.b.t. het recht van beklemming.

258 Het kwantitatieve verschil zit hem erin dat eigendom het meest omvattende recht is dat men t.a.v. een zaak kan hebben (art. 5:1 lid 1 BW), en beperkte rechten dus minder omvattende rechten zijn die men t.a.v. een zaak kan hebben.

Alleen de *eigendom* is een ‘recht van toebehoren’ van een zaak en alleen dáár is dan ook logischerwijs plaats voor vereenzelviging. De visie van De Jong dat ook een *beperkt recht* een ‘recht van toebehoren’ van de zaak is, is wat mij betreft dan ook onhoudbaar. Dat zou immers óók een zekere vereenzelviging van beperkt recht en zaak opleveren – een gevolg dat in de bespreking van De Jongs proefschrift hierboven in paragraaf 6.1.2.3 in zijn systeem al werd geconstateerd en daar tot problematische vergezichten blijkt te leiden. Tevens vormt het een wat mij betreft onaanvaardbare afwijking van het systeem dat Meijers voor ogen stond.²⁵⁹ De vereenzelviging van het beperkt recht en de zaak werkt volgens De Jong immers ook door in artikel 3:1 BW in die zin dat het beperkte recht op een zaak *niet* onder de ‘vermogensrechten’, maar onder de ‘zaken’ moet worden begrepen. Dat acht ik ondenkbaar. Een beperkt recht is een recht, geen zaak.²⁶⁰

De visie van een beperkt recht op een zaak als een ‘stukje eigendom’ is zo gezien ook onzinnig. Niet alleen miskent dit het fundamenteel verschillende karakter van eigendom en beperkt recht, het zou óók betekenen dat het beperkte recht een ‘stukje zaak’ zou zijn. Het beperkte recht geeft echter geen ‘stukje zaak’. Dat doet alleen de mede-eigendom.

Ook Meijers heeft zich ooit uitgelaten over de vraag of er een kwalitatief (of slechts een kwantitatief) verschil bestaat tussen eigendom en de overige zakelijke rechten. Dit doet hij in een reactie op een opstel van J. van Kuyk in Themis over het begrip ‘eigendom’. Meijers laat zich daar in de volgende zin uit over deze door Van Kuyk opgeworpen – en door hem zelf bevestigend beantwoorde – vraag:

“Ik voor mij zie het nut der gansche vraag of er een quantitatief of een qualitatief verschil tusschen het begrip eigendom en de overige zakelijke rechten bestaat, niet in. Dat de overige zakelijke rechten van den eigendom zijn afgeleid, zal niemand betwisten, maar dat er een principieel verschil is in de omschrijving der bevoegdheden van den eigendom eenerzijds en de omschrijving van de overige zakelijke rechten anderzijds, is onjuist. Ongetwijfeld zijn bij den eigendom de bevoegdheden negatief bepaald; positief zijn slechts de beperkingen, maar dit is evenzoo het geval bij rechten als opstal en erfpacht.”²⁶¹

259 Ook W. Snijders meent dat het betoog van De Jong dat beperkte rechten geen vermogensrechten zijn, zich in het geheel niet laat verenigen met het stelsel van de Boeken 3 en 5 en de opvattingen van Meijers (*WPNR* 6689 (2006), p. 832).

260 Zie bijv. uitdrukkelijk de TM bij art. 3:6 BW, PG Boek 3, p. 89: “Het ontwerp kent daarnaast ook niet overdraagbare *vermogensrechten*. Het zijn rechten, die strekken om de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen. Men denke b.v. aan een niet overdraagbaar *zakelijk recht van gebruik of bewoning* (...).” (cursiveringen toegevoegd)

261 Meijers, *WPNR* 2104 (1910), p. 205.

Meijers ziet dus niet zo'n groot verschil tussen de 'omschrijvingen der bevoegdheden' van het eigendomsrecht en het recht van erfpacht – en men moet hem toegeven dat het verschil in bevoegdheden in de praktijk ook bijzonder klein kan zijn. Hij ziet eigenlijk het hele nut van de vraag niet zo in. Veel geïnteresseerder is hij namelijk in de tweede vraag die Van Kuyk opwerpt:

“Van veel meer gewicht lijkt mij de tweede door den schrijver besproken vraag: in hoeverre men ook eigendom van onlichamelijke zaken moet erkennen?”²⁶²

Hier kan hij immers een kwestie ter sprake brengen, waarvan wij weten dat die voor Meijers heel belangrijk was, en die hij dan ook tot één van de hoofdpunten van zijn ontwerp voor een nieuw BW heeft gemaakt: de indeling van het BW niet alleen in zakenrecht en verbintenissenrecht, maar ook in een algemeen vermogensrechtelijk deel dat deze beide delen voorafgaat en waarin kwesties geregeld worden die voor alle goederen – zaken zowel als verbintenissen – van belang zijn.

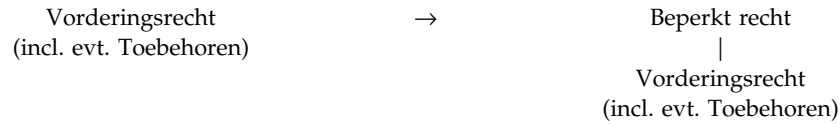
Dat Meijers hier vermeldt dat hij het nut van de vraag naar een kwalitatief onderscheid tussen eigendom en beperkte rechten niet inziet, wil echter niet zeggen dat hij dat hierboven vermelde kwalitatieve onderscheid niet zelf ook *maakt*. Meijers kent immers veel waarde toe aan de vereenzelviging van eigendom en zaak. Hij heeft daar zelfs de hele indeling van het goederenrecht op gebaseerd: goederen zijn zaken en vermogensrechten (art. 3:1 BW). De vereenzelviging van beperkte rechten à la De Jong heeft hij echter nooit toegepast of bepleit. De beperkte rechten zijn in zijn systeem vermogensrechten, geen zaken.²⁶³ Hoogstens heeft hij de vestiging van een beperkt recht op een zaak gekwalificeerd als een “gewijzigde machtsverhouding ten aanzien van hetzelfde object”,²⁶⁴ daarmee is niet gezegd dat beide machtsverhoudingen ten aanzien van dat object van dien aard zijn dat ze met het object zelf vereenzelvigd kunnen of moeten worden. Dat lijkt mij toch een principieel verschil te zijn.

Deze laatste consequentie van mijn systeem – dat het aanleiding geeft tot een principieel verschil tussen eigendom en beperkt recht – geldt in zekere zin óók bij het beperkte recht indien dat niet op een *zaak*, maar op een *recht* (bijvoorbeeld een vorderingsrecht) rust. Ook daar blijken het 'toebehoren' van een vorderingsrecht – in de zin van de aan het vorderingsrecht inherente gerechtigdheid *tot* dat vorderingsrecht – en het beperkte recht op een vorderingsrecht géén gelijksoortige 'rechten op een recht' te zijn. Het beperkte recht staat hier immers niet op één lijn met die gerechtigdheid *tot* of een 'recht van toebehoren' *op* het vorderingsrecht, maar met het vorderingsrecht zelf:

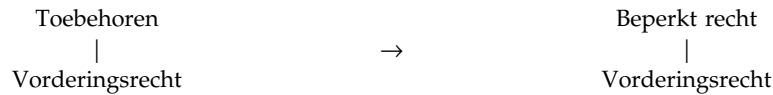
262 Idem.

263 Zie ook hierboven noot 260.

264 Idem, p. 206.



En ook hier wijk ik af van De Jong, waar het ‘toebehoren’ van een vorderingsrecht en het beperkte recht op een vorderingsrecht zich op gelijke hoogte bevinden:



Waar in De Jongs systeem wederom sprake lijkt te zijn van een *horizontale beweging* en van het beperkte recht als een *afsplitsing* van het ‘toebehoren’ van het vorderingsrecht, is in het door mij geopperde systeem wederom sprake van een *verticale beweging* en van het beperkte recht als *belasting* of *bezwarende* van het vorderingsrecht. Ook hier bestaat mijns inziens een *kwalitatief* verschil dat zich niet afspeelt op het niveau van het zijn van vermogensbestanddelen, maar in de verhouding tot het vorderingsrecht. Hebben we bij het ‘toebehoren’ van een vorderingsrecht – een begrip dat wat mij betreft *volledig* vereenzelvigd kan en moet worden met het vorderingsrecht zelf – te maken met het tot het vermogen behoren van een *vorderingsrecht*, bij het beperkte recht op een vorderingsrecht hebben we te maken met het tot het vermogen behoren van een bepaald goederenrechtelijk werkend recht *op* een vorderingsrecht. Als het gaat om ‘toebehoren’ van een vorderingsrecht is dus het *vorderingsrecht zelf* het relevante vermogensbestanddeel; gaat het om een beperkt recht op een vorderingsrecht, dan is niet het *vorderingsrecht*, maar het *beperkte recht* het relevante vermogensbestanddeel. Alleen het ‘toebehoren’ van een vorderingsrecht, en niet het beperkte recht op een vorderingsrecht, is dus een ‘recht van toebehoren’ van dit vorderingsrecht – men ziet hoe gratuit dit alles gaat klinken zonder de nodige vereenzelviging van ‘toebehoren’ en vorderingsrecht – en alleen dáár is dan ook logischerwijs plaats voor vereenzelviging. Het beperkte recht op een vorderingsrecht is geen ‘recht van toebehoren’ van een vorderingsrecht à la De Jong.

De visie van een beperkt recht op een vorderingsrecht als een 'stukje toebehoren' van een vorderingsrecht is zo gezien ook onzinnig.²⁶⁵ Niet alleen miskent dit het fundamenteel verschillende karakter van het toebehoren van een vorderingsrecht en het beperkt recht daarop, het zou óók betekenen dat het beperkte recht een 'stukje vorderingsrecht' zou zijn. Het beperkte recht geeft echter geen 'stukje vorderingsrecht'. Dat doet alleen het aandeel in een gemeenschappelijk vorderingsrecht.

6.2.3.2 *Beperkte rechten op andere beperkte rechten ('stapeling van rechten')*

In het voorgaande heb ik steeds gesproken over beperkte rechten die op zaken of op (vorderings-)rechten rusten. Maar beperkte rechten kunnen ook op andere beperkte rechten rusten, althans door andere beperkt gerechtigden op een zaak of ander vermogensrecht gevestigd worden. Men spreekt in dat kader ook wel van de 'stapeling van rechten'. Ook bij het beperkte recht op een vorderingsrecht en zelfs bij het beperkte recht op een zaak (en daarmee tevens op de juridische kant van de zaak: het eigendomsrecht) is een zekere 'stapeling van rechten' te bespeuren: het zijn in zekere zin allemaal rechten op rechten. Met 'stapeling van rechten' worden hier echter alleen de beperkte rechten op *andere beperkte rechten* bedoeld.

De vraag is nu hoe die constructie van beperkte rechten op andere beperkte rechten er precies uitziet, en met name of die beperkte rechten echt '*op*' de eerder gevestigde beperkte rechten rusten. Deze rechten verdienen hier – aan het einde van dit hoofdstuk – nog eens expliciet de aandacht, omdat het nog maar de vraag is of deze constructie in alle gevallen en in alle opzichten vergelijkbaar is met die van het beperkte recht op een zaak of een vorderingsrecht. De constructie van deze laatste beperkte rechten is in mijn systeem – zoals we hiervoor hebben gezien – een *belasting* van de zaak (en de eigendom), niet een *afsplitsing* daarvan. In het nu volgende wordt bekeken of dit voor de gestapelde beperkte rechten óók het geval is. Eén van de redenen om voor beperkte rechten op zaken de afsplitsingstheorie te verwerpen was het hiervoor behandelde kwalitatieve verschil tussen eigendom en beperkt recht: het zijn *ongelijksoortige* rechten op zaken. Eenzelfde redenering bleek op te gaan voor het beperkte recht op een vorderingsrecht. Voor de beperkte rechten op andere beperkte rechten gaat deze redenering echter *niet* op. Dat zijn immers uiteraard *gelijksoortige* rechten: beperkte rechten op andere beperkte rechten. De vraag is dan of er andere redenen zijn om de afsplitsingstheorie te verwerpen, die óók standhouden bij de gestapelde rechten. Het lijkt hierbij op voorhand niet onaannemelijk dat de verschillen tussen allerlei mogelijke 'stapelingen' van

265 Vgl. hier ook bijv. Wery, *RM Themis* 1961, p. 89: "Er is niet sprake van een gedeeltelijke overdracht der schuldvordering. Zij [de vruchtgebruiker en pandhouder op een schuldvordering] zijn te beschouwen als derden, die bepaalde rechten op de vordering hebben verkregen."

beperkte rechten dusdanig zijn dat er ruimte zou kunnen zijn voor verschillende constructies.

In ons huidige BW kennen we (nog) zes beperkte rechten. Aan de ene kant zijn dat *genotsrechten* (vruchtgebruik – inclusief de rechten van gebruik en bewoning – erfdienstbaarheid, erfpacht en opstal) en aan de andere kant zijn dat *zekerheidsrechten* (hypotheek- en pandrecht). Aangezien de wet van een aantal gevallen van door beperkt gerechtigden gevestigde genotsrechten de precieze constructie zelf aangeeft, doch dit bij de zekerheidsrechten niet het geval is, verdient het aanbeveling om bij de bestudering van de constructie van deze rechten een onderscheid te maken tussen deze twee hoofdtypen. Begonnen zal worden met een nadere beschouwing van de stapeling met zekerheidsrechten.

