

Kees Boodt, notaris
cees.boodt@nautadutilh.com
T: +31 20 7171760

Amsterdam, 9 november 2007

Teun Struycken, advocaat
teun.struycken@nautadutilh.com
T: +31 20 7171461

Monieke Linck
monieke.linck@nautadutilh.com
T: +31 20 7171968

Notitie

Aan
Betreft

De commissarissen van het Schapenburgerpad
Juridische status

1. DE JURIDISCHE STATUS VAN HET SCHAPENBURGERPAD

1.1. Inleiding

Het Schapenburgerpad is een eeuwenoud zandpad dat is gelegen tussen de Vossiusstraat en de P.C. Hooftstraat in Amsterdam, en dat via een poort in hekwerk toegankelijk is vanuit de Hobbemastraat. In de grond onder het pad lopen een waterleiding en een polderriool, waarop 50 panden langs de P.C. Hooftstraat en 3 panden aan het pad zijn aangesloten. Op dit pad rusten – nu zo genoemde – aangeërfde rechten van de eigenaren van de erven aan, thans, de Vossiusstraat.

De grond waarop nu het pad en de erven langs de Vossiusstraat liggen, is door Hermanus Hanlo verkregen op 10 september 1734. Na zijn overlijden werd bij een akte van scheiding d.d. 15 januari 1752 zijn bezit verdeeld tussen zijn twee dochters. In deze akte is vermeld dat de grond is opgedeeld in 25 erven, waarbij werd overeengekomen ten aanzien van deze erven dat

'het selve pad voor gemeene reekening regt door sal worden gemaakt, de dwarssloten gedempt en de poort voor aan de Cingel gemaakt en dat het selve pad tien voeten breed, van de Cingel af, tot agter aan de Tuyn No. 25 voor alle tuynen gemeen sijn sal, van welke tuyn No. 25 de Eygenaar het pad ter breedte in eygendom alleen sal behouden.'

In een akte van 19 november 1782 is een beheersregeling neergelegd: de *'gezamtlijke Eygenaren van de Tuynen gelegen op het Schapenburger Padt'* kwamen overeen dat men tot onderhoud en het in orde brengen van het pad uit de

NautaDutilh N.V. is gevestigd te Rotterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24338323. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst tot opdracht met NautaDutilh N.V. Op de overeenkomst zijn van toepassing de algemene voorwaarden van NautaDutilh N.V. Deze algemene voorwaarden bevatten onder meer een beperking van aansprakelijkheid, zijn gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Rotterdam, zijn in te zien op www.nautadutilh.com en worden op verzoek kosteloos toegezonden.

ABN AMRO Bank 46.69.93.293; Fortis Bank 64.21.43.218; Postbank 50296; ten name van Stichting Beheer Derdengelden Advocatuur NautaDutilh.

eigenaren drie commissarissen zou verkiezen voor een jaar, waarna de eigenaren van de tuinen naast die van de commissarissen belast zouden zijn met het beheer. Thans wordt het beheer nog steeds gevoerd door de Commissarissen van het Schapenburgerpad. Een wethouder is steeds één van de drie commissarissen. De beheersregeling bevat ook bepalingen inzake het gebruik van het pad.

De aard van de rechten van de aanwonenden is aan de orde geweest in een juridische procedure in Amsterdam, die is uitgemond in een arrest van de Hoge Raad in 1888. In de procedure van Friederich Heinrich Wenté tegen de N.V. de Amsterdamsche Omnibusmaatschappij ageerde Wenté tegen een ophoging van het pad en het leggen van rails daarover heen voor een tram. Het ging over het gedeelte dat nu de Hobbemastraat is, vanaf de sloot waar nu de Vossiusstraat loopt tot aan het pad. Het Hof had eerder in zijn arrest uitgemaakt dat de eigenaren van de tuinen krachtens de verdeling in 1752 gezamenlijk eigenaar zijn van het pad. In cassatie kwam de eigendomsvraag niet expliciet aan de orde, maar stelde de trammaatschappij dat het Hof niet tot zijn beslissing had kunnen komen, aangezien enkel het mede-eigendomsrecht van de heer Wenté in rechte was komen vast te staan en niet die van de overige 21 mede-eigenaren. De Hoge Raad oordeelde echter dat het Hof aldus overwegende geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien de vordering van de heer Wenté enkel zag op schending van zijn mede-eigendom en de overige eigenaren slechts in de procedure waren betrokken om te 'gehengen en te gedogen'. Aldus won de heer Wenté de procedure tegen de trammaatschappij en ging hij over tot afsluiting van de overgang over het pad. Bij raadsbesluit van 23 mei 1890 is dit gedeelte vervolgens onteigend ten behoeve van de tramverbinding en de openbare weg.

Door middel van een akte genaamd akte van afstand, gedateerd 4 februari 1901, zijn vier aan de Vossiusstraat gelegen percelen overgedragen aan de Gemeente. In de akte is uitdrukkelijk vermeld dat de overdragende partij aan de Gemeente ook alle rechten overdroeg die de overdragende partij had of meende te hebben met betrekking tot het Schapenburgerpad, kadastraal bekend in Sectie R Nummers 400, 367 en 368, de beide laatste gedeeltelijk.

Uit een akte van afstand van 20 oktober 1908 blijken andere, zogenaamde 'eventuele eigendomsrechten' van een gedeelte van het Schapenburgerpad overgedragen te zijn aan de heer George Carl Mann. Nader dient onderzocht te worden wat de precieze inhoud en grondslag van deze overdracht was en in welke hoedanigheid de in de akte genoemde partijen optraden; de hieruit voortvloeiende informatie kan namelijk gevolgen hebben voor de huidige eigendoms kwalificatie.

