

LTB 2023/8

Oude zakelijke rechten: onbekend maakt onbemind en de valkuilen voor de notaris

Mr. J.F.V.N. Verploegen, datum 19-01-2023

Datum	19-01-2023
Auteur	Mr. J.F.V.N. Verploegen ^[1]
JCDI	JCDI:ADS685302:1
Vakgebied(en)	Belastingrecht algemeen (V)

Oude zakelijke rechten kunnen niet meer worden gevestigd, maar worden sinds 1992 krachtens art. 150 lid 1 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (OBW) als registergoederen gerespecteerd. In deze bijdrage wordt ingegaan op de wijze waarop deze rechten kenbaar kunnen worden gemaakt voor derden en hoe ze kunnen worden overgedragen. De notaris zal hierbij steeds voorzichtig te werk moeten gaan, temeer omdat oude zakelijke rechten moeten worden geëerbiedigd en een beletsel vormen voor de eigenaar/gebruiker van een agrarisch perceel.

Juridische status oude zakelijke rechten

Oude zakelijke rechten zijn op onroerende zaken drukkende zakelijke genotsrechten die niet in Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek zijn gecodificeerd. Voorbeelden van dergelijke rechten zijn het recht van eendenkooi, poot- en weiderecht en het recht van beklemming. Heerlijke rechten worden tevens als oude zakelijke rechten beschouwd, maar hebben een andere oorsprong. Deze rechten zijn niet contractueel gevestigd, maar zijn verleend aan de heer van een gebied bekleed met openbaar gezag (heerlijkheid). Een voorbeeld hiervan is het heerlijk visrecht (zie Mertens, *LTB* 2022/36).

Oude zakelijke rechten kunnen niet meer worden gevestigd. Ook verlegging van het recht naar een ander perceel is niet mogelijk, dit zou namelijk neerkomen op de vestiging van een nieuw recht en dat is - zoals gezegd - niet meer mogelijk naar de regels van het (nieuw) BW.

Verkrijging oude zakelijke rechten

Zoals hiervoor vermeld zijn de thans nog geldende oude zakelijke rechten registergoederen. Dat betekent dat de overdracht van deze rechten op dezelfde wijze plaatsvindt als bij ieder ander registergoed. Er moet derhalve sprake zijn van een titel, beschikkingsbevoegdheid en een notariële akte van levering, die wordt ingeschreven in de openbare registers (art. 3:84 jo. 3:89 BW).

Bij overdracht van een oud zakelijk recht wordt in beginsel 10,4% overdrachtsbelasting geheven over de koopprijs of de hogere economische waarde, tenzij een beroep kan worden gedaan op een vrijstelling, zoals de cultuurgrondvrijstelling van art. 15.1.q. WBR of tenzij het een vrijgestelde verkrijging betreft op grond van art. 3 WBR.

Een bijzonderheid doet zich voor ingeval een oud zakelijk recht wordt betrokken in een wettelijke ruilverkaveling (sinds 1 januari 2007 als 'herverkaveling' aangeduid). Hoewel door herverkaveling titelzuivering plaatsvindt, overleven deze oude zakelijke rechten een wettelijke ruilverkaveling, in tegenstelling tot beperkte rechten (zie Rheinfeld, *LTB* 2019/13). De oude zakelijke rechten kunnen namelijk zoals gezegd niet opnieuw worden gevestigd, in tegenstelling tot beperkte genotsrechten zoals erfdienstbaarheden.

Kenbaar maken oude zakelijke rechten middels notariële verklaring

Niet altijd zijn oude zakelijke rechten kenbaar, omdat ze nog niet zijn ingeschreven in de openbare registers. Art. 150 OBW maakt het echter mogelijk het bestaan van oude zakelijke rechten in te schrijven in deze openbare registers. Deze inschrijving is vrijwillig en het ontbreken daarvan heeft dan ook geen consequenties voor het bestaan van dat recht. Daarom is in art. 150 lid 2 OBW bepaald dat op het ontbreken van de inschrijving van de oude zakelijke rechten art. 3:24 lid 1 BW niet van toepassing is. Verkrijgers zijn dus gebonden aan de bezwaardheid van het perceel met deze oude zakelijke rechten.

Inschrijving van de oude zakelijke rechten in de openbare registers vindt plaats door middel van een notariële verklaring (art. 17 BW).