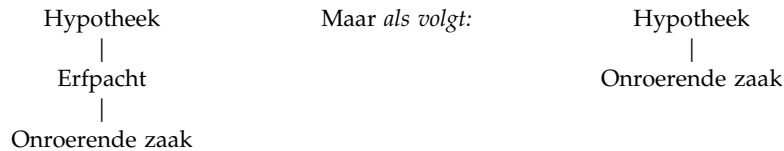
6.2.3.3 Stapeling met zekerheidsrechten

De Jong erkent in zijn systeem geen enkele vorm van stapeling. Volgens hem rusten alle beperkte rechten – ook de beperkte rechten die door andere beperkte gerechtigden gevestigd worden – *rechtstreeks* op een zaak of op een vermogensrecht (een vorderingsrecht, een intellectueel eigendomsrecht e.d.).²⁶⁶ Dat geldt dus ook bij stapeling met zekerheidsrechten. Er bestaan derhalve slechts hypotheekrechten op registerzaken²⁶⁷ en pandrechten op roerende

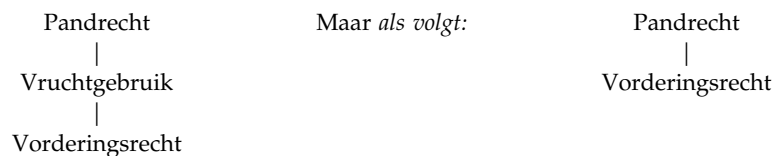
266 In zijn systeem maakt hij immers een scherp onderscheid tussen ‘rechten van toebehoren’ en ‘voorwerpen van toebehoren’ (diss. 2006, nr. 202). De ‘rechten van toebehoren’ – waartoe naast het eigendomsrecht ook het beperkte recht moet worden gerekend – zijn de goederenrechtelijke rechten die op de ‘voorwerpen van toebehoren’ kunnen rusten. Deze rechten kunnen zelf geen ‘voorwerp van toebehoren’ zijn, waarop een ‘recht van toebehoren’ kan rusten. Deze gedachte maakt stapeling van beperkte rechten in De Jongs systeem ondenkbaar.

267 Met registerzaken worden registergoederen bedoeld die tevens zaken zijn: onroerende zaken of teboekgestelde schepen en luchtvaartuigen. Ook het hypotheekrecht dat door de gerechtigde tot een *appartementsrecht* wordt gevestigd, moet in De Jongs visie rechtstreeks op de betrokken onroerende zaak rusten. De Jong omschrijft het appartementsrecht – in afwijking van de heersende leer – als de individuele eigendom van het afzonderlijke *appartement* in combinatie met een aandeel in de gemeenschappelijke eigendom van de ondergrond (diss. 2006, nr. 147). Het appartementsrecht is volgens De Jong dus net als het beperkte recht een ‘recht van toebehoren’: het meestomvattende recht van toebehoren dat iemand op een *appartement* kan hebben (nr. 148). Het appartement is hierbij door De Jong “gereificeerd” – d.w.z. door hem als afzonderlijke (stoffelijke) *zaak* bestempeld. Het ‘recht van toebehoren’ is daarmee een recht van *eigendom*. Nu het appartementsrecht in De Jongs systeem wordt gekwalificeerd als een ‘recht van toebehoren’ en niet als een ‘voorwerp van toebehoren’, behoort een hypotheekrecht op dit *appartementsrecht* niet tot de mogelijkheden. Het hypotheekrecht dat door de gerechtigde tot een appartementsrecht gevestigd wordt, zal dus rechtstreeks op het *appartement* als “gereificeerd” voorwerp van toebehoren komen te rusten. Hoe het tweede onderdeel van het appartementsrecht – het aandeel in de gemeenschappelijke eigendom van de ondergrond – precies in deze opvatting zal moeten worden ingepast, is enigszins onduidelijk. Mogelijkerwijs zal het hypotheekrecht in De Jongs visie niet alleen

niet-registerzaken of op vorderingsrechten, intellectuele eigendomsrechten e.d. Een hypotheekrecht op een recht van erfpacht²⁶⁸ op een onroerende zaak ziet er dan niet *als volgt* uit:

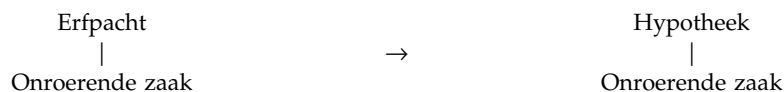


Het pandrecht op een recht van vruchtgebruik op een vorderingsrecht²⁶⁹ ziet er dan niet *als volgt* uit:



Ook bij de door andere beperkt gerechtigden gevestigde zekerheidsrechten erkent De Jong dus geen *tussenliggende* rechten, die de verbinding vormen tussen het zekerheidsrecht en het uiteindelijke voorwerp van dit zekerheidsrecht.

Indien men hier het proces van de vestiging volgens De Jong in schema vat, dan krijgt men het volgende beeld:



op het appartement, maar ook op (het aandeel in) de ondergrond komen te rusten.

268 Waar in deze paragraaf gesproken wordt van een hypotheekrecht op een erfpachtrecht op een onroerende zaak, kan men steeds ook lezen: een hypotheekrecht op een opstalrecht op een onroerende zaak of een hypotheekrecht op een recht van vruchtgebruik op een onroerende zaak of een hypotheekrecht op een recht van vruchtgebruik op een ander registergoed.

269 Waar in deze paragraaf gesproken wordt van een pandrecht op een recht van vruchtgebruik op een vorderingsrecht, kan men steeds ook lezen: een pandrecht op een recht van vruchtgebruik op een ander niet-registerrecht of een pandrecht op een recht van vruchtgebruik op een roerende niet-registerzaak.

En:



Ook hier ziet men weer de *horizontale* beweging, die zich zo goed laat combineren met het afsplitsingsmodel: de erfpachter of vruchtgebruiker met een recht dat direct op de onroerende zaak of het vorderingsrecht rust, verschaft de hypotheek- of pandhouder een deel van dat direct op de onroerende zaak of het vorderingsrecht rustende recht. De hypotheek- of pandhouder verkrijgt daarbij dus óók een recht dat *direct* op de al eerder belaste zaak of het al eerder belaste recht rust. De erfpachter of vruchtgebruiker belast dan dus niet zozeer zijn eigen beperkte recht (dat gebeurt slechts indirect), maar hij belast direct de zaak of het recht waarop ook zijn eigen recht rust, door een deel van zijn eigen recht aan de hypotheek- of pandhouder af te staan. Dat de erfpachter of vruchtgebruiker hier een recht verschaft op een zaak of een recht dat zelf *niet* van hem is, is niet in strijd met het *nemo plus*-beginsel.²⁷⁰ In het afsplitsingsmodel draagt men immers een deel van zijn *eigen* recht over, en dat eigen recht rustte ook reeds op een zaak die of een recht dat niet van de erfpachter of vruchtgebruiker zelf was. De afsplitsing van een deel van zijn eigen beperkte recht is dan ook geen verdere beschikking over een vermogensbestanddeel van een ander dan met de vestiging van het eerdere beperkte recht door de hoofdgerechtigde reeds het geval was.

Toch kan ik me maar moeilijk verenigen met deze opvatting van de door beperkt gerechtigden gevestigde zekerheidsrechten. Er is namelijk – ook hier – een probleem met dit model. Het door de beperkt gerechtigde gevestigde zekerheidsrecht moet dan namelijk wél als een afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht gezien kunnen worden, in die zin dat de inhoud van het hypotheek- of pandrecht beperkt zal moeten zijn tot de inhoud van het eerder gevestigde beperkte recht. Is dit niet het geval, dan komt men immers wel degelijk in de knoei met het *nemo plus*-beginsel. De relatie tussen aan de ene kant de constructie van het door de beperkt gerechtigde gevestigde zekerheidsrecht op de onderliggende zaak of het onderliggende recht en aan de andere kant het afsplitsingsmodel, werkt immers twee kanten op. Als men het door de beperkt gerechtigde gevestigde zekerheidsrecht ziet als een afsplitsing van het beperkte recht, dan *moet* dit recht op dezelfde zaak of hetzelfde recht rusten als het recht waarvan het wordt afgesplitst: een directe belasting

²⁷⁰ Anders Pleysier, *WPNR* 5651 (1983), p. 297-302.

dus van het onderliggende zaak of het onderliggende recht. Een 'stukje' van een recht heeft immers logischerwijs hetzelfde voorwerp als het hele recht.²⁷¹ Maar óók *andersom* geldt deze relatie: als men het door de beperkt gerechtigde gevestigde zekerheidsrecht construeert als een recht dat rechtstreeks op de onderliggende zaak of het onderliggende recht rust, dan *moet* dit wel een zekere afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht zijn.²⁷² Zou dit namelijk *niet* het geval zijn, dan zou de beperkt gerechtigde een recht op de hem niet toebehorende, onderliggende zaak of het hem niet toebehorende, onderliggende recht kunnen verschaffen dat nog niet eerder bestond – een recht dat ook niet al in zijn eigen recht besloten lag. Een recht waarvan men derhalve niet kan zeggen dat het onderdeel uitmaakte van het door de hoofdgerechtigde eerder gevestigde beperkte recht. In dat geval worden er bevoegdheden aan de zekerheidsgerechtigde over de onderliggende zaak of het onderliggend recht gegeven die de eerder beperkt gerechtigde *zélf niet* had. En dat nu, komt wél in strijd met het *nemo plus*-beginsel.²⁷³

En daar zit hem nu precies het probleem. Want zoals De Jong zelf ook constateert, zijn het hypotheek- en pandrecht moeilijk voorstelbaar als een afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht (bijvoorbeeld een recht van erfpacht of een recht van vruchtgebruik), in die zin dat het hypotheek- of pandrecht geen bevoegdheden en verplichtingen tot inhoud hebben die ook onderdeel uitmaken van dit eerder gevestigde beperkte recht. De Jong schrijft immers – overigens in het kader van het *door de eigenaar* van een zaak gevestigde hypotheekrecht – het volgende:

271 Dit lijkt ook De Jong te signaleren (diss. 2006, nr. 77). Hij lijkt zich hier te realiseren dat het afsplitsingsmodel in tegenspraak is met de stapelingsgedachte. Zie ook noot 254 hierboven.

272 Ziet men de vestiging van het zekerheidsrecht door de eerder beperkt gerechtigde echter als een belasting van zijn eigen beperkte recht (een beschikking over zijn *eigen* recht derhalve), dan is deze belasting in beginsel op elke denkbare manier mogelijk. In ieder geval is men dan niet gebonden aan de *nemo plus*-regel in die zin dat het zekerheidsrecht alleen bevoegdheden kan bevatten die ook onderdeel uitmaken van het eerder gevestigde beperkte recht. Zie hierover – en over de vraag welke grenzen er dan (zouden moeten) gelden – uitgebreid hfdst. 7.

273 Men kan dan ook niet zeggen – zoals De Jong (diss. 2006, nr. 106) wél doet – dat de erfpachter, *omdat* hij in een bepaalde mate tot de grond gerechtigd is, die grond op zijn beurt zomaar met een ander recht kan bezwaren. Hij kan hoogstens een deel van zijn *eigen* recht afsplitsen, en overdragen aan een ander, die daarmee net als de eerdere beperkt gerechtigde een recht op de grond verkrijgt. Maar dit is dus slechts denkbaar als het daarmee beoogde beperkte recht ook als een afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht kan worden gezien, in die zin dat daarin alleen bevoegdheden zijn opgenomen die ook in het eerder gevestigde beperkte recht zaten. Dat de overige, principiële bezwaren tegen het afsplitsingsmodel niet gelden bij beperkte rechten die door beperkt gerechtigden worden gevestigd, komt bij de stapeling met genotsrechten (par. 6.2.3.4) nog verder aan de orde.