Thans staat het perceel te Amsterdam kadastraal bekend in Sectie R Nummer 400 op naam van de Gemeente Amsterdam. Het eigendomsrecht is blijkens het kadastrale uittreksel ontleend aan een (afschrift van een) akte houdende afstand d.d. 22

oktober 1908 geregistreerd in register 4 deel 1901 nummer 19. In deze akte is echter de Gemeente Amsterdam helemaal niet als comparant opgenomen, noch wordt zij op enigerlei wijze bij de akte betrokken.

1.2. Vragen naar aanleiding van de bestaande situatie

In de huidige situatie worden de Commissarissen geconfronteerd met diverse problemen van verschillende aard. Ten eerste leidt de omstandigheid dat het pad in het kadaster ten name van de Gemeente is gesteld, ertoe dat het voor de Commissarissen in de praktijk lastig blijkt om de rechten met betrekking tot het pad te handhaven jegens derden; met name aannemers die actief zijn in de aan de P.C. Hooftstraat gelegen winkelpanden en die aan de achterzijde puin wensen af te voeren over het pad, betwisten de aanspraken van de Commissarissen op overleg en een vergoeding. Ten tweede blijken financiële instellingen niet bereid om een rekening te openen anders dan ten name van de penningmeester onder de Commissarissen. Ten derde bestaat bij de Commissarissen de behoefte om een duidelijker kader te hebben voor de vaststelling van de financiële verplichtingen van de aangeërfden in verband met het onderhoud van het pad. Ten vierde bestaat de behoefte om de betrokkenheid van de aangeërfden bij het pad te vergroten.

Om deze redenen is het wenselijk de aard van de rechten van de eigenaren van de percelen, aangrenzend aan het Schapenburgerpad, vast te stellen teneinde:

- de Commissarissen draagvlak voor de uitoefening van hun beheerstaken te bieden, waarmee ook de positie jegens derden (zoals aannemers en een financiële instelling) wordt versterkt;
- een adequate (financiële-) beheersregeling te kunnen treffen, al dan niet door middel van het onderbrengen van de beheersrechten in een rechtspersoon; en
- de betrokkenheid van de aangeërfden bij de gemeenschappelijke zaak te vergroten.

In deze notitie wordt allereerst een juridische kwalificatie gegeven van de huidige rechtspositie van de eigenaren van de percelen aangrenzend aan het Schapenburgerpad (onder 2). Vervolgens wordt een tweetal procedures beschreven (onder 3) die gevolgd zouden kunnen worden ten einde de werkelijke rechtspositie van de eigenaren van het Schapenburgerpad juridisch vast te leggen. Daarna wordt ingegaan op de (toekomstige) mogelijkheden omtrent het beheer van het Schapenburgerpad (onder 4). Ten slotte volgt het advies (onder 5).

2. JURIDISCHE ANALYSE VAN DE BESTAANDE SITUATIE

2.1. De omschrijving in de akten

In de akte van 19 november 1782 alsmede in het vonnis van het Hof te Amsterdam van 20 november 1885 wordt gesproken over *"het gezamenlijk eigendom van het Schapenburgerpad, toekomend aan de eigenaren van de tuinen aangrenzend aan het pad"*. In de oorspronkelijke akte van 15 januari 1752, waarmee de rechtsverhoudingen met betrekking tot het pad in het leven werden geroepen, wordt indirect gerefereerd aan de eigendomsverhoudingen, doordat de eigenaar van het laatste erf het pad, in afwijking van alle andere aangeërfden, 'in eigendom alleen zal behouden'. Er is dus van meet af aan gedacht in termen van mede-eigendom.

Van belang is dat hierbij kennelijk steeds is aangenomen dat het mede-eigendomsrecht met betrekking tot het pad niet aan iedere rechthebbende tot een aangeërfd perceel persoonlijk toekwam maar in de hoedanigheid van eigenaar van dat aangeërfde perceel, zodat het mede-eigendomsrecht ten aanzien van het pad bij overdracht van het aangeërfde perceel automatisch zou overgaan op de verkrijger van dat perceel.

De thans gebruikte term 'aangeërfde rechten' komt niet in de genoemde akten voor.

2.2. Overgangsrecht

Aangezien de rechten van de aangeërfden zijn gevestigd vóór de inwerkingtreding van het oude Burgerlijk Wetboek van 1838, kan worden gesproken van oude zakelijke rechten. Voor zover deze oude zakelijke rechten geen regeling vonden in dat Burgerlijk Wetboek, bleven de rechten bestaan op grond van een bepaling in de Overgangswet van 1829.¹ In de Overgangswet met betrekking tot het nieuwe BW van 1992 is de eerbiedigende werking van oude rechten geregeld in art. 69, waarbij in art. 150 is bepaald dat dergelijke oude zakelijke rechten registergoederen zijn geworden.

In de Overgangswet voor het BW van 1992 is een bijzondere bepaling opgenomen voor een zakelijk recht dat voorheen nog niet in de wet werd geregeld maar thans wel in titel 5.5 (art. 5:60 e.v. BW): de mandeligheid. Art. 162 van de Overgangswet bepaalt: *'Bij het in werking treden van de wet bestaat mandeligheid, indien alsdan reeds is voldaan aan de vereisten die artikel 60 van Boek 5 aan het ontstaan ervan stelt. (...)'* Met deze bepaling is beoogd om wat voorheen bekend

¹ Zie artikel 1 van de Wet van 16 mei 1829, Stb. 29.

stond als de buurweg en andere aangrenzendheden te brengen onder de rechtsfiguur mandeligheid.²

In art. 5:60 BW is bepaald dat mandeligheid ontstaat wanneer een onroerende zaak, welke gemeenschappelijk eigendom is van de eigenaren van twee of meer erven, door hen tot gemeenschappelijk nut van die erven wordt bestemd bij een tussen hun opgemaakte notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers.