Bij het opmaken van deze verklaring dient de notaris rekening te houden met het bepaalde in art. 37 Kadasterwet (Kadw). In de verklaring dient het bestaan van het recht te worden geconstateerd en dient tevens:

- de inhoud van het recht te worden omschreven;
- zo mogelijk, de gangbare benaming ervan te worden vermeld dan wel worden verklaard dat het recht niet een zodanige benaming heeft;
- te worden vermeld wie de rechthebbende is op dat recht, met daaraan gehecht de stukken waaruit een en ander blijkt, of authentieke afschriften van die verklaring en die stukken.

Art. 37 lid 1 Kadw stelt dat in de notariële verklaring tevens een verklaring van de notaris inhoudt:

- a hetzij dat allen die als partij bij het in te schrijven feit betrokken zijn aan de notaris hebben medegedeeld met de inschrijving in te stemmen;
- b hetzij dat bewijsstukken aan hem zijn overgelegd en aan de verklaring gehecht, die genoegzaam aantonen dat het in te schrijven feit zich inderdaad heeft voorgedaan dan wel, in geval van een verklaring als bedoeld in art. 36 lid 2 Kadw, dat het recht bestaat;
- c hetzij dat hij niet aan het onder a en b gestelde kan voldoen.

Van belang hierbij is het tweede lid van art. 37 Kadw. Indien immers de notaris niet kan voldoen aan de verklaring sub a en b van lid 1, dan volgt inschrijving in het register van voorlopige aantekening (register 4D) en kan inschrijving alleen nog plaatsvinden op bevel van de rechter. Op grond van art. 3:20 BW kan dit bevel via een kort geding bij de president worden gevraagd.

Kenbaar maken oude zakelijke rechten middels inschrijving vonnis

Rechten op oude zakelijke rechten en de wijze van verkrijging van deze rechten kunnen ook blijken uit een vonnis. Dit vonnis kan worden ingeschreven in de openbare registers en zal aan de in art. 25 Kadw gestelde eisen moeten voldoen. Ter inschrijving moet worden aangeboden:

- een expeditie (afschrift) van het vonnis; en

- een door de deurwaarder getekend afschrift van het exploit waarbij de betekening heeft plaatsgevonden. Ingeval het een vonnis betreft dat uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, dient nog een termijn van veertien dagen of zo veel korter als in het vonnis is bepaald sinds de betekening zijn verstreken; en
- ingeval het een vonnis betreft dat in kracht van gewijsde is gegaan: een verklaring van de griffier van de rechtbank die de uitspraak heeft gedaan dat tegen het vonnis geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat.

Een notaris dient zich terughoudend op te stellen bij opmaken van een verklaring naar aanleiding van een bij voorraad verklaard vonnis of het inschrijven van een dergelijk vonnis. Hij is immers ' *hoeder van de rechtszekerheid* '. Dit blijkt onder meer uit een uitspraak van de Kamer van Toezicht van Rechtbank Haarlem van 1 december 1999: een notaris mag niet enkel afgaan op een vonnis in kort geding waarin de president van de rechtbank in een voorlopig oordeel verklaart dat de verjaring heeft plaatsgevonden.

Het kan zijn dat bij inschrijving van het vonnis blijkt dat deze niet voldoet aan de vereisten van de Kadasterwet, bijvoorbeeld vanwege het ontbreken van de kadastrale gegevens. De bewaarder weigert dan de inschrijving. In dat geval kan de advocaat op grond van art. 43 Kadw de rechter verzoeken de uitspraak met de ontbrekende gegevens aan te vullen, zodat het vonnis alsnog kan worden ingeschreven. Aan de voet van het stuk brengt de rechter dan een verklaring uit.

In plaats van de gang naar de rechtbank, kan ook gekozen worden om de aanvullende gegevens in een voetverklaring op te nemen. Dit laatste is bijvoorbeeld geschied in de door Mertens in *LTB 2022/36* besproken casus vanwege het ontbreken van de kadastrale gegevens in het vonnis.

Notariële valkuilen

De notaris kan bij oude zakelijke rechten op de eerste plaats worden betrokken bij de inschrijving daarvan in de openbare registers. Het is voor de notaris bij het opstellen van een notariële verklaring vaak lastig om van deze rechten de huidige rechthebbende vast te stellen. Daar is uitgebreid kadastraal en geschiedkundig onderzoek voor nodig, aangezien deze rechten veelal in de middeleeuwen zijn ontstaan. Soms is het ook voor de ter zake deskundigen lastig om deze rechten onomstotelijk aan te tonen.

Als een notaris niet voorzichtig