“Bij een beperkt recht als het recht van hypotheek kunnen we tegen de opvatting, dat de bevoegdheden die uit dat recht voortvloeien zijn afgesplitst van het eigendomsrecht een andere bedenking aanvoeren. We kunnen namelijk bij een hypotheekrecht bezwaarlijk stellen dat de eigenaar het recht om zijn zaak in het voorkomende geval executoriaal te verkopen is kwijtgeraakt en dat dit nu in de vorm van een ‘afsplitsing’ in het vermogen van de hypotheekhouder valt. Van een ‘afsplitsing’ met een duidelijk privaat element, zoals bij gebruiksrechten als een recht van vruchtgebruik of erfpacht, is geen sprake. Als het erop aan komt vormen de bevoegdheden die de hypotheekhouder krijgt weliswaar een verstrekkende beperking voor de eigenaar, maar ze bestaan omdat de wet ze aan het hypotheekrecht verbindt en niet omdat de eigenaar ze naar eigen inzicht van zijn eigendomsrecht heeft afgesplitst. De wet kan aan een beperkt recht bevoegdheden toekennen, die enerzijds de eigenaar niet per se verliest en waarvan men anderzijds niet hoeft aan te nemen dat zij vóór de vestiging in de eigendom besloten lagen.”²⁷⁴

In het kader van het door de eigenaar gevestigde pandrecht merkt hij op:

“De beperkte rechten vormen geen afsplitsingen van de eigendom en de optelsom van de beperkte rechten en de ‘bloot’ eigendom is niet gelijk aan de eigendom van een onbezwaarde zaak. De som der delen is hier vaak meer dan het geheel. Een pandrecht impliceert bevoegdheden die een eigenaar zelf niet heeft. Men kan bezwaarlijk zeggen dat de eigenaar het recht heeft om zijn eigen zaak executoriaal te verkopen en zich met voorrang boven andere schuldeisers op de opbrengst te verhalen.”²⁷⁵

Deze redeneringen zijn evengoed geldig voor het gestapelde zekerheidsrecht, het zekerheidsrecht dat wordt gevestigd door een eerdere beperkt gerechtigde van de betrokken zaak. Ook dan kan immers niet worden gezegd dat dit zekerheidsrecht een afsplitsing is van het eerder gevestigde beperkte recht. Zelfs als we de eis zouden loslaten dat de afsplitsing een ‘privaat element’ heeft, blijft het nog altijd zo dat de hypotheek- of pandhouder bevoegdheden verkrijgt waarvan men niet aan kan nemen dat die vóór de vestiging van zijn recht aan de eerdere beperkt gerechtigde toekwamen. Het zijn veeleer bevoegdheden die de hypotheek- of pandhouder, na vestiging van dat recht door de eerdere beperkt gerechtigde, aan de wet ontleent. En deze constatering is in overeenstemming met het zekerheidsrecht als afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht.²⁷⁶

274 De Jong, diss. 2006, nr. 18. Zie ook Jansen, *GROM* XXV (2008), p. 88.

275 Idem, nr. 240.

276 De figuur van de herverpanding – het door de eerste pandhouder gevestigde (tweede) pandrecht op het onderliggende goed dat rang neemt boven het eerst gevestigde pandrecht – heb ik in het bovenstaande buiten beschouwing gelaten. Hiervoor geldt allereerst dat het “gaat om een onder het oud recht ontstane praktijk, die men om praktische redenen heeft willen continueren.” Zie W. Snijders, *WPNR* 6689 (2006), p. 835 met verdere verwijzing. Voorts bestaat de bevoegdheid tot herverpanden slechts indien deze ondubbelzinnig aan

Ook De Jong wijst het afsplitsingsmodel dus van de hand. Maar deze afwijzing van de afsplitsing van beperkte rechten uit meeromvattende rechten is – zoals hierboven uiteengezet – wat mij betreft moeilijk verenigbaar met zijn visie dat de door beperkt gerechtigden gevestigde zekerheidsrechten *rechtstreeks* op de onderliggende zaak of het onderliggende recht rusten. Op het punt van de zekerheidsrechten overtuigt De Jong mij dan ook niet en acht ik zijn opvatting van de directe belasting van onderliggende zaak of recht onbevredigend.

De door een beperkt gerechtigde gevestigde hypotheek- of pandrechten zijn echter *wel* heel goed voorstelbaar als échte *gestapelde* rechten: als belastingen van het eerder gevestigde beperkte recht. Het zijn door de wet toegelaten belastingen waaraan die wet bepaalde bevoegdheden en verplichtingen voor de hypotheek- of pandhouder koppelt. Sterker nog, deze constructie ligt zelfs behoorlijk voor de hand.

Waarop immers kan de zekerheidsgerechtigde op grond van het zekerheidsrecht dat hem door een beperkt gerechtigde is verleend zich verhalen? Wat kan hij uitwinnen? Wat verschaft hij in geval van executie aan de executiekoper? Deze zekerheidsgerechtigde kan de executiekoper alleen in de positie van beperkt gerechtigde brengen. Hij verschaft dus niet de onderliggende zaak, of een deel daarvan, hij verschaft een beperkt recht op die zaak. De hypotheekhouder die zijn recht ontleent aan de erfpachter van een onroerende zaak verschaft bij executie een recht van erfpacht op de onroerende zaak, niet de onroerende zaak zelf. De pandhouder die zijn recht ontleent aan de vruchtgebruiker van een vordering verschaft bij executie een recht van vruchtgebruik op de vordering, niet de vordering zelf. Logischerwijs heeft de zekerheidsgerechtigde dus een recht verkregen *op* het eerder gevestigde beperkte recht. Hij heeft het recht in geval van executie *dit beperkte recht* aan de executiekoper te doen toekomen. De beperkt gerechtigde die hem zijn zekerheidsrecht heeft verschaft, beschikte immers over zijn eigen beperkte recht en verleende dus een recht dat direct op zijn eigen recht betrekking had, en slechts indirect betrekking had op de onderliggende zaak of het onderliggende recht. Ik ben het met De Jong eens dat het gerechtigden van gestapelde rechten veelal vooral gaat om de onderliggende zaak of het onderliggende recht waarop hun beperk-

de pandhouder is toegekend, wat in feite neerkomt op de voorafgaande instemming van de oorspronkelijke pandgever met de vestiging van een tweede pandrecht op zijn eigen, onderliggende goed. Tenslotte kan hier wel degelijk worden volgehouden dat het om een afsplitsing van het eerdere pandrecht gaat, dat daarmee logischerwijs ook rechtstreeks op het onderliggende goed komt te rusten. Vergelijk voor deze laatste gedachtegang de constructie van de ondererfpacht in par. 6.2.3.4. Zwalve (Zwalve 1994-I) meent dat er geen plek is voor herverpanding zonder dat ook de vordering tot zekerheid waarvan het goed oorspronkelijk in pand was gegeven, mede verpand wordt. En als dat wel het geval is heeft de figuur van de herverpanding geen enkele zelfstandige betekenis meer: in feite gaat het dan eenvoudigweg om de verpanding van een vordering die door een pandrecht is verzekerd, waardoor de tweede pandhouder bevoegd is de rechten uit te oefenen die aan de crediteur van de verpande vordering toekomen.

te recht indirect betrekking heeft.²⁷⁷ Dat wil echter nog niet zeggen dat ze ook daadwerkelijk een direct op deze zaak of dit recht rustend recht verkrijgen, en dat de constructie van het door de eerdere beperkt gerechtigde gevestigde recht niet via het eerdere beperkte recht loopt. Ook het feit dat ná het ontstaan van het gestapelde recht, het voortbestaan van het tussenliggende beperkte recht niet altijd meer van doorslaggevend belang is voor het voortbestaan van het op dit tussenliggende recht rustend beperkt recht, leidt niet tot een andere conclusie.²⁷⁸ We moeten deze regel van artikel 3:81 lid 3 BW – dat handelt

277 Zie bijv. De Jong, diss. 2006, nr. 74 en 85. Het klopt dan ook, zoals De Jong schrijft, dat het de houder van een gestapeld pandrecht weinig kan (en hoeft te) interesseren wie op het moment van uitwinnen rechthebbende is van het tussenliggende recht van vruchtgebruik, omdat hij in het kader van een executie het recht van vruchtgebruik op de onderliggende zaak aan de executiekoper kan overdragen. Wat hem echter wél zal interesseren is dat hij niet het onderliggende zaak *zelf* in enigerlei vorm kan overdragen, maar slechts het recht van vruchtgebruik *op* die zaak. Dat *recht* is waar hij zich op kan verhalen, niet de onderliggende zaak. De bezwaring door de vruchtgebruiker is dus geen ‘vorm van beschikken’ die ‘in feite neerkomt op’ een bezwaring van de onderliggende zaak zelf (vgl. nr. 84). En de overdracht van het vruchtgebruik is geen ‘vorm van beschikken, die in feite neerkomt op vervreemding van de zaak’ (idem).

278 Zie hierover De Jong, diss. 2006, par. 11 en 12. Dat De Jongs constructie van het door een eerdere beperkt gerechtigde gevestigd beperkt recht *direct* op de onderliggende zaak de rechtsgevolgen bij afstand en vermenging van het eerder gevestigde beperkte recht beter zouden kunnen verklaren, kan hem nog wel worden toegegeven. Men is dan immers af van de dogmatisch wat lastige ‘relatieve werking’ van het tussenliggende beperkte recht. Deze oplossing brengt echter óók weer de nodige dogmatische problemen met zich mee, zoals zojuist uiteen is gezet: deze constructie is immers alleen denkbaar bij beperkte rechten die bevoegdheden verschaffen die daarvóór in het eerder gevestigde beperkte recht vervat waren. En bij bijvoorbeeld de zekerheidsrechten kan men dit niet volhouden. Ook Verstijlen, *RM Themis* 2006, p. 275 is geneigd het dogmatische voordeel niet al te hoog in te schatten. Wat betreft het ‘relatief werkende’ tussenliggende recht kan ik me overigens grotendeels goed bij De Jong (nr. 86, 89 en 113) aansluiten: het feit dat hij op dit tussenliggende recht gevestigde beperkte recht niet geraakt wordt door het tenietgaan van het tussenliggende recht door afstand en vermenging betekent *niet* dat ook het tussenliggende recht *zelf* niet teniet is gegaan door de afstand of vermenging. Het (voorheen) op het tussenliggende recht gevestigde beperkte recht kan door de wettelijke bepaling van 3:81 lid 3 BW echter tóch – *zonder* zijn voorwerp, maar met dezelfde inhoud – blijven bestaan. Indien vereist – bijvoorbeeld ten behoeve van de executiekoper bij de executie op grond van een (voorheen) gestapeld zekerheidsrecht – ontstaat eenzelfde recht als het tussenliggende recht *opnieuw* – met dezelfde inhoud en dezelfde prioriteit. Overigens geldt ook *buiten* afstand en vermenging nog altijd dat het tenietgaan van het tussenliggende recht het tenietgaan van het daarop gevestigde beperkte recht tot gevolg heeft. *Dit* is een consequentie die In De Jongs opvatting dogmatisch weer veel lastiger te verklaren is, al doet hij daartoe een dappere poging (zie bijv. nr. 107, 110, 114). Bij het stapelingsmodel is deze consequentie *wel* zeer voor de hand liggend. Maar ook indien en wanneer een *afsplitsing* van bevoegdheden die daarvóór ook in het eerder gevestigde beperkte recht zaten kan worden aangenomen – een zienswijze die De Jong in het algemeen en dus ook hier verwerpt – is deze laatste consequentie *wel* goed te verklaren: er wordt dan immers een deel van het oorspronkelijke recht afgesplitst. Uiteraard eindigt dit afgesplitste recht onder dezelfde voorwaarden en termijnen als het oorspronkelijke recht waarvan het een deel is (geweest), maar eindigt het *niet* zomaar als dit oorspronkelijke recht slechts teniet gaat door afstand of vermenging. Als hij het afge-

over de gevolgen van het tenietgaan van het tussenliggende recht door afstand of vermenging – zien voor wat het is: een kunstgreep om bepaalde, uit het systeem van de stapelingsconstructie volgende gevolgen van dit tenietgaan te mitigeren.²⁷⁹ Men kan hetzelfde zeggen van bijvoorbeeld de derdenbeschermingsregel van artikel 3:86 BW: dit artikel mitigeert de gevolgen van de overdracht van een goed door een beschikkingsonbevoegde vervreemder. Dat verandert echter niets aan het systeem en uitgangspunt van de wet in deze: vervreemding door een onbevoegde leidt tot een ongeldige overdracht.

De stapeling van beperkte rechten past dus niet alleen dogmatisch goed, maar vormt ook – evengoed als de ongeldigheid van de vervreemding door een onbevoegde – het systeem en uitgangspunt van de wet. Dat laatste moet ook De Jong toegeven.²⁸⁰ Uit de tekst van artikel 3:81 lid 3 BW blijkt dit het duidelijkst:

“Afstand en vermenging werken niet ten nadele van hen die *op het tenietgaande beperkte recht* op hun beurt een beperkt recht hebben.”

Het door een beperkt gerechtigde gevestigde zekerheidsrecht is daarmee dus een *belasting* van het eerder gevestigde *beperkte recht*, net zoals het door de eigenaar van een zaak gevestigde zekerheidsrecht een belasting van die zaak

splitste recht eenmaal heeft weggegeven, kan de eerste beperkt gerechtigde immers logischerwijs niet meer actief, door middel van afstand of vermenging, zorgen voor het tenietgaan van het afgesplitste recht.

279 Een zeker onderscheid tussen het tenietgaan van het tussenliggende recht door afstand en vermenging en het tenietgaan van dit recht op andere wijze is overigens wel te onderkennen. Bij tenietgaan op andere wijze gaat het recht *uit eigen hoofde* teniet, waarna de bezwaring van de eigendom tot een einde komt; bij tenietgaan door afstand of vermenging gaat het slechts – voordat zijn tijd gekomen is – teniet doordat de eigendom en de bezwaring van die eigendom in een en dezelfde hand terechtkomen. Vgl. hierover Diephuis VI (1886), p. 490-492.