Daar in de notariële akte van 19 november 1782 een dergelijke beheersregeling omtrent het nut van het Schapenburgerpad (dat toekomt aan de eigenaren van de aangrenzende erven gezamenlijk) is vastgelegd, lijkt te zijn voldaan aan de vereisten van art. 5:60 BW. Daarom is naar onze inschatting krachtens overgangsrecht (art. 162 OW jo. 5:60 BW) mandeligheid ontstaan. De onjuiste tenaamstelling in het kadaster doet hieraan niet af. De juridische werkelijkheid is naar onze mening dat de aangeërfden met betrekking tot het Schapenburgerpad mede-eigendomsrechten in de vorm van mandeligheid hebben.

De vaststelling dat sprake is van mandeligheid in de zin van de wet heeft gevolgen voor de rechtspositie van de aangeërfden, aangezien de wettelijke regeling voor mandeligheid van toepassing is geworden.³ In het navolgende worden de kenmerken van de mandeligheid nader uiteen gezet.

2.3. Kenmerken mandeligheid

Definitie mandeligheid

Mandeligheid is *'een vorm van mede-eigendom, met deze bijzonderheden dat het recht van mede-eigendom verbonden is aan de eigendom van twee of meer naburige erven, te wier nutte de gemeenschappelijke zaak strekt, en dat niet iedere mede-eigenaar verdeling van de zaak kan vorderen.'*⁴ Aangezien mede-eigendom een vorm van gemeenschap in wettelijke zin is, zijn de wettelijke bepalingen uit de titel Gemeenschap (titel 3.7 BW) van toepassing, zij het dat titel 5.5 BW bijzondere bepalingen bevat ter aanvulling en ten dele in afwijking daarvan.⁵

² Zie ook Wibbens-de Jong, 'Mandeligheid en erfdienstbaarheden', Kluwer-Deventer 2006, p. 4.

³ Aangezien het hier gaat om oude zakelijke rechten, kan wellicht worden betwijfeld of de gehele wettelijke regeling van mandeligheid van toepassing is. Daar waar de wettelijke regeling afwijkt van wat partijen bij de vestiging van het oude zakelijke recht uitdrukkelijk hebben geregeld, zou verdedigbaar kunnen zijn dat de door partijen overeengekomen regeling op grond van het overgangsrecht prevaleert boven de nieuwe wettelijke regeling. Echter, gezien de uiterst summiere regeling in de akte van 1752, kan deze vraag buiten beschouwing blijven.

⁴ Toelichting Meijers, Parlementaire Geschiedenis 5, p. 221.

⁵ MvA II bij art.5:63, Parlementaire Geschiedenis 5, p. 291.

Afhankelijk recht

Het recht van mede-eigendom in de mandelige (onroerende) zaak is gebonden aan de eigendom van een erf. Overdracht van het erf betekent dus dat ook het recht in de mandelige zaak automatisch mee overgaat op de verkrijger van het erf; mandeligheid is daarmee een afhankelijk recht in de zin van art. 3:7 BW. Het is niet mogelijk enkel het eigendomsrecht met betrekking tot het mandelige deel over te dragen aan een derde. In het verlengde hiervan ligt de regel in art. 5:63 BW dat het voor een mandelige eigenaar niet mogelijk is om verdeling van de gemeenschap met betrekking tot de mandelige zaak te vorderen.

Wel kan de mede-eigenaar zijn recht in de mandeligheid overdragen aan de andere mede-eigenaren (art. 5:66 BW). Zo voorkomt deze dat hij in de toekomst verplicht blijft bij te dragen in de kosten van de mandelige zaak. De overige mandelige eigenaren zijn op grond van de wet verplicht aan deze overdracht mee te werken, tenzij bij overeenkomst anders is bepaald (art. 5:66 lid 1 jo. 5:69 BW).

Gezamenlijk beheer

Het beheer van een mandelige zaak geschiedt in principe door de mede-eigenaren van de mandelige zaak tezamen. De mede-eigenaren zijn op grond van art. 5:65 BW verplicht om bij te dragen aan het herstel en onderhoud maar ook aan de vernieuwing van de mandelige zaak. Zoals hierboven reeds vermeld, zijn de bepalingen omtrent de gemeenschap van titel 3.7 BW van toepassing op mandeligheid. Met name van belang zijn de hierna nader beschreven bepalingen in artt. 3:168 tot en met 3:170 BW.

Beheersovereenkomst

In art. 3:168 BW is de mogelijkheid opgenomen dat de deelgenoten (mandelige eigenaren) ten aanzien van het gemeenschappelijke goed (de mandelige zaak) een beheersovereenkomst sluiten. Een dergelijke regeling is op grond van art. 3:168 lid 4 BW bindend voor de rechtsverkrijgenden van een deelgenoot. De inhoud van deze beheersovereenkomst is door de deelgenoten tezamen vrij te bepalen; hierin hebben de gezamenlijke eigenaren dus een grote mate vrijheid.

De regeling omtrent de gemeenschap (titel 3.7 BW) bevat geen bepaling waarbij aansluiting gezocht kan worden om een overlegstructuur te creëren. Er kan ervoor worden gekozen het beheer van de gezamenlijke zaak uit te besteden aan een beheersrechtspersoon. Dit kan een externe partij zijn, maar ook een vereniging van gemeenschappelijke eigenaren (waarvan de gezamenlijk eigenaren lid zijn), of een stichting (waarbij het bestuur gevormd wordt door vertegenwoordigers van de gemeenschappelijke eigenaren tezamen). Hierop wordt nader ingegaan onder 4.

Inhoud beheersovereenkomst

Door de grote mate van vrijheid die de deelgenoten hebben bij het bepalen van de inhoud van de beheersovereenkomst, is het mogelijk in de overeenkomst een bepaling op te nemen waarin:

- het beheer van de gemeenschappelijke zaak wordt uitbesteed aan een beheersrechtspersoon (of vereniging (- van mandelige eigenaren), zie onder 4);
- de verplichting van de deelgenoten tot medewerking aan de overdracht van een mandelig aandeel aan een mede-eigenaar (art. 5:66 lid 2 BW) wordt uitgesloten of afhankelijk wordt gemaakt van toestemming van de overige deelgenoten of bijvoorbeeld de Commissarissen (art. 3:175 lid 2 BW);
- wordt bepaald dat de beheersovereenkomst ontbonden noch opgezegd kan worden zolang de gemeenschap bestaat.

Voortbestaan overeenkomst

Doordat de beheersregeling ook bindend is voor de rechtsverkrijgenden van een deelgenoot, kan het beheer van een gemeenschappelijke zaak op vrijwel iedere gewenste manier voor langere tijd vastgelegd worden. Aan partijen komt echter wel de mogelijkheid toe bij de kantonrechter een verzoek tot buitenwerkingstelling of wijziging van de beheersregeling in te dienen op grond van art. 3:168 lid 3 BW. Uit lid 3 volgt dat door de meest gerede partij aan de rechter verzocht kan worden de bestaande regeling op basis van onvoorziene omstandigheden⁶ te wijzigen. Bij het op deze manier wijzigen van de overeenkomst is de medewerking van alle individuele aangeërfden niet vereist, dit in tegenstelling tot de situatie waarbij de overeenkomst buitenrechtelijk gewijzigd zou worden.

2.4. Mogelijkheden in verband met het Schapenburgerpad

Ervan uitgaande dat de regels van titel 5.5 BW (mandeligheid) van toepassing zijn, bestaat aldus de mogelijkheid om een verzoek tot wijziging van de oude beheersovereenkomst in te dienen, gebaseerd op het gegeven dat deze naar huidige maatstaven ontoereikend is. Door middel van deze nieuwe beheersovereenkomst kunnen aldus (kwalitatieve) verbintenissen in het leven worden geroepen omtrent het beheer van het Schapenburgerpad, waarbij bijvoorbeeld ook zou kunnen worden overeengekomen dat de deelgenoten hun mandelig aandeel alleen aan de Gemeente (zijnde deelgenoot) kunnen overdragen.

⁶ Waaronder in dit geval te verstaan de ontwikkelingen die zich in de loop der eeuwen hebben voorgedaan ten aanzien van dergelijke gemeenschappelijke gronden.

3. PROCEDURES

Zoals in de inleiding uiteen is gezet, bestaat de behoefte om de werkelijke rechtspositie van de eigenaren van de erven aangrenzend aan het Schapenburgerpad juridisch vast te leggen en de kadastrale vermelding te corrigeren. Hiervoor bestaan in het algemeen twee mogelijkheden. De eerste is een beroep op art. 112 Kadasterwet, dat ruimte biedt voor een verzoek tot herstel van een kadastrale fout, zodat de kadastrale weergave in overeenstemming wordt gebracht met de juridische werkelijkheid (te beschrijven onder 3.1). De tweede mogelijkheid is gebruik te maken van de eigendomsuitwijzingsprocedure van art. 3:27 BW (te beschrijven onder 3.2).

3.1. Procedure 1: Herstel kadastrale fout

Procedurele aspecten art. 112 Kadasterwet

In het Kadaster staan de rechten op het Schapenburgerpad momenteel op naam van de Gemeente. De gegevens uit het kadaster stroken daarmee niet met de werkelijkheid. Op de voet van art. 112 Kadasterwet kan een belanghebbende een verzoek indienen om kennelijke misslagen, door de Dienst begaan bij de bijwerking van de kadastrale registratie, te doen herstellen. Uit de Memorie van Toelichting⁷ blijkt dat dit verzoek schriftelijk en met redenen omkleed moet worden ingediend. De wetgever vermeldde hierbij dat het verzoek slechts gericht kan zijn tegen 'het feit dat de **bijwerking** zelf onjuist of onvolledig is geschied'.

Blijkens het tweede lid van art. 112 Kadasterwet moet het verzoek worden ingediend bij het kantoor van de Dienst, binnen wiens kring de desbetreffende onroerende zaak is gelegen. Op basis van art. 116 lid 2 Kadasterwet stelt de Dienst regels op omtrent de wijze waarop eventuele kennelijke misslagen dienen te worden hersteld. Deze regels zijn, voor zover in dezen relevant, neergelegd in art. 148 en 149 Kadasterregeling 1994. Tegen de beschikking van de Dienst staan bezwaar en beroep open op grond van art. 56 lid 1, art. 56 c tot en met e en art. 58 leden 1 en 2 Kadasterwet. Ingevolge art. 58 Kadasterwet worden eventuele wijzigingen of aanvullingen in het kadaster aan belanghebbenden⁸ bekend gemaakt.

Implicaties voor onderhavige situatie

De procedure van art. 112 Kadasterwet lijkt aldus om mogelijkheid te scheppen om het Schapenburgerpad op eenvoudige wijze in het kadaster ten naam te laten stellen van de eigenaren van de aangrenzende erven (thans mandelige eigenaren).

⁷ MvT 1981-1982, Parlementaire Geschiedenis Kadasterwet 17 496, nr. 5, p. 138.

⁸ Voor de uitleg van het begrip 'belanghebbende' wordt aansluiting gezocht bij de definitie van art. 1:2 Awb: 'degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken'.

In het verzoek tot herstel van de fout kan worden verwezen naar o.a. de brief van de Gemeente Amsterdam, Stadsdeel Oud-Zuid d.d. 18 juni 1998.