280 De Jong, diss. 2006, nr. 177. Zie ook al nr. 12 en 85. Zie in dezelfde zin W. Snijders, *WPNR* 6689 (2006), p. 834-835 en Verstijlen, *RM Themis* 2006, p. 274. Ook De Jongs veelvuldige aanhalingen van het WPNR-stukje van Meijers (*WPNR* 2104 (1910); zie bijv. De Jong, diss. 2006, nr. 47 e.v.) houden m.i. géén afwijzing van het stapelingsmodel in. Het stukje houdt een afwijzing in van een wetssystematiek waarbij rechtsverhoudingen die op alle goederen betrekking kunnen hebben, niet in een *algemeen deel* opgenomen waren. Dit was naar zijn mening zo “doordat het *relatie*-begrip zich bij de mensen niet zoo spoedig ontwikkelt als dat van het *object*.” (p. 205) Het was zijns inziens dan ook hoognodig om de verschillende relaties die men tot alle soorten van in de kern *dezelfde* objecten (*goederen*) kon hebben, in een *algemeen deel* (Boek 3) op te nemen, in plaats van de zaken per soort goed te blijven bekijken. Met ‘verschillende relaties tot hetzelfde object’ bedoelde Meijers m.i. dan ook *niet* dat de verschillende relaties altijd (direct) betrekking hadden op de onderliggende zaak of het onderliggende recht; hij bedoelde dat de verschillende relaties altijd betrekking hadden op *goederen* in algemene zin. In zijn zeer cryptische “evenzoo als X^2 een functie van X is en $2X^2$, een functie van X^2 , maar tevens ook een functie van X is” (p. 206) staat X m.i. dan ook niet zozeer voor een *zaak*, maar vooral voor een *goed*, en X^2 niet zozeer voor een *recht op een zaak*, maar vooral voor een *goed (beperkt recht) op een ander goed*. Vgl. in algemene zin Struycken, diss. 2007, p. 97 noot 205.

is. Het is géén *afsplitsing* van het eerder gevestigde recht en dus ook géén directe belasting van de *onderliggende zaak* of het *onderliggende recht*. Dit laatste komt – zoals we hebben gezien – *niet* door het feit dat de gestapelde zekerheidsrechten om principiële redenen niet als afsplitsingen van de eerder gevestigde beperkte rechten kunnen worden gezien, zoals dat bij beperkte rechten op zaken of vorderingsrechten wel het geval bleek. Het komt doordat de gestapelde zekerheidsrechten ook naar *inhoud* niet gezien kunnen worden als afsplitsingen van de eerder gevestigde beperkte rechten. Zou men *in dat geval* de door eerdere beperkt gerechtigden gevestigde zekerheidsrechten *toch* als direct rustend op de onderliggende zaak of het onderliggende recht construeren, dan komt men wel degelijk in strijd met het *nemo plus*-beginsel.²⁸¹ Wat mij betreft is echter ook hier sprake van een *verticale* beweging en ziet het proces van de vestiging van een beperkt zekerheidsrecht door een beperkt gerechtigde op zijn recht er dan ook wel degelijk uit als een echte stapeling.²⁸²



En:



281 Dit bezwaar wordt niet opgeheven door de regel dat het door de eerdere beperkt gerechtigde gevestigde recht tot einde komt als het eerdere beperkte recht tot een regulier einde komt (zoals De Jong suggereert, diss. 2006, nr. 106-107 en 110). Ook *tijdens* het bestaan van het eerdere beperkte recht is het immers geen optie dat met het door de eerdere beperkt gerechtigde gevestigde recht de positie van de eigenaar verder verzwaaard wordt dan met het eerdere beperkte recht reeds het geval was. Zie hierover uitgebreider verderop in par. 6.2.3.4 bij de door een erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker gevestigde erfdienstbaarheid.

282 Mijns inziens is het beperkte recht dan ook niet een 'recht van toebehoren' dat dankzij die kwalificatie niet als een 'voorwerp van toebehoren' of 'voorwerp van recht' zou kunnen functioneren (zie noot 266 hierboven). Het beperkte recht op een zaak of een recht geeft weliswaar een zekere macht over deze zaak of dit recht, maar dit staat er niet aan in de weg dat het beperkte recht zelf ook als 'voorwerp van recht' kan functioneren, in die zin dat beperkte rechten op andere beperkte rechten kunnen rusten. In andere woorden – bewoordingen van De Jong – staat dit er niet aan in de weg dat men over zijn beperkte recht kan beschikken "alsof het een goederenrechtelijk gereïficeerd voorwerp is" (diss. 2006, nr. 177 slot).

Ook Struycken aanvaardt, anders dan De Jong, het stapelingsmodel voor beperkte rechten gevestigd door beperkt gerechtigden.²⁸³ Opmerkelijk genoeg combineert hij deze opvatting echter wél met het afsplitsingsmodel. Hij merkt hierover weliswaar op dat niet kan worden gezegd dat het afsplitsingsmodel een eenduidige, bewuste of uitdrukkelijke keuze van de wetgever is geweest, maar hij meent uiteindelijk toch dat dit model aan het nieuw BW ten grondslag ligt.²⁸⁴ De combinatie van deze twee modellen of gedachten is overigens wellicht niet geheel ongebruikelijk, maar wat mij betreft een even moeilijke en wringende combinatie als de afwijzing van De Jong van *beide* modellen of gedachten. Als het beperkte recht een afsplitsing of stukje is van het meeromvattende recht waarvan het wordt afgeleid, dan kan het mijns inziens immers niet anders of dat recht rust op hetzelfde voorwerp als het recht waarvan het is afgesplitst. Ziet men het beperkte recht echter niet als een afsplitsing maar als een bezwaring van het eerder gevestigde beperkte recht, dán ontstaat er pas ruimte voor een echte stapeling van beperkte rechten. Juist dán rust het tweede beperkte recht niet op hetzelfde voorwerp als het eerder gevestigde beperkte recht, maar op dat eerder gevestigde beperkte recht zelf.

6.2.3.4 Stapeling met genotsrechten?

De stapeling met zekerheidsrechten moeten we ons dus voorstellen als een *daadwerkelijke* stapeling: een beperkt zekerheidsrecht rust op een ander beperkt recht dat op zijn beurt weer op de onderliggende zaak of het onderliggende recht rust. Bij de *genotsrechten* liggen de zaken enigszins anders. We zijn namelijk niet geheel vrij in het bepalen van de precieze constructie van de door beperkt gerechtigden gevestigde genotsrechten. De wet bevat immers enkele bepalingen die met zoveel woorden aangeven hoe we ons deze constructie met betrekking tot een aantal specifieke genotsrechten moeten voorstellen.

Voordat deze bepalingen aan de orde zullen komen, moeten echter eerst nog enkele woorden gewijd worden aan de algemene context, die ook hier het denkveld bepaalt. Duidelijk hierbij moge inmiddels zijn dat het grootste deel van de principiële bezwaren die aan de aanvaarding van het afsplitsingsmodel in de weg staan bij de bezwaring door de eigenaar van zijn zaak of door de schuldeiser van zijn vordering – met welk beperkt recht dan ook – *niet* gelden bij de bezwaring door een beperkt gerechtigde van zijn beperkte recht – eveneens met welk beperkt recht dan ook. Dat is bijvoorbeeld het geval met het argument dat eigendom en beperkt recht *ongelijksoortige* grootheden zijn, die qua aard, omvang, duur en uitoefening *fundamenteel* en *kwalitatief* van elkaar verschillen. We hebben gezien dat dit fundamentele verschil er niet alleen voor zorgt dat een splitsing van de eigendom überhaupt slecht denkbaar

²⁸³ Vgl. bijv. Struycken, diss. 2007, par. 6.3. Zie met name ook p. 378 noot 43.

²⁸⁴ Idem, par. 6.2.2.

is, maar voorts dat het beperkte recht ook overigens niet als een afsplitsing van het kwalitatief verschillende eigendomsrecht kan worden gezien. Bij de bezwaring van een beperkt recht met een beperkt recht is van een dergelijk fundamenteel of kwalitatief verschil echter uiteraard geen sprake en kunnen deze principiële argumenten geen gewicht in de schaal leggen. Dat geldt ook voor het argument dat bij de eigendom van een zaak sprake is van een recht dat met de zaak zelf geheel verenigd kan en dient te worden, waardoor de eigendom zich op een ander niveau bevindt dan het beperkte recht *op* een dergelijke zaak.

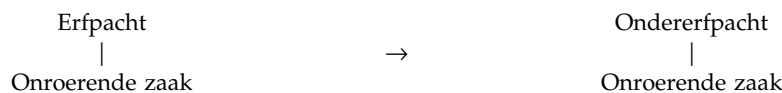
Naast deze principiële bezwaren hebben we gezien dat er echter ook enkele iets meer pragmatische bezwaren bestaan tegen hantering van het afsplitsingsmodel bij de vestiging van een beperkt recht door een eigenaar of een schuldeiser. Van de bevoegdheden die beperkt gerechtigden op grond van hun beperkte recht op een zaak verkrijgen kan bijvoorbeeld betrekkelijk vaak gezegd worden dat die daarvóór *niet* in de eigendom terug te vinden waren. En ook indien dit wél het geval is, kan men weer veelal niet zeggen dat de in het beperkte recht opgenomen bevoegdheden aan de eigenaar *ontnomen* zijn na de vestiging van het beperkte recht. Of men kan niet zeggen dat de bevoegdheden die wél aan de eigenaar ontnomen zijn nu aan de beperkt gerechtigde toekomen. Dit zijn de voornaamste bezwaren die ook bij de gestapelde *zekerheidsrechten* tegen de aanvaarding van het afsplitsingsmodel pleiten, en daarmee naar mijn mening óók tegen de constructie van het gestapelde *zekerheidsrecht* rechtstreeks op de onderliggende zaak en het onderliggende recht.

Het feit dat de principiële bezwaren hier grotendeels wegvallen, en we ter nadere bepaling van de precieze constructie van de door beperkt gerechtigden gevestigde beperkte rechten zijn aangewezen op een onderzoek naar het wel of niet bestaan van de meer pragmatische bezwaren per individueel geval, kan echter tot gevolg hebben dat niet alle door beperkt gerechtigden gevestigde beperkte rechten per se op dezelfde wijze geconstrueerd hoeven te zijn. Er zijn hier dus verschillen in constructie denkbaar.

Bij de door beperkt gerechtigden gevestigde *genotsrechten* bijvoorbeeld, zijn namelijk rechten te vinden die wel degelijk als een afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht kunnen worden gezien. Men denke hierbij aan de ondererfpacht, het erfpachtrecht dat door een (eerdere) erfpachter gevestigd wordt.²⁸⁵ Immers, een recht van ondererfpacht bevat alleen maar bevoegdheden die de erfpachter daarvóór zelf op grond van zijn erfpachtrecht kon uitoefenen. Bovendien kan de erfpachter deze bevoegdheden gedurende het bestaan van de ondererfpacht zelf niet meer uitoefenen. En nu de ondererfpacht

²⁸⁵ Hetzelfde geldt voor de onderopstal, het opstalrecht dat door een (eerdere) opstaller gevestigd wordt (art. 5:104 lid 2 jo. 5:93 BW).

gezien kan worden als een deel van het principale recht van erfpacht, is óók een constructie van dit “gestapelde” recht mogelijk die geen werkelijke *stapeling* inhoudt, maar waarbij de ondererfpacht *rechtstreeks* op de onderliggende onroerende zaak rust. De principale erfpachter splitst dan immers een deel van zijn *eigen* recht op deze onroerende zaak af en draagt dit aan de ondererfpachter over. Met het *nemo plus*-beginsel komt de principale erfpachter daarbij – evenmin als wanneer hij zijn *gehele* erfpachtrecht aan een ander zou overdragen – niet in het gedrang. De ondererfpachter verkrijgt voorts bij een dergelijke afsplitsing noodzakelijkerwijs een recht dat op *hetzelfde* voorwerp rust als het principale recht van erfpacht deed: op de onderliggende onroerende zaak. In schema kan dit als volgt worden weergegeven:



Dit is ook de constructie die de wet ons met betrekking tot het ondererfpacht voorhoudt. Zie artikel 5:93 lid 1 BW:

“De erfpachter is bevoegd *de zaak waarop het recht van erfpacht rust*, geheel of ten dele in ondererfpacht te geven, voor zover in de akte van vestiging niet anders is bepaald. Aan de ondererfpachter komen ten aanzien van de zaak *niet meer bevoegdheden toe dan de erfpachter jegens de eigenaar heeft*.”²⁸⁶ (cursiveringen toegevoegd)

Dat aan de ondererfpachter niet meer bevoegdheden kunnen worden verleend dan de principale erfpachter zelf heeft, is in dit geval niet meer dan een logische gevolgtrekking uit het afsplitsingsmodel en het *nemo plus*-beginsel. Toch heeft de wetgever dat hier nogmaals willen benadrukken.²⁸⁷

Logischerwijs is het afgesplitste deel ook onderworpen aan dezelfde voorwaarden en termijnen als het principale recht waarvan het een deel is (geweest). Het zal daarom dus in beginsel tenietgaan als het principale recht tenietgaat (art. 5:93 lid 2 BW). Dit zal echter – zo ook lid 2 – *niet* het geval zijn

286 Ook als de principale erfpachter zijn recht – in de bewoordingen van artikel 5:93 lid 1 BW – “geheel” in ondererfpacht geeft, zal toch bij de principale erfpachter een zeker ‘restrecht’ achterblijven op grond waarvan de principale erfpachter weer tot uitoefening van zijn bevoegdheden gerechtigd zal zijn indien de ondererfpacht – eventueel onverhoopt – eerder tot een einde zal komen dan het principale erfpachtrecht. Ook hierbij kan men dus spreken van een afsplitsing van de ondererfpacht uit het principale erfpachtrecht. Zou dit alles immers niet het geval zijn, dan zou van een eenvoudige overdracht van het principale erfpachtrecht sprake zijn, waarvoor andere regels gelden (zie art. 5:91 BW).

287 NvW (1976-1977), PG Boek 5 BW, p. 316.

bij het tenietgaan van het principale recht van erfpacht door een *na* de afsplitsing actief ingrijpen van de principale erfpachter in het bestaan van zijn eigen recht, zoals het geval is bij afstand en bij vermenging.²⁸⁸ Als hij het afgesplitste recht van ondererfpacht eenmaal heeft weggegeven, kan hij niet meer actief, door middel van afstand of vermenging van zijn eigen recht zorgen voor het tenietgaan van het afgesplitste recht.