Het is echter niet waarschijnlijk dat dit verzoek door de Dienst zal worden ingewilligd. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat het bij een beroep op art. 112 Kadasterwet moet gaan om een duidelijke onjuistheid, verschrijving dan wel fout zijdens de Dienst. In de onderhavige situatie is dat niet het geval, omdat waarschijnlijk al op het eerste moment waarop de rechten op het Schapenburgerpad geregistreerd konden worden, een verkeerde registratie heeft plaatsgevonden. Uit een titelonderzoek van de Dienst is gebleken dat de informatie op basis van het kadastrale uittreksel niet volledig is. Er blijken verschillende titels ten aanzien van het perceel te bestaan, maar slechts in de titel waarnaar in het uittreksel wordt verwezen, wordt het perceel daadwerkelijk aangehaald. Aangezien het Kadaster eerst in 1838 werd geopend en inschrijving pas toen⁹ een vereiste voor de levering werd, vormen stukken van vóór 1838 geen solide basis. In ieder geval is van een fout van de Dienst op basis van een ter inschrijving in de openbare registers aangeboden akte geen sprake. Daarom zal de Dienst niet snel geneigd zijn de kadastrale vermelding zonder meer te wijzigen.

Dit standpunt van de Dienst blijkt ook uit het telefonisch contact dat wij op woensdag 1 augustus 2007 hebben gehad met de heer Loef van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers te Apeldoorn, waarin hij te kennen gaf dat de Dienst op basis van de aan hem bekende gegevens niet tot ambtshalve wijziging van de tenaamstelling over kan gaan. Wel liet de Dienst weten dat het een zogenaamde primitieve tenaamstelling betreft, hetgeen zou inhouden dat de hierna beschreven mogelijkheid van eigendomsuitwijzing bestaat.

3.2. Procedure 2: Eigendomsuitwijzing¹⁰

Rechtsgevolg van eigendomsuitwijzing

Op grond van art. 3:27 lid 1 BW, dat is opgenomen in afdeling 3.1.2 betreffende inschrijvingen betreffende registergoederen, kan hij die beweert enig recht op een registergoed te hebben, alle belanghebbenden dagvaarden om te horen verklaren dat hem het recht waarop hij aanspraak maakt, toekomt. De gevolgen van de rechterlijke verklaring omtrent een recht op een registergoed zijn (a) dat tussen partijen de rechtstoestand onbetwistbaar vaststaat en (b) dat jegens derdenbelanghebbenden die verklaring wordt vermoed juist te zijn. Na inschrijving van het vonnis in de openbare registers gaat het kadaster over tot aanpassing van de tenaamstelling. Dit betekent dat bij het kadastrale perceel van het Schapenburger-

⁹ Vanaf 1832 was vrijwillige inschrijving overigens al wel mogelijk.

¹⁰ Vgl. J.C. van Straaten, *Kadaster, openbare registers en derdenbescherming*, Deventer: Kluwer 1992, p. 50-52.

pad de gerechtigden tot de mandeligheid worden vermeld in de vorm van de kadastrale nummers van de aangrenzende percelen indien deze ongesplitste eigendom zijn en de kadastrale nummers van de appartementsrechten indien een aangrenzend perceel is gesplitst in appartementsrechten.

Rechtsgevolg aanhangig maken uitwijzingsprocedure

De dagvaarding kan op voet van art. 3:17 lid 1 sub f BW in de registers worden ingeschreven. Dit heeft tot gevolg dat eenieder die daarna, doch vóór de inschrijving van het vonnis, een recht op dat registergoed verkrijgt, op grond van art. 3:23 BW zich niet, onder het mom van onbekendheid met de in de dagvaarding gepretendeerde rechten, op zijn goede trouw zal kunnen beroepen.¹¹ In de praktijk betekent dit dat de koper van een van de aangeërfde percelen zich niet meer erte-gen zou kunnen verzetten ook deelgenoot te zijn in de mandelige eigendom van het pad.

Procedurele aspecten art. 3:27 BW

De belanghebbenden die als rechthebbende of beslaglegger in het openbare register staan ingeschreven, dienen 'ieder bij name' gedagvaard te worden.¹² Eventuele andere belanghebbenden worden bij openbare oproeping conform art. 54 Rv opgeroepen. Dit wil zeggen dat het exploit van de dagvaarding betekend moet worden aan het parket van de ambtenaar van het openbaar ministerie bij het gerecht waar de zaak dient. Voorts wordt een uittreksel van het exploit zo spoedig mogelijk bekend gemaakt in een landelijk dagblad of in een dagblad dat verschijnt in de streek waar voormeld gerecht zitting houdt, onder vermelding van naam en kantooradres van de advocaat bij wie een afschrift van het exploit kan worden verkregen.

Blijkens art. 3:27 lid 1 BW kan de rechter de maatregelen bevelen en de bewijsopdrachten doen die hij in het belang van niet-verschenen rechthebbenden nuttig oordeelt. De rechter is in deze procedure minder lijdelijk dan normaal.

De krachtens dit artikel verkregen verklaring kan pas in de registers worden ingeschreven, wanneer het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan (art. 3:27 lid 1 BW).¹³ Tegen het vonnis kan krachtens art. 3:27 lid 2 BW geen verzet worden

¹¹ Een beroep op art. 3:88 BW zal dan niet slagen.

¹² In het voorstel van Meijers (Ontwerp-Meijers, Parl. Gesch. Boek 3, p. 143) was ten aanzien van de rechthebbenden op het goed bepaald, dat zij 'bij afzonderlijk exploit' moesten worden gedagvaard. Later zijn deze woorden vervangen door "ieder met name". De ratio van deze wijziging was dat men geen reden zag waarom er niet één exploit dat aan meerdere, telkens bij naam genoemde personen wordt betekend, voldoende zou zijn (MvA II, Par. Gesch. Boek 3, p. 145). In de uiteindelijke tekst is vervolgens om taalkundige redenen gekozen voor "ieder bij name".

¹³ De ratio hiervan is dat aan het ingeschreven declaratoire vonnis vergaande gevolgen verbonden zijn (vgl. lid

ingesteld. Hoger beroep en cassatie staan daarentegen in beginsel volgens de gewone regels open, behoudens de in lid 2 genoemde uitzonderingen.

Als het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan houdt dit in dat de rechtstoestand, zoals die bij vonnis is bepaald, tussen de partijen vast staat. Inschrijving in de openbare registers geschiedt vervolgens door middel van het aanbieden van een expeditie van de rechterlijke uitspraak en een verklaring van de griffier van het gerecht dat de uitspraak heeft gedaan, inhoudende dat tegen die uitspraak geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat (art. 3:17 lid 1 sub e BW jo. art. 25 Kadasterwet). Ten aanzien van niet-verschenen belanghebbenden, die niet bij name zijn gedagvaard, wordt de ingeschreven verklaring vermoed juist te zijn, zolang het tegendeel niet is bewezen, art. 3:27 lid 3 BW.

In de praktijk wordt zelden van deze regeling gebruik gemaakt.¹⁴ Rechtspraak en literatuur hieromtrent zijn dan ook uitermate schaars.¹⁵

3.2.1. Implicaties voor onderhavige situatie

Hieronder zal verkort worden weergegeven wat de eigendomsuitwijzingsprocedure van art. 3:27 BW voor de situatie rondom het Schapenburgerpad zou betekenen.

Procedure

Er dient een dagvaarding aangebracht te worden bij de Rechtbank Amsterdam, sector Kanton, locatie Amsterdam, waarin gevorderd wordt te verklaren voor recht dat het Schapenburgerpad het mandelige eigendom van de eigenaren van bepaalde percelen aangrenzend aan het Schapenburgerpad (waaronder ook de Gemeente) vormt. Naast de betekening aan het parket, zoals hiervoor uiteengezet, wordt de dagvaarding aan *alle* bekende belanghebbenden individueel betekend, zulks ondanks het feit dat zij niet als rechthebbende of beslaglegger op het Schapenburgerpad ingeschreven staan. In geval van in appartementsrechten opgesplitste percelen dienen de appartementsgerechtigden ieder afzonderlijk gedagvaard te worden en kan niet volstaan worden met het dagvaarden van de betreffende vereniging van eigenaren.¹⁶

3). Het gaat hierbij dan met name om het feit, dat verkrijgers onder bijzondere titel – ongeacht of dit om niet dan wel om baat geschiedde – de ingeschreven verklaring als absoluut juist kunnen beschouwen.

¹⁴ Vgl. H.W. Heyman, Naar een meer positief stelsel van grondboekhouding?, *NTBR* 2003/4, p. 175.

¹⁵ In de enige gepubliceerde procedure is door Hof's-Hertogenbosch 7 maart 2000, *NJ* 2000/745, r.o. 7.5, beslist dat de procedurele aspecten van de eigendomsuitwijzing dwingendrechtelijk van aard zijn.

¹⁶ Zie Mijnsen e.a., Asser 3-II Goederenrecht 2006, nr. 521, p. 506: '... staat de VvE naast de bijzondere gemeenschap van appartementseigenaars, de VvE komt daarvoor dus niet in de plaats, noch valt zij daarmee samen. (...) Zodra het echter gaat om goederenrechtelijke aspecten (...) dan treedt het verenigingsrecht terug en 82032004 AMS C 646956 / 14

Verloop procedure

De belanghebbenden kunnen een belemmering vormen voor de toewijzing van het gevorderde. Dit is niet waarschijnlijk daar de Gemeente (naar het nu lijkt) de enige bekende belanghebbende is die een (vermeend) recht verliest, maar te kennen heeft gegeven in te stemmen met de wijziging van de tenaamstelling in het openbare register. Het kan echter voorkomen dat er nog andere (vermeende) gerechtigden blijken te bestaan en die gehoor geven aan de openbare oproeping.

Resultaat

Na een succesvol verloop van de procedure kan de in het vonnis neergelegde verklaring (dat het Schapenburgerpad als het mandelige eigendom toekomt aan de eigenaren van de percelen aangrenzend aan het Schapenburgerpad en de Gemeente gezamenlijk) in de openbare registers ingeschreven worden nadat het vonnis in kracht van gewijsde¹⁷ is gegaan. In het Kadaster zal het Schapenburgerpad vanaf dan aangeduid worden als mandelige zaak, toekomende aan de gezamenlijke eigenaren, dan wel appartementsgerechtigden¹⁸, van bepaalde percelen aangrenzend aan het Schapenburgerpad.

Indien en zodra het kadaster in overeenstemming is gebracht met de juridische werkelijkheid, wordt het makkelijker voor de Commissarissen om de rechten van de aangeërfden te handhaven jegens derden. Wat betreft de aannemers die werkzaam zijn in de winkelpanden aan de P.C. Hoofdstraat, wordt het moeilijker om aan de Commissarissen tegen te werpen dat zij niets met de Commissarissen te maken hebben.

De Commissarissen kunnen na aanpassing van het kadaster in dergelijke situaties makkelijker een beroep doen op art. 5:56 BW. Deze wettelijke bepaling verplicht een eigenaar tijdelijk gebruik van een onroerende zaak toe te staan wanneer dat gebruik voor het verrichten van werkzaamheden ten behoeve van een andere onroerende zaak noodzakelijk is. Deze verplichting bestaat echter alleen in geval van behoorlijke kennisgeving en schadeloosstelling. Bovendien kan de eigenaar het gebruik weigeren of tot een later tijdstip uitstellen indien daarvoor gewichtige redenen bestaan.

komt de starre regeling van de gemeenschap (art. 3:170 lid 3 BW) naar voren.'