Ook onder oud BW bestond de mogelijkheid voor een erfpachter al om een recht van ondererfpacht te vestigen. Er bestond geen wetsartikel dat deze mogelijkheid expliciet bood, maar de rechtsgeldigheid van de constructie – waar in de praktijk behoefte aan bleek te bestaan – was wel door de Hoge Raad erkend.²⁸⁹

Een onder huidig BW veel genoemd bezwaar tegen gestapelde genotsrechten uit Boek 5 BW – zoals de ondererfpacht – is het onderscheid dat dit BW maakt tussen de beperkte rechten uit Boek 3 BW en die uit Boek 5 BW. De Boek 3-rechten zijn de beperkte rechten die op *alle* soorten goederen kunnen rusten, maar de Boek 5-rechten kunnen slechts rusten op (onroerende) *zaken*. Dit zou de stapeling met Boek 5-rechten bemoeilijken. Immers, als de ondererfpacht geconstrueerd zou worden als een recht op het principale erfpachtrecht op de onderliggende onroerende zaak, dan zou het niet op een *zaak*, maar op een *recht* rusten. En daarmee zou de ondererfpacht onder huidig BW niet meer tot de mogelijkheden behoren.

Er bestaat echter – nog ongeacht de vraag of de ondererfpacht wel als een dergelijke stapeling van rechten geconstrueerd hoeft te worden – geen enkel bewijs dat Meijers met zijn indeling van het huidig BW de onder oud BW aanvaarde figuur van de ondererfpacht onmogelijk zou hebben willen maken.²⁹⁰ De latere wetgever heeft slechts, naar aanleiding van de onrust die het in de vorige alinea genoemde argument tegen stapeling met Boek 5-rechten in de juridische wereld toch teweeg had gebracht, besloten om alsnog de uitdrukkelijke bepaling van artikel 5:93 BW in het wetsontwerp op te nemen. Daarmee heeft de wetgever dit bezwaar van tafel geveegd en voor eens en altijd duidelijk gemaakt dat ook onder het huidig BW de ondererfpacht tot

288 Ook als de vermenging een gevolg is van een handeling van de *eigenaar* van de onroerende zaak zal dit geen invloed meer kunnen hebben op het afgesplitste recht van ondererfpacht.

289 HR 8 december 1982, NJ 1983, 686 m. nt. WMK.

290 Vgl. in diezelfde zin, doch ten aanzien van alle stapelingen met Boek 5-rechten, Struycken, diss. 2007, p. 378: “Waar de tekst en het systeem van de wet en het daaraan ten grondslag liggende dogmatische model zo duidelijk zijn, kan de thans breed in de doctrine gedeelde, beperkte uitleg van de term ‘zakelijk recht’ geen grondslag bieden voor het vermeende bestaan van een nergens in de wet of in de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk geformuleerd stapelingsverbod. Een dergelijk verbod bestaat eenvoudigweg niet.” Anders Van Velten 2012, p. 27.

de mogelijkheden blijft behoren.²⁹¹ Nu die constructie bovendien is vormgegeven als een recht dat direct op de onderliggende onroerende zaak rust, kan het bezwaar dat dit Boek 5-recht niet op een *zaak* zou komen te rusten ook heel expliciet van de hand worden gewezen.

Ook de *erfdienstbaarheid* die door een erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker wordt gevestigd, wordt door de wet geconstrueerd als een recht dat direct op de onderliggende onroerende zaak komt te rusten. Zie artikel 5:84 lid 1 BW:

“Hij die een recht van erfpacht, opstal of vruchtgebruik op een onroerende zaak heeft, kan een erfdienstbaarheid ten behoeve van deze zaak bedingen. Hij kan *haar* ook *met een erfdienstbaarheid belasten*.” (cursivering toegevoegd)

Net als de ondererfpacht rust deze erfdienstbaarheid dus – anders dan het gestapelde zekerheidsrecht – rechtstreeks op de onderliggende zaak. Dit verschil in constructie en voorwerp van het beperkte recht tussen enerzijds de door andere beperkt gerechtigden gevestigde *zekerheidsrechten* en anderzijds (sommige van) de door andere beperkt gerechtigden gevestigde *genotsrechten* is niet zo nieuw als men wellicht zou denken. Ook onder oud BW bestond er immers een wetsartikel waaruit dit verschil duidelijk naar voren kwam. Dit was artikel 771 oud BW, dat sprak van de bevoegdheden van de erfpachter:

“Hij is bevoegd om zijn regt te vervreemden, met hypotheek te belasten, en den grond, in erfpacht uitgegeven, met erfdienstbaarheden te bezwaren, voor het tijdvak van zijn genot.”

De erfpachter kon dus zijn *erfpachtrecht* met een *hypotheekrecht* belasten, maar hij kon *de grond* waarop deze erfpacht rustte belasten met een *erfdienstbaarheid*.

De constructie van de door een erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker gevestigde erfdienstbaarheid op de onderliggende zaak ligt gevoelsmatig ook wel enigszins voor de hand, nu de erfdienstbaarheid van oudsher aan stukken grond verbonden is: het dienende erf waarop het rust maar ook het heersende erf waaraan het als afhankelijk recht wordt gekoppeld. En wellicht ligt het tegenovergestelde – een stapeling van de erfdienstbaarheid op het recht van erfpacht, opstal of vruchtgebruik op de onderliggende onroerende zaak – gevoelsmatig wel iets lastiger dan bij het op het beperkte recht rustende zekerheidsrecht. Dit zekerheidsrecht impliceert immers al de mogelijkheid om onder voorwaarden een *beperkt recht* op de onderliggende zaak te executeren, en niet de onderliggende zaak zelf. Dat ook een erfdienstbaarheid vooral ten aanzien van het erfpachtrecht, het opstalrecht of het recht van vrucht-

291 Zie hiervoor NvW (1976-1977), PG Boek 5 BW, p. 316 (zie ook de MvA II (1972) op p. 303).

gebruik en slechts *indirect* ten aanzien van de onderliggende onroerende zaak uitgeoefend zou worden, ligt gevoelsmatig wellicht wat minder voor de hand.

Voorts wordt ook hier met een dergelijke constructie het bezwaar omzeild dat een Boek 5-recht niet op een *recht*, maar alleen op een *zaak* zou kunnen rusten. Een bezwaar dat ik overigens in het algemeen weinig overtuigend vind, nu duidelijk is dat Meijers bij het maken van het onderscheid tussen Boek 3 en Boek 5-rechten het onmogelijk maken van dergelijke constructies volstrekt niet op het oog heeft gehad.²⁹²

292 Hoogstens – maar ook hiervan ben ik, evenals Struycken (diss. 2007, p. 377-378), niet geheel overtuigd – is dit door de *latere* wetgever uit de systematiek geconcludeerd (hetgeen Van Velten (Van Velten 2012, p. 27) hier doorslaggevend lijkt te vinden). Wat Meijers *wel* op het oog had, is het maken van een onderscheid tussen die regels en rechtsverhoudingen die zich kunnen voordoen bij *alle* goederen – zaken én (met name ook) *verbintenissen* – in Boek 3 BW en die, die specifiek voorkomen bij een bepaald soort goed in het voor dat goed gereserveerde deel van het BW (vgl. ook de *Algemene begrippen*, p. 280-281). Hij ontwierp derhalve een systeem dat aanving met een algemeen goederen- of vermogensrechtelijk deel en vervolgens de specifieke delen (o.a. zakenrecht en verbintenissenrecht) behandelde. Dit in tegenstelling tot het systeem van het oude BW, waarin de eigenlijk algemene regels slechts in het *zakenrecht* en dus in feite alleen voor zaken werden gegeven, maar via de omweg van de onlichamelijke zaak ook op verbintenissen werden toegepast. Hij vond dat dit laatste systeem de tegenstelling tussen het zakenrecht en het verbintenissenrecht vertroefde. Zie hierover uitgebreider par. 6.1.2.2. De tegenstelling tussen zaken en *rechten*, waaronder naast verbintenissen ook de *beperkte rechten*, was hierbij dus veel minder aan de orde. De zakelijke beperkte rechten van Boek 5 BW zouden ook niet in Boek 3 BW opgenomen *kunnen* worden, nu zij weliswaar wel op andere beperkte rechten kunnen rusten, maar niet op *verbintenissen* (in de zin van vorderingsrechten) en dus niet op *alle* goederen. Dát is de reden dat ze in Boek 5 BW zijn opgenomen: niet zozeer omdat ze alleen maar op *zaken* zouden kunnen rusten, maar omdat ze niet tevens op *verbintenissen* en dus niet op *alle* goederen kunnen rusten. Dat blijkt eens te meer uit de plaatsing van het appartementsrecht in Boek 5 BW. Ook dit recht kan betrekking hebben op beperkte *rechten* uit Boek 5 BW. Toch is het in Boek 5 BW (*zakelijke* rechten) opgenomen. Waar anders immers? De plaatsing in Boek 5 BW wil alleen maar zeggen dat het appartementsrecht geen recht is dat betrekking kan hebben op *alle* goederen. Tenslotte blijft een sterk argument dat de door beperkt gerechtigden gevestigde Boek 5-rechten (en ook het appartementsrecht) nog altijd *indirect* betrekking hebben op zaken, en in die zin ook als zakelijke rechten in de zin van Boek 5 BW kunnen worden gezien. Ik acht hier overigens – anders dan Van Velten – de opzet van het systeem door Meijers van groter belang dan de eventuele uitleg van dit systeem door de wetgever in een (veel) later stadium, waarbij aan betreffende stapelingsmogelijkheden in eerste instantie óók niet blijkt te zijn gedacht en vervolgens slechts gereageerd wordt op een in de literatuur reeds als onmogelijk bestempelde stapeling met Boek 5-rechten, teneinde tegemoet te komen aan een behoefte van de praktijk. De eerdere tekst van de TM bij art. 5:85 BW – samengesteld door het driemanschap – waarin vermeld wordt dat “aangezien nooit behoefte is gebleken aan erfpacht op rechten, (...) dit recht beperkt [is] tot zaken” acht ik hierbij dan ook eveneens niet van groot belang. Men kan zich zelfs afvragen of met erfpacht op rechten hier ook bedoeld wordt op erfpacht op (andere) beperkte rechten op onroerende zaken, of slechts op erfpacht op andere vermogensrechten. Van een behoefte aan erfpacht op (andere) beperkte rechten op onroerende zaken was immers inmiddels – zelfs gedurende het wetgevingsproces al – wel degelijk gebleken. Zie over het belang van het onderscheid tussen Boek 3 en Boek 5-rechten tenslotte nog par. 6.1.1.3.

Toch acht ik dogmatisch gezien de constructie van deze erfdienstbaarheid als direct rustend op de onderliggende onroerende zaak maar moeilijk te verklaren. Wat in de hoofdstukken hiervóór namelijk met grote regelmaat is gebeleden, is dat de erfdienstbaarheid zich slecht laat construeren als een daadwerkelijke afsplitsing van de eigendom. Niet alleen om principiële redenen, maar ook om de meer pragmatische redenen: van de in de erfdienstbaarheid vervatte bevoegdheden kan men veelal niet zeggen dat die vóór de vestiging aan de eigenaar toekwamen, van de aan de eigenaar ontnomen bevoegdheden kan men veelal niet zeggen dat ze nu in de erfdienstbaarheid begrepen zijn en/of van de verkregen bevoegdheden kan men veelal niet zeggen dat ze ná de vestiging aan de eigenaar ontnomen zijn.²⁹³ En die pragmatische redenen gelden evenzeer voor de door de beperkt gerechtigde gevestigde erfdienstbaarheid: die laat zich op overeenkomstige wijze slecht construeren als een daadwerkelijke afsplitsing van het recht van erfpacht, opstal of vruchtgebruik. Geeft men deze erfdienstbaarheid dan tóch vorm als een recht dat rechtstreeks op de onderliggende onroerende zaak rust, dan komt men het *nemo plus*-beginsel tegen: een beperkt gerechtigde kan geen beperkt recht *op de onderliggende onroerende zaak* vestigen dat niet al in zijn eigen recht besloten lag en dat dus niet als een zekere afsplitsing uit zijn eigen recht kan worden gezien.²⁹⁴

Bezien we de regeling van de door een erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker gevestigde erfdienstbaarheid in de wettelijke constructie van artikel 5:84 BW nader, dan zien we bovendien dat daarin géén bepaling is opgenomen – zoals bij de regeling van de ondererfpacht in artikel 5:93 lid 1 BW wél het geval is – die stelt dat aan de gerechtigde van de aldus gevestigde erfdienstbaarheid niet méér bevoegdheden toekomen dan de erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker jegens de eigenaar heeft. Nu de erfdienstbaarheid in veel gevallen niet gezien kan worden als een daadwerkelijke afsplitsing van de erfpacht, de opstal of het vruchtgebruik, vloeit een dergelijke regel óók niet voort uit de constructie. Dat deze regel hier *niet* bestaat, is in zekere zin ook wel logisch. De erfdienstbaarheid is immers per definitie een last die een inhoud kan hebben die niet per se overeen hoeft te komen met bevoegdheden die degene die het recht vestigt zelf ook heeft (gehad). Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de bevoegdheid om de eigenaar of de eerder beperkt gerechtigde te verbieden op de onroerende zaak hoger te bouwen dan een bepaalde hoogte of aan de bevoegdheid om van de eigenaar of de eerder beperkt gerechtigde te vorderen dat zij gebouwen, werken of beplantingen aanbrengen of onderhouden op het dienende erf (zie voor deze laatste verplichtingen artikel 5:71 lid 1 en lid 2 BW). Veel meer dan een *afplitsing* van bevoegdheden bleek de

293 Zie onder meer hfdst. 4 par. 4.1.1.2, hfdst. 5 par. 5.2.1.3 en dit hoofdstuk par. 6.1.3.3.

294 Ook Pleysier (WPNR 5651 (1983), p. 298) kan zich – al is het niet *geheel* om dezelfde reden – slecht in deze constructie vinden.

erfdienstbaarheid dan ook steeds een *belasting* van het eigen recht te zijn in welke zin dan ook; uiteraard voor zover deze wel aan de eisen van de wet voldoet. En veel meer dan een overdracht van bevoegdheden aan een ander is bij de erfdienstbaarheid sprake van een beperking van de eigen bevoegdheden. De mogelijkheden voor de inhoud van de erfdienstbaarheid zijn talloos, en beperken zich niet tot bekende rechten van weg of van overpad of de zojuist genoemde rechten tot het verbieden van hogere bebouwing of het vorderen van het aanbrengen of onderhouden van gebouwen, werken en beplantingen. En dan komt men, zoals bij deze zojuist genoemde rechten, al snel uit bij rechten waarvan moeilijk kan worden gezegd dat de daarin begrepen bevoegdheden ook ooit in de eigendom of – zoals in dit geval – in het beperkte recht begrepen zijn geweest. Zou men nu expliciet uitsluiten dat aan de gerechtigde bevoegdheden zouden kunnen toekomen die de erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker zelf niet heeft (gehad), dan zou dit een (grote) beperking betekenen van de verscheidenheid aan erfdienstbaarheden die deze erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker zou kunnen vestigen.

Een probleem hierbij is echter wel dat wanneer de erfdienstbaarheid die gevestigd wordt door een andere beperkt gerechtigde een last inhoudt die bevoegdheden geeft die de beperkt gerechtigde *zélf* niet per se jegens de eigenaar had, en die last op de *onderliggende onroerende zaak* komt te rusten, het kan voorkomen dat ook de positie van de *eigenaar* van die zaak daardoor verzaamd wordt. Er kunnen dan immers door de gerechtigde tot de erfdienstbaarheid bevoegdheden ten aanzien van de zaak worden uitgeoefend die de erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker zelf niet hadden, en die kunnen ook de eigenaar van de zaak raken. Men zal het er echter over eens zijn, dat *dát* niet de consequentie kan en mag zijn van de door de beperkt gerechtigde gevestigde erfdienstbaarheid. Als bijvoorbeeld de vruchtgebruiker van een stuk grond op die grond een erfdienstbaarheid vestigt die er (mede) toe strekt dat er een gebouw of werk op de grond die hij in vruchtgebruik heeft zal moeten worden aangebracht (artikel 5:71 lid 1 BW), dan kan de eigenaar van de grond niet verplicht worden hieraan mee te werken. Sterker nog, hij kan voorkomen dat de vruchtgebruiker aan deze last *wél* uitvoering geeft door op *zijn* stuk grond (dat van de eigenaar) een gebouw of werk aan te brengen. Dat is immers iets waartoe de vruchtgebruiker jegens de eigenaar helemaal niet bevoegd is. Nu zou men kunnen tegenwerpen dat het hier om een verplichting gaat die de vruchtgebruiker slechts *jegens de gerechtigde* van de erfdienstbaarheid is aangegaan. Het feit echter dat deze verplichting de vorm van een *zakelijk* recht, een erfdienstbaarheid *op de onderliggende onroerende zaak*,

heeft aangenomen, betekent uiteraard dat het hier om een recht op die zaak gaat dat in beginsel aan *eenieder* kan worden tegengeworpen.²⁹⁵

Er zou hier dus in ieder geval wel een uitdrukkelijke, aanvullende regel moeten gelden die inhoudt dat de bevoegdheden die door de beperkt gerechtigde aan degene ten behoeve van wie de erfdienstbaarheid wordt gevestigd in ieder geval géén verdere belasting van de positie van de eigenaar met zich mee kunnen brengen, tenzij uiteraard de eigenaar hiermee instemt.²⁹⁶ Ook die regel vloeit immers *niet* al vanzelf voort uit de constructie van de door de beperkt gerechtigde gevestigde erfdienstbaarheid *rechtstreeks op de onderliggende onroerende zaak*. Zou de erfdienstbaarheid daarentegen de vorm hebben van een belasting van *het beperkte recht* in plaats van een belasting van de onderliggende onroerende zaak, dan zou deze regel wel reeds uit de constructie volgen.

Naast de hier genoemde aanvullende regel moet er nog een andere regel gelden voor de door een erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker volgens artikel 5:84 BW gevestigde erfdienstbaarheid, en die is wél met zoveel woorden in de wet opgenomen (artikel 5:84 lid 3 BW). Dit is de regel dat de erfdienstbaarheid tenietgaat als de het erfpachtrecht, opstalrecht of recht van vruchtgebruik tot een einde komt, uiteraard weer tenzij de eigenaar met de vestiging van de erfdienstbaarheid heeft ingestemd (door middel van een in de openbare

295 De wetgever lijkt zich ten aanzien van de opstaller in enigerlei mate dit probleem te hebben gerealiseerd, en had in zijn ontwerp de bevoegdheid van de opstaller om een erfdienstbaarheid op het erf te vestigen beperkt tot een erfdienstbaarheid die verplicht tot het niet-uitoefenen van bevoegdheden die de opstaller toekomen (zie OM en TM bij art. 5:84 BW, PG Boek 5 BW, p. 290). De latere wetgeving heeft deze beperking echter geschrapt omdat hij meende dat hiertoe geen reden bestond, nu uit het toegevoegde lid 4 volgt dat in een zodanig geval voor de toepassing van de onderhavige titel de opstaller als eigenaar van het dienende erf wordt aangemerkt, zodat de desbetreffende verplichtingen komen te rusten op hem en niet op de werkelijke eigenaar van het erf (MvA II (1972), PG Boek 5 BW, p. 291). Dat deze laatste bepaling het probleem echter geenszins oplost, moge duidelijk zijn. De opstaller is dan misschien wel degene die verplicht is tot (bijv.) het aanbrengen van het gebouw of werk op het erf, dit raakt uiteraard óók de eigenaar.

296 Bij de ondererfpacht van art. 5:93 BW is deze regel niet nodig, aangezien lid 1 reeds bepaalt dat aan de ondererfpachter niet meer bevoegdheden (kunnen) toekomen dan de erfpachter jegens de eigenaar heeft, een regel die bij de ondererfpacht eigenlijk gewoonweg voortvloeit uit het feit dat ondererfpacht daadwerkelijk gezien kan worden als een afsplitsing van de erfpacht. Bij de erfdienstbaarheid van art. 5:84 BW is dit als gezegd niet het geval, en deze kan bovendien zonder meer door de erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker worden gevestigd (op een evt. obligatoir werkende afwijkende afspraak na). De wet geeft immers geen afwijkmogelijkheid zoals art. 5:93 BW wel doet ("voor zover in de akte van vestiging niet anders is bepaald") en het systeem van Boek 5 BW is 'dwingend recht, tenzij': de vrijheid van partijen bij de inrichting van het beperkte recht is beperkt tot punten waarop de wet zich van een regeling onthoudt of waar deze een afwijkende regeling uitdrukkelijk toelaat (TM bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p. 3 onder punt 3 en p. 4 onder punt 10). Men mag van een stilzwijgende instemming van de eigenaar met een verdere belasting van zijn positie dan ook zeker niet uitgaan.

registers ingeschreven akte), en tenzij het beperkte recht tot een einde komt door afstand of vermenging. Ook deze regel vloeit – anders dan bij een stapelingsconstructie en óók anders dan bij de ondererfpacht, die als een daadwerkelijke afsplitsing van de erfpacht kan worden gezien – niet vanzelf voort uit de gekozen constructie van de erfdienstbaarheid direct op de onderliggende zaak. Er is mijns inziens hier dan ook geen sprake van het “intrappen van een open deur”.²⁹⁷ De erfdienstbaarheid rust nu immers niet op het wegvallende beperkte recht (zoals bij stapeling), en kan ook niet gezien worden als een afgesplitst deel dat logischerwijs is onderworpen aan dezelfde voorwaarden en termijnen als het principale recht waarvan het een deel is (geweest). De afhankelijkheid van de erfdienstbaarheid van het erfpachtrecht, opstalrecht of recht van vruchtgebruik is in deze constructie dus veel minder duidelijk en zal met zoveel woorden moeten worden bepaald. De Jong pretendeert evenwel dat deze regel óók logisch is in de constructie van de erfdienstbaarheid rechtstreeks op de onderliggende onroerende zaak, en zonder dat de erfdienstbaarheid als afsplitsing kan worden gezien.²⁹⁸ Het is mijns inziens slechts logisch dat deze regel *zou moeten* gelden. De regel vloeit echter níet logischerwijs voort uit de gebruikte *constructie*.²⁹⁹

De hierboven genoemde aanvullende regels verzachten de negatieve gevolgen die de constructie van artikel 5:84 BW van de erfdienstbaarheid rechtstreeks op de onderliggende onroerende zaak met zich mee kunnen brengen. Het feit echter dat deze afzonderlijke regels *nodig* zijn en *niet* zonder meer volgen uit de gekozen constructie, beschouw ik – naast mijn eigen dogmatische analyse van de constructie – als een sterke aanwijzing dat deze constructie niet alleen *dogmatisch* gezien, maar ook in zijn *praktische* uitwerking slecht te rechtvaardigen is.³⁰⁰ Ik kan me dan ook niet bij De Jong aansluiten als die verdedigt dat het kortzichtig is om de constructie van de erfdienstbaarheid eenvoudigweg

297 Aldus Pleysier, *WPNR* 5651 (1983), p. 298 m.b.t. artikel 771 oud BW.

298 De Jong, diss. 2006, nr. 106-107.

299 De regel volgt óók niet logisch uit de goederenrechtelijke status van de zaak, zoals De Jong verdedigt, omdat de beperkt gerechtigde geen afbreuk zou kunnen doen aan de “verwachtingseigendom van de ‘bloot’ eigenaar” (diss. 2006, nr. 107). Een beperkt recht *op de zaak* doet immers per definitie afbreuk aan de eigendom van die zaak. Voor een beperking van de negatieve gevolgen voor de eigenaar van het feit dat er een beperkt recht op zijn zaak rust, is een uitdrukkelijke wettelijke bepaling nodig. Vgl. ook art. 3:81 lid 3 BW tweede zin.

300 Dit is mijns inziens een wezenlijk andere situatie dan de situatie die zich voordoet bij de regel die de door het systeem van de wet ontstane consequentie voorkomt dat een gestapeld beperkt recht tenietgaat als het tussenliggende recht door afstand of vermenging tenietgaat (art. 3:81 lid 3 BW). Ook *deze* regel verzacht weliswaar een negatief gevolg van de constructie van de wet, maar het gaat hier om een negatief gevolg dat weliswaar zeer goed dogmatisch *mogelijk* is maar slechts in de praktijk *onwenselijk*. In het hierboven beschreven geval moeten er speciale regels aan te pas komen om de negatieve gevolgen van een constructie uit te sluiten die dogmatisch eigenlijk helemaal niet *mogelijk* zijn: de verdere belastingen door een beperkt gerechtigde van de positie van de eigenaar zonder diens medewerking.

af te doen als zijnde in strijd met het *nemo plus*-beginsel – in slechts theoretische zin – zonder naar hun “rechtsgevolgen in de praktijk” en de “werkelijke verhoudingen” te kijken.³⁰¹ Hij wijst qua rechtsgevolgen op de ook in de wet opgenomen regel dat aan de erfdiensbaarheid in beginsel een einde komt als aan het recht van de erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker een einde komt.³⁰² Ten eerste is – zoals we hebben gezien – ook invoering van deze regel niet voldoende om de inhoudelijke strijd met het *nemo plus*-beginsel en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen op te heffen. Ook *tijdens* het bestaan van het erfpachtrecht, opstalrecht of recht van vruchtgebruik is het immers geen optie dat de positie van de eigenaar verder belast wordt dan met het erfpachtrecht, opstalrecht of recht van vruchtgebruik reeds het geval was. Ten tweede is er mijns inziens ook een afzonderlijk belang gelegen in een dogmatisch kloppend en helder systeem, nog zonder dat op voorhand duidelijk is of een dergelijk systeem (in de toekomst) wellicht andere rechtsgevolgen in de praktijk zal blijken te hebben in eventuele onvoorziene, individuele gevallen.

Veel meer dan een dogmatisch goed verklaarbare constructie is de constructie van de door de erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker gevestigde erfdiensbaarheid rechtstreeks op de onderliggende onroerende zaak – anders dan bij de ondererfpacht – derhalve vooral een wettelijk gekozen constructie en een wettelijke uitzondering op het overigens uit de wet voortvloeiende systeem van de stapeling van beperkte rechten.³⁰³ Een constructie die een voortzetting is geweest van de constructie onder het oude BW, en gevoelsmatig wel enigszins voor de hand ligt nu de erfdiensbaarheid van oudsher aan percelen grond verbonden is.³⁰⁴ Een constructie ook die tegemoetkomt aan het veelgehoorde – maar mijns inziens onterechte – bezwaar dat een Boek 5-recht niet op een ander recht kan rusten, maar op een *zaak* moet rusten. Een constructie ten slotte die – hoewel zij dogmatisch gezien niet goed in elkaar zit en ook met aanvullende wettelijke regels dit gebrek (nog) niet geheel is opgelost – in de praktijk tot nu toe waarschijnlijk (nog) niet tot grote problemen heeft geleid.