¹⁷ Een vonnis is in kracht van gewijsde gegaan wanneer hiertegen geen beroepsmogelijkheden meer open staan.

¹⁸ Het mandelige eigendomsrecht maakt echter géén deel uit van de splitsingsakte (en zal dit ook niet gaan doen tenzij deze ieder individueel gewijzigd worden), waardoor de verschillende verenigingen van eigenaren met betrekking tot de rechten op het Schapenburgerpad buiten beschouwing blijven.

4. ONDERBRENGING IN EEN RECHTSPERSOON

In de praktijk komt het regelmatig voor dat een zaak die bestemd is voor gezamenlijk gebruik wordt ondergebracht in een rechtspersoon. Gezien de geschetste problemen waarmee de Commissarissen geconfronteerd worden, moet worden onderzocht in hoeverre een rechtspersoon ook voor het Schapenburgerpad een uitkomst biedt. Daarbij zijn twee varianten denkbaar, die hierna worden besproken: iedere aangeërfde draagt zijn rechten volledig over aan een rechtspersoon (4.1), of een rechtspersoon wordt belast met het beheer van het Schapenburgerpad (4.2).

4.1. Overdracht mandelige eigendomsrechten

De overdracht van alle aangeërfden rechten aan een rechtspersoon, waarbij het pad eigendom wordt van de rechtspersoon en op haar naam wordt gesteld, is om verschillende redenen problematisch.

Zoals hierboven is beschreven, is het recht op een mandelige zaak een afhankelijk recht. Dit betekent dat het mandelige eigendomsrecht niet kan worden gescheiden van de eigendom van de aangrenzende percelen, zoals uitdrukkelijk is bepaald in art. 5:63 lid 1 BW. Het zal dan ook *niet* mogelijk zijn enkel de mede-eigendomsrechten op het Schapenburgerpad over te dragen aan een rechtspersoon.

Wel is denkbaar dat iedere aangeërfde ertoe overgaat om zijn rechten op grond van art. 5:66 lid 1 BW aan te bieden aan één der mede-eigenaren, bijvoorbeeld de Gemeente. Wanneer alle rechten op de mandelige zaak toekomen aan slechts één rechthebbende eindigt de gemeenschap en daarmee de mandeligheid (art. 5:61 jo. 3:166 BW.) De Gemeente is dan niet alleen eigenaar van enige percelen, maar ook van het Schapenburgerpad, dat dan als zelfstandig goed overdraagbaar zal zijn geworden. De Gemeente zou dan de eigendom van het pad kunnen overgedragen aan een daartoe opgerichte rechtspersoon.

Deze constructie kent twee bezwaren: ten eerste komt de bevoegdheid tot inspraak van de eigenaren van de aangrenzende erven (voorheen mede-eigenaren van het Schapenburgerpad) omtrent het pad komen geheel te vervallen; zij zijn dan immers niet langer rechthebbende met betrekking tot dit pad. Ten tweede zal ieder van de gezamenlijke eigenaren moeten meewerken aan het opmaken van de akten die benodigd zijn voor de overdracht van zijn rechten op de mandelige zaak.

4.2. Oprichting beheersrechtspersoon

Reeds in de bestaande situatie is sprake van een beheersovereenkomst op basis waarvan de Commissarissen bevoegd en verplicht zijn om het pad te beheren en de aangeërften verplicht zijn in de kosten van het beheer bij te dragen. Deze beheersovereenkomst lijkt te voldoen aan de vereisten van art. 3:168 BW, zodat de beheersovereenkomst bindend is voor alle mandelige eigenaren en hun rechtsverkrijgers, zoals onder 2.2 uiteen is gezet.

Denkbaar is dat ervoor wordt gekozen de beheerstaken en de daarmee verband houdende rechten onder te brengen in een door de gezamenlijke eigenaren opgerichte rechtspersoon, bijvoorbeeld een stichting. De Commissarissen vormen dan het bestuur van de stichting.

Stichting

Het voordeel van de oprichting van een stichting voor de uitoefening van de beheerstaken is dat een rechtspersoon ontstaat, die als zodanig een rekeningovereenkomst met een bank kan aangaan. De geïnde bijdragen voor het beheer en het onderhoud van het pad vallen dan in het vermogen van de stichting en niet meer in het vermogen van de penningmeester persoonlijk. Verder kan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de Commissarissen worden neergelegd in de statuten van de stichting en kan deze bevoegdheid ook ingeschreven worden bij Kamer van Koophandel.

Bij de oprichting van een dergelijke beheersstichting behouden de aangeërften als mandelige eigenaren van het pad de rechten die zij voorheen hadden; het bestuur van de stichting voert het beleid en doet het beheer, zoals overeengekomen in de beheersovereenkomst tussen de mandelige eigenaren. De mandelige eigenaren kunnen door middel van het bepalen van de statuten bij de oprichting van de stichting indirect invloed uitoefenen op het bestuur, door in deze statuten nadere regels omtrent het beleid op te nemen en de bestuurders aan te wijzen. Van de gewenste vergroting van de betrokkenheid van de aangeërften bij het pad en het beheer ervan is dan echter geen sprake.