Naast bovengenoemde, uitdrukkelijke wettelijke regelingen van enige specifieke door beperkt gerechtigden gevestigde beperkte genotsrechten, zijn er natuurlijk nog vele andere combinaties van dit soort rechten denkbaar. Er zijn slechts enkele harde grenzen die hier gelden. Om te beginnen is dat natuurlijk de regel dat beperkte rechten niet kunnen rusten op andere beperkte rechten die *afhankelijke rechten* zijn, zoals het pandrecht, het hypotheekrecht en de erfdiens-

301 De Jong, diss. 2006, nr. 106.

302 Idem, 107.

303 Door deze in de wet gekozen constructie – en daardoor alleen – kan nu gezegd worden dat de inhoud van het erfpachtrecht, het opstalrecht en het recht van vruchtgebruik mede omvat de bevoegdheid om op de *onderliggende onroerende zaak* een erfdiensbaarheid te vestigen.

304 Zie in overeenkomstige zin W. Snijders, WPNR 6689 (2006), p. 835.

baarheid. Die rechten zijn immers ook niet zelfstandig overdraagbaar.³⁰⁵ Algemeener gezegd kunnen de gerechtigden tot een afhankelijk beperkt recht uit hoofde van hun recht geen beperkt recht vestigen, niet op hun eigen recht en ook niet op het onderliggende object. Daarnaast blijft de regel gelden dat de Boek 5-rechten – die wat mij betreft in beginsel zonder enig probleem door andere beperkt gerechtigden tot een beperkt recht op een onroerende zaak kunnen worden gevestigd³⁰⁶ – in ieder geval wel als (*uiteindelijk*) *onderliggend object* altijd een onroerende zaak zullen moeten hebben.

Voor alle door beperkt gerechtigden gevestigde beperkte genotsrechten die binnen dit – tamelijk ruime – kader passen geldt dat deze in beginsel zonder problemen gevestigd kunnen worden. Het systeem en uitgangspunt van de wet – de *stapeling* van beperkte rechten – zal ook hier het uitgangspunt vormen. De beperkte genotsrechten hoeven in deze constructie niet per se als afsplitsingen van het eerder gevestigde beperkte recht gezien te kunnen worden en de door de beperkt gerechtigde verschaft bevoegdheden hoeven niet per se onderdeel te hebben uitgemaakt van het recht van deze beperkt gerechtigde zelf. Het gaat in deze constructie immers niet om een *afsplitsing* van het eerder gevestigde beperkte recht, maar om een *belasting* van dat recht. De enige grens die hierbij geldt is dat een belasting van *het eerder gevestigde beperkte recht*, logischerwijs géén verdere belasting van *de eigendom van de onderliggende zaak* of van *het onderliggende recht* met zich mee kan brengen. (Ook) deze grens ligt in zekere zin besloten in de eis dat het beperkte recht een belasting of bezwaring is van een *meeromvattend* recht in de zin van de artikelen 3:8 (en 3:81) BW. Ik kom hierop in hoofdstuk 7 nog uitgebreid terug.

Dat betekent echter niet dat er geen gevallen kunnen zijn waarbij het door de beperkt gerechtigde gevestigde beperkte genotsrecht gezien kan worden als een afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht – in die zin dat het beperkte genotsrecht slechts bevoegdheden en verplichtingen tot inhoud hebben die ook onderdeel uitmaken van het eerder gevestigde beperkte recht – en dus geconstrueerd kan worden als een directe belasting *van de onderliggende zaak of het onderliggende recht*.³⁰⁷ Ook hier geldt immers dat tegen deze constructie niet die principiële bezwaren gelden, die wél gelden indien een dergelijk beperkt genotsrecht door de eigenaar van een zaak of de schuldeiser van een vorderingsrecht zelf worden gevestigd (de ongelijksoortigheid van rechten in kwestie). En indien het beperkte genotsrecht inderdaad als een afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht kan worden gezien, zijn de meer

305 Vergelijk hier met name artikel 3:81 lid 1 BW: “Hij aan wie een *zelfstandig* en *overdraagbaar* recht toekomt...”. Zie ook artikel 3:228 BW.

306 Zie noot 290 en 292 hierboven.

307 Ook W. Snijders sluit niet uit – zonder daarbij overigens het afsplitsingsmodel te gebruiken – dat de constructie van het door een beperkt gerechtigde gevestigde beperkte recht rechtstreeks op de onderliggende zaak of het onderliggende recht ook gebedigd kan worden in gevallen die vergelijkbaar zijn met de in de wet op deze wijze geconstrueerde gevallen. Hij noemt als voorbeeld het door de opstaller gevestigde recht van erfpacht.

pragmatische bezwaren tegen het afsplitsingsmodel ook van de baan (het feit dat de bevoegdheden van de tweede beperkt gerechtigde niet overeenkomen met bevoegdheden die de eerste beperkt gerechtigde verliest). Voorts hoeft het feit dat de wet deze constructie alleen *uitdrukkelijk* aangeeft voor de ondererfpacht (artikel 5:93 BW)³⁰⁸ en de door een erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker gevestigde erfdienstbaarheid (artikel 5:84 BW) geen belemmering te vormen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt immers wel, dat deze artikelen vooral met zoveel woorden in de wet zijn opgenomen om het in de juridische wereld ontstane en aanhoudende tumult over de vraag of de ondererfpacht onder huidig BW nog wel tot de mogelijkheden zou behoren voor eens en altijd te doen verstommen respectievelijk als voortzetting van de al onder oud BW uitdrukkelijk in de wet opgenomen mogelijkheid van de door een erfpachter gevestigde erfdienstbaarheid. En ten slotte is weliswaar het uitgangspunt van de wet in deze de stapeling van beperkte rechten, maar leidt het ambigue artikel 3:8 BW³⁰⁹ niet per se tot de conclusie dat dit ook in *alle* gevallen zo zou moeten zijn. Hetzelfde geldt voor artikel 3:81 BW, dat bovendien met zijn formulering in lid 1 (“Hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, kan binnen de grenzen van dat recht de in de wet genoemde beperkte rechten vestigen.”) ook voor deze constructie voldoende ruimte lijkt te laten.

Opmerking verdient hierbij nog dat in beide gevallen de hierboven met betrekking tot de door de erfpachter, opstaller of vruchtgebruiker gevestigde erfdienstbaarheid gegeven aanvullende regels reeds uit de betrokken constructie voortvloeien. Het door de beperkt gerechtigde gevestigde beperkte recht rust *ofwel* op het eerder gevestigde beperkte recht, waardoor het – zowel gedurende het bestaan van dit eerder gevestigde beperkte recht als bij zijn tenietgaan – logischerwijs (in beginsel) is onderworpen aan dezelfde voorwaarden en termijnen als dit recht. *Ofwel* kan het worden beschouwd als een afgesplitst deel van het eerder gevestigde beperkte recht, dat derhalve – eveneens zowel gedurende het bestaan van het eerder gevestigde recht als bij zijn tenietgaan – logischerwijs is onderworpen aan dezelfde voorwaarden en termijnen als het beperkte recht waarvan het een deel is (geweest).

6.2.3.5 Opstal op erfpacht?

Een notoir probleemgeval onder de door beperkt gerechtigden gevestigde beperkte rechten – het door een erfpachter gevestigde opstalrecht – verdient hier ten slotte nog kort de aandacht. Ook hier stuiten we weer op het veelgehoorde bezwaar dat een Boek 5-recht niet op een ander Boek 5-recht, maar alleen op een *zaak* zou kunnen rusten. Zoals gezegd, is dit argument tegen de vestiging van onder andere opstal op erfpacht wat mij betreft weinig

³⁰⁸ En de onderopstal, via de schakelbepaling van artikel 5:104 lid 2 BW.

³⁰⁹ Zie hierover uitgebreid par. 6.1.3.3.

overtuigend. Meijers heeft met zijn onderscheid tussen Boek 3 en Boek 5-rechten immers volstrekt niet op het oog gehad dergelijke constructies onmogelijk te maken. Eerder lijkt het erop dat aan dergelijke constructies in zijn tijd nog weinig behoefte bestond en er dan ook niet uitdrukkelijk rekening mee is gehouden, wat mijns inziens overigens ook niet *nodig* was, nu het systeem van Meijers de constructies *niet* onmogelijk maakt. Want wat Meijers op het oog heeft gehad, is een onderscheid te maken tussen die regels en rechtsverhoudingen die betrekking kunnen hebben op *alle* goederen in Boek 3 BW en die die dat *niet* kunnen (en dus eerder gerelateerd zijn aan één of meerdere specifieke soorten goederen) in andere delen van het BW, met name (maar niet alleen) in Boek 5 BW. De Boek 5-rechten zijn dus niet in Boek 3 opgenomen, niet omdat ze alléén op *zaken* (en niet op zakelijke rechten) kunnen rusten, maar omdat ze *niet* tevens op verbintenissen (in de zin van vorderingsrechten) en dus niet op *alle* goederen kunnen rusten.³¹⁰ Daarmee kan het hier behandelde bezwaar wat mij betreft ter zijde worden geschoven.

Het probleem zit hem er bij de door een erfpachter gevestigd opstalrecht voorts vooral in dat het opstalrecht de verkrijging van de *eigendom* van de eventuele opstal(len) veronderstelt; een eigendom waarvan niet gezegd kan worden dat de erfpachter die het opstalrecht verschaft deze zelf heeft. De vraag is dan of hij deze eigendom wel aan de opstaller kan verschaffen.

Vooropgesteld dient hierbij wederom te worden dat als deze figuur wordt geconstrueerd als een belasting van het *erfpachtsrecht* met een recht van opstal, het niet per se zo hoeft te zijn dat de aan de opstaller verschaft bevoegdheden onderdeel hebben uitgemaakt van het recht van de erfpachter. Dit is alleen het geval als we het opstalrecht willen construeren als een recht dat direct op de onderliggende onroerende zaak komt te rusten: een constructie als *afsplitsing* van het erfpachtrecht dus. Construeren we het door de erfpachter gevestigde opstalrecht dus als een *stapeling* van rechten, dan moeten we derhalve *niet* eenvoudigweg controleren of het opstalrecht geen bevoegdheden bevat die het erfpachtrecht ook niet bevat. Veel meer moet dan in de gaten gehouden worden dat het opstalrecht geen verdere beperking kan inhouden van het recht en de positie van de eigenaar van de onderliggende onroerende zaak. Zoals gezegd kom ik hierop in hoofdstuk 7 nog uitgebreid terug.

Maar nog afgezien van de vraag hoe we deze constructie in een specifiek geval nu precies vorm willen en kunnen geven, is het van belang te bezien wat in artikel 5:101 lid 1 BW de betekenis van het begrip *eigendom* is:

“Het recht van opstal is een zakelijk recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen.”

310 Zie hierover veel uitgebreider nog noot 292 hierboven.

Het recht van opstal verschaft de bevoegdheid om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in *eigendom* te hebben of te verkrijgen. Is deze eigendom van opstallen hetzelfde als de eigendom van de ondergrond in de zin van artikel 5:1 BW?

Dit is een vraag waar ook Heyman zich over heeft gebogen. Hij komt tot de conclusie dat dit niet het geval is.³¹¹ Mijns inziens is dit een terechte conclusie, en wel om meerdere redenen, waarvan de meeste ook in het betoog van Heyman genoemd worden.

Allereerste is de eigendom van opstallen die uit een opstalrecht voortvloeit slecht vergelijkbaar met de eigendom van artikel 5:1 BW, al was het maar omdat er sprake is van de eigendom van een in ieder geval in beginsel *onzelfstandig* onderdeel van een onroerende zaak van een ander (de ondergrond); om me op dit punt bij de nog altijd heersende leer aan te sluiten.³¹² Ook na de vestiging van het opstalrecht behoudt de eigenaar van de grond mijns inziens óók op de opstal een zekere (bloot) eigendom; dat is de bloot eigendom waaruit bij het tenietgaan van het opstalrecht de volle eigendom kan 'teruggroeien'. Dat betekent dat de eigendom die aan de opstaller toekomt nooit helemaal gelijk kan staan aan de 'volle' eigendom van artikel 5:1 BW.³¹³

311 H.W. Heyman, 'Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller', in: W.G. Huijgen e.a., *2000 jaar eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 19-31. Zie eerder al zijn artikel in *WPNR* 6342 (1999) met verwijzing naar Pleysier en Kleijn voor nog eerdere, in het betoog van Heyman passende gedachten.

312 Vgl. hier de verwijzingen van De Jong, diss. 2006, nr. 122 noot 196. Zie verder H.J. Snijders, *NTBR* 2006, nr. 60; Heyman/Bartels, *NTBR* 2006, nr. 40 en Van Maanen, *NTBR* 2006, nr. 32 onder 1 (die zelf overigens van de heersende leer afwijkt). Er moet echter op gewezen worden dat de laatste jaren wel geopperd is dat de opstal een zelfstandige onroerende zaak zou zijn, zie hiervoor m.n. Wolfert, *WPNR* 6523/6525 (2003). Zo ook De Jong, diss. 2006, nr. 120 e.v., waar hij – in zijn eigen terminologie – de opstal "reïficeert", d.w.z. de opstal als een afzonderlijke zaak bestempelt. Hoewel er wel iets te zeggen is voor deze opvatting, is het wat mij betreft maar zeer de vraag of de verkeersopvatting uit artikel 3:4 lid 1 BW de onverbreekelijke verbinding tussen opstal en ondergrond van artikel 3:4 lid 2 BW – dat ik hier, anders dan Ploeger (diss. 1997, nr. 113 en 120), gewoon van toepassing acht – kan doorbreken. Feit blijft immers dat het, afgezien van stacaravans e.d., over het algemeen onmogelijk is om zonder schade danwel kosten van omvangrijk formaat een normaal huis van de grond los te maken: het huis houdt op een huis te zijn (!) danwel er zijn zoveel kosten mee gemoeid dat uit *economisch* oogpunt wellicht zelfs aanbeveling zou verdienen een nieuw huis te bouwen op de gewenste plek. En de verkeersopvatting van artikel 3:4 BW werkt – zoals ook uit het artikel blijkt – *aanvullend* op deze onverbreekelijke verbinding van datzelfde artikel, niet *corrigerend*. Ploeger, diss. 1997, nr. 113, betwijfelt of grond wel schade van betekenis kan oplopen. Hij ziet daarbij gemakshalve de schade (of kosten) aan de (weggehaalde) *opstal* over het hoofd.

313 Vgl. de rekensom van Heyman op p. 24: volle eigendom -/- opstal = bloot eigendom. Als opstal gelijk is aan volle eigendom is de bloot eigendom wel erg bloot, namelijk nihil. Heyman lost dit probleem op door te opperen dat met enige goede wil nog wel gezegd kan worden dat het opstalrecht – voor wat betreft de opstallen – geen *gedeeltelijke* bevoegdheden over het *geheel*, maar *volledige* bevoegdheden over een *deel* geeft. Geheel overtuigend vind ik deze opvatting niet, gelet op het feit dat er mijns inziens ook t.a.v. dit deel een

Maar ook afgezien hiervan, geldt dat de eigendom van de opstal in tegenstelling tot 'gewone' eigendom volstrekt *afhankelijk* is van het recht van opstal dat deze eigendom – voor een in beginsel slechts *eindige* periode van tijd³¹⁴ – mogelijk maakt. Het is immers slechts door dit opstalrecht dat een afzonderlijk onderdeel van de ondergrond (de opstal) volledig aan een ander kan toekomen gedurende een in beginsel beperkte periode van tijd. Of hiermee een echte eigendom van de opstal wordt gecreëerd, valt te betwijfelen. De opstaller kan over zijn eigendom namelijk niet vrijelijk en als zodanig beschikken: het is afhankelijk van het opstalrecht en dus niet zelfstandig overdraagbaar. Met de eigendom *an sich* kan men niets beginnen, aldus ook Heyman. Deze niet-overdraagbaarheid is – zoals hij terecht vermeldt – uitzonderlijk en atypisch voor eigendom, met name als het gaat om volledige eigendom. De afhankelijkheid van het opstalrecht zorgt er voorts voor dat de eigendom teniet kan gaan op voor eigendom hoogst ongebruikelijke wijzen, zoals door vermenging of opzegging.³¹⁵

Ten slotte kan de eigendom van de opstal in de overeenkomst tot vestiging van het recht van opstal met goederenrechtelijke werking *beperkt* worden (artikel 5:102 BW). Zo kan bijvoorbeeld de beperking worden opgenomen dat de opstaller geen extra verdieping op zijn opstal mag bouwen, hetgeen een tamelijk ongewone, zoniet onmogelijke goederenrechtelijke beperking is voor de eigenaar van een onbezwaard eigendomsrecht in de zin van artikel 5:1 BW.³¹⁶

Ik meen dan ook dat de eigendom die het opstalrecht creëert niet vergelijkbaar is met de juridische eigendom van een zelfstandige zaak in de zin van artikel 5:1 BW, zoals het perceel ondergrond waarop het opstalrecht rust. Integendeel, ik kan me goed bij Heyman aansluiten als hij opmerkt dat de eigendom van de opstaller in belangrijke mate de kenmerken van een *beperkt recht* vertoont, en samen met het bijbehorende opstalrecht een twee-eenheid vormt. Het opstalrecht geeft vooral de *bevoegdheid* tot het hebben en houden van een gebouw of werk in, op of boven de grond van een ander. Het is meer een 'bevoegdhedenrecht' dan dat het een echt eigendomsrecht in de zin van artikel 5:1 BW verschaft. Maar dan wel een heel uitgebreid bevoegdhedenrecht, nu het ten aanzien van de opstal een in beginsel (nagenoeg) even omvangrijk

zekere (bloot) eigendom bij de eigenaar zal moeten blijven, waaruit de volle eigendom kan 'teruggroeien'.

314 Afgezien van de mogelijkheid van een eeuwigdurende opstal.

315 Heyman 2005, p. 26-27.

316 Onmogelijk op andere wijze dan door middel van de vestiging van een tot het gesloten stelsel behorend beperkt recht – op grond van de nog altijd geldende jurisprudentie van HR 3 maart 1905, W8191 (Blaauboer/Berlips) – of door middel van de kwalitatieve verplichting van art. 6:252 BW, een in beginsel *verbintenisrechtelijke* figuur met een zekere vorm van derdenwerking.

bevoegdhedenpakket verschaft als de eigendom van artikel 5:1 BW zou doen.³¹⁷ En, aldus Heyman, dan zijn we weer terug bij een soort middeleeuws *dominium utile* aangekomen, of in moderne termen: bij de economische eigendom. En terug bij het Romeinse recht, waar de opstaller slechts een gebruiksrecht op andermans opstal verkreeg.³¹⁸ Een vorm van eigendom die geen echte, juridische eigendom is, maar die qua bevoegdheden de eigendom wel dicht tot zeer dicht nadert en net als de juridische eigendom een goederenrechtelijk en niet slechts een verbintenisrechtelijk karakter heeft. Het opstalrecht is daarmee gewoon een zuiver beperkt genotsrecht, waarin de aan de eigendom verbonden bevoegdheden wel aanwezig zijn, maar die dogmatisch gezien geen eigendom is.³¹⁹ Mijns inziens is het dan ook het meest voor de hand liggend dat de opstal na de vestiging van het opstalrecht een onzelfstandige zaak is gebleven, een bestanddeel van de ondergrond. Door de vestiging van het opstalrecht, komt weliswaar de 'eigendom' van de opstal – althans een zekere (economische) vorm daarvan – aan de opstaller toe, deze vorm van 'eigendom' zorgt er *niet* voor dat de opstal een zelfstandige zaak wordt.

In relatie tot de stapeling van beperkte rechten, moet het opstalrecht – inclusief de bijbehorende 'eigendom' van de opstal – derhalve eenvoudigweg behandeld worden als een *beperkt recht*. Er bestaan mijns inziens dan ook geen bijzondere belemmeringen voor het door een erfpachter gevestigde opstalrecht. Er zijn hier zelfs verschillende constructies mogelijk: zowel de constructie van de belasting van het *erfpachtrecht* met een recht van opstal als de constructie van de belasting van de *onderliggende onroerende zaak* met een recht van opstal door middel van een *afplitsing* van bevoegdheden uit het erfpachtrecht is denkbaar. In dat laatste geval moet er wél sprake zijn van in het opstalrecht opgenomen bevoegdheden die daarvoor in het erfpachtrecht te vinden waren. In het eerste geval dient nochtans alleen maar in de gaten te worden gehouden dat, hoewel een belasting van een erfpachtrecht op een onroerende zaak weliswaar weinig grenzen kent wat betreft de inperking van de positie van de *erfpachter*, er daarentegen géén verdere beperking kan zijn van de bevoegdheden van de *eigenaar* van de onroerende zaak (zie hiervoor nader het volgende hoofd-

317 Zo ook (als 'bevoegdhedenrecht') wordt het opstalrecht ten aanzien van netwerken van kabels en leidingen gebruikt. Op grond van (bijv.) een opstalrecht verkrijgt degene die een dergelijk netwerk wil aanleggen de bevoegdheid om dit netwerk in de grond van een ander aan te leggen. Vervolgens kan hij gelden als de bevoegde aanlegger, en dus (art. 5:20 lid 2 BW) als eigenaar van het netwerk. Zie hiervoor Huijgen, 'Artikel 5:20 lid 2 BW en het opstalrecht', *WPNR* 6771 (2008), p. 754-757.

318 Zie hierover Ploeger, diss. 1997, p. 177. De juridische eigendom hoeft dus geen wezenskenmerk van het opstalrecht te zijn.

319 Heyman 2005, p. 28-29.

stuk).³²⁰ Indien het erfpachtrecht het volledige genot ‘als een eigenaar’ heeft van de onderliggende onroerende zaak – hetgeen in beginsel het geval zal zijn (zie artikel 5:89 lid 1 BW) – zal aan deze beide vereisten veelal in hoge mate kunnen worden voldaan. De enige – normaal niet uit de wet volgende – beperking die hierbij voor de opstaller zal gaan gelden, is dat hij de bestemming van ‘zijn’ opstallen niet zal mogen wijzigen. Dat immers, kan een erfpachter doorgaans ook niet (zie artikel 5:89 lid 2 BW) en zou ook een verzwaring van de positie van de eigenaar betekenen. Een ander verschil tussen erfpachtrecht en opstalrecht – de onderhoudsverplichting die de erfpachter in beginsel wél heeft (zie artikel 5:96 BW) maar de opstaller in beginsel niet – vormt in de stapelingsconstructie evenmin een probleem. Ongeacht nog de vraag of een dergelijke onderhoudsplicht daarin deel zal (kunnen) gaan uitmaken van het opstalrecht of niet, blijft immers de erfpachter deze plicht jegens de eigenaar van de grond houden. De opstaller zal daarbij verplicht zijn in ieder geval de erfpachter in staat te stellen aan deze plicht te kunnen voldoen. Dat vloeit in de stapelingsconstructie voort uit het feit dat de opstaller hier een recht verkrijgt dat rust op het erfpachtrecht en geen verdere belasting is of kan zijn van het recht van de eigenaar.

Afsluitend kan – aan het einde van deze verhandelingen over de vestiging van beperkte rechten door andere beperkt gerechtigden – geconstateerd worden dat deze vestiging op twee verschillende wijzen kan plaatsvinden, en derhalve twee verschillende constructies kent: zij kan plaatsvinden ofwel door *afsplitsing* (rechtstreeks op de onderliggende zaak of het onderliggende recht), ofwel door *stapelning* (rustend op het tussenliggende beperkte recht). Met deze constatering in het achterhoofd leze men nogmaals de volgende opmerking van Meijers in zijn Toelichting:

320 Hetzelfde geldt voor het door de opstaller gevestigde erfpachtrecht: hier is zowel de constructie van de belasting van het *opstalrecht* (samen met de daarvan afhankelijke eigendom van de opstal) met een erfpachtrecht mogelijk als de constructie van de belasting van de *onderliggende onroerende zaak* met een erfpachtrecht door middel van een *afsplitsing* van bevoegdheden uit het opstalrecht. In dat laatste geval moet er echter wél sprake zijn van in het erfpachtrecht opgenomen bevoegdheden die daarvoor in het opstalrecht te vinden waren. In het eerste geval dient echter slechts in de gaten te worden gehouden dat een belasting van een opstalrecht op een onroerende zaak géén verdere beperking kan zijn van de bevoegdheden van de eigenaar van de onroerende zaak. Nu het opstalrecht ten aanzien van de opstal de (economische) eigendom met zich meebrengt, en met betrekking tot de ondergrond een zodanig gebruiksrecht als voor het volle genot van de opstallen nodig is (art. 5:103 BW), zullen deze vereisten over het algemeen niet tot veel problemen hoeven te leiden. Heyman zelf ziet in dit geval overigens het *opstalrecht* als object van het erfpachtrecht. Volgens hem wordt dit opstalrecht echter wat betreft de systematiek van Boek 5 *gelijkgesteld* met eigendom en *behandeld als* een (onroerende) zaak (Heyman 2005, p. 29).

“Vestiging van een beperkt recht is een *beschikken* over een gedeelte van de bevoegdheden, die aan hem, die het recht vestigt, toekomen.”³²¹ (cursivering toegevoegd)

Inderdaad kan de vestiging van het beperkte recht door een beperkt gerechtigde gezien worden als een vorm van beschikken over zijn eigen bevoegdheden. En zoals wij weten kan óók dit beschikken op twee verschillende manieren plaatsvinden: ofwel door te vervreemden ofwel door te bezwaren. Welbeschouwd komen deze manieren overeen met de twee manieren waarop de vestiging van beperkte rechten door andere beperkt gerechtigden blijkt te kunnen worden geconstrueerd. Kan de beschikking van de beperkt gerechtigde immers gezien worden als een echte afsplitsing van een deel van zijn recht, dan is in feite sprake van een *vervreemding* van dit deel van dit recht, vergelijkbaar met de vervreemding van zijn gehele recht aan een ander. Belast de beperkt gerechtigde echter zijn beperkt recht met een ander beperkt recht, dat in stapelingsvorm *op* zijn eigen recht komt te rusten, dan is sprake van een *bezwarend* door de beperkt gerechtigde van zijn eigen recht met een tevoren nog niet bestaand recht.

321 TM bij art. 3:81 BW, PG Boek 3 BW, p. 309.