Vereniging van mandelige eigenaren

De betrokkenheid van de aangeërften zou wellicht kunnen worden vergroot door in plaats van een stichting een vereniging op te richten voor het beheer van het pad. Het bestuur wordt dan gevormd door de Commissarissen. Nodig is dan wel dat de mandelige eigenaren lid zijn of worden van deze vereniging. Aangezien de mandelige eigenaar de beheersovereenkomst met betrekking tot de mandelige zaak, waarin is bepaald dat de vereniging belast is met het beheer van de mandelige zaak, móet respecteren (zo ook diens rechtsverkrijger, art. 3:168 lid 4), zal hij naar alle waarschijnlijkheid ook lid willen worden van deze vereniging. In de

statuten kan weer worden bepaald dat het lidmaatschap van de vereniging beëindigd wordt indien het lid de mandelige zaak overdraagt. Het lidmaatschap van een vereniging als deze biedt het voordeel dat de betaling van de aan het beheer en de exploitatie verbonden kosten op deze manier eenvoudig gerealiseerd en geëffectueerd kan worden.

In verband met de mogelijkheden inspraak te hebben in het beleid omtrent het beheer maar bovenal de beheerskosten op effectieve wijze te kunnen ontvangen zal in de praktijk dan ook veelal de voorkeur gegeven worden aan het oprichten van een 'vereniging van mandelige eigenaren'¹⁹, waaraan vervolgens het beheer van de mandelige zaak overdragen wordt.

De constructie van een dergelijke vereniging kent enige praktische bezwaren, in het bijzonder wanneer één der mandelige eigenaren besluit zijn lidmaatschap tussentijds op te zeggen, of wanneer deze besluit zijn eigendom over te dragen aan een derde zonder dat de koper lid van de vereniging wil worden. Met het oog op de continuïteit van de vereniging en daarmee het (gezamenlijk) beheer van de mandelige zaak zal het voortijdig uittreden van een lid vanzelfsprekend ongewenst zijn. Echter, in het kader van de vrije opzegbaarheid van het lidmaatschap van een vereniging als bedoeld in art. 2:35 lid 1 BW, is het opzeggen van het lidmaatschap door een mandelige eigenaar toegestaan. De wet kent hierdoor dan ook, behoudens in het kader van het appartementsrecht, geen grondgebonden (kwalitatief) lidmaatschap van een beheersvereniging of coöperatie²⁰. Dit betekent dat aan de hoedanigheid van eigenaar van een bepaald registergoed geen verplicht lidmaatschap van een dergelijke beheersvereniging gekoppeld kan worden. Hierdoor wordt de latere verkrijger van de overgedragen eigendom bij de overdracht derhalve niet van rechtswege lid van de beheersvereniging.

Wel kan door middel van een obligatoire bepaling, een zogenaamd kettingbeding, contractueel bedongen worden dat de mandelige eigenaren verplicht zijn in de toekomst hun lidmaatschap aan een opvolgend eigenaar over te dragen. Dit biedt weliswaar geen volledige (goederenrechtelijke) zekerheid omdat het hier slechts een contractuele afspraak betreft, maar door middel van de leerstukken van wanprestatie, ongerechtvaardigde verrijking en zaakwaarneming zou bovenstaande constructie (het beheer van de mandelige zaak door middel van een beheersvereniging waarvan de mandelige eigenaren lid zijn) gewaarborgd kunnen worden.

¹⁹ Niet zijnde een Vereniging van Eigenaren in de zin van afdeling 5.9.1 van het Burgerlijk Wetboek, die ontstaat bij de splitsing in appartementsrechten.

²⁰ Dit komt omdat het, behoudens enkele uitzonderingen, in strijd met de wet is wanneer een derde gebonden is aan een overeenkomst waarbij hijzelf geen partij was. Het verkrijgen van een bepaald goed mag dan ook geen onbekende, buitenwettelijk geregelde verplichtingen voor de verkrijger met zich meebrengen.

In de rechtspraak is in incidentele gevallen bepaald dat dergelijke beheersafspraken, die weliswaar grondgebonden zijn, toch van kwalitatieve aard kunnen zijn.²¹

5. ADVIES

Naar onze inschatting is het onvermijdelijk om een procedure tot eigendomsuitwijzing te entameren. Getracht kan worden eerst het kadaster nog formeel te verzoeken de kadastrale vermelding te wijzigen, maar gezien het reeds mondeling geuite standpunt van de Dienst is het onwaarschijnlijk dat dit verzoek wordt gehonoreerd.

Aangezien wij van mening zijn dat de rechten van de aangeërfden met betrekking tot het Schapenburgerpad onder de huidige wetgeving een mandeligheid vormen, zal de procedure tot eigendomsuitwijzing ertoe leiden dat de aangeërfden als mede-eigenaren van het pad in het kadaster worden vermeld. Gezien de beheersregeling krijgt daarmee ook de rol van de Commissarissen een steviger fundament, zodat de rechten makkelijker jegens derden te handhaven zijn.

Zonder eigendomsuitwijzing bestaan er weinig mogelijkheden om veranderingen te brengen in de bestaande situatie. Een overdracht van rechten door de aangeërfden is pas mogelijk nadat is vastgesteld dat zij de mandelige eigendomsrechten inderdaad hebben.

In het kader van de eigendomsuitwijzingsprocedure kan de rechter bovendien worden verzocht de bestaande beheersregeling te wijzigen. Zo kan een verdeelsleutel voor de bijdrageverplichtingen worden vastgesteld. Ook kan de positie van de Commissarissen verder worden verstevigd door hen aan te stellen als bestuurders van een op te richten stichting of vereniging. Een dergelijke rechtspersoon voor het beheer van het pad maakt het mogelijk om een bankrekening te openen.

²¹ Zie hierover bijvoorbeeld het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 24 juli 2002, NJ 2003/11, waarin het daar bedoelde lidmaatschap van een beheersvereniging in de lijn van art. 5:112 lid 3 BW, als een kwalitatieve verplichting gezien werd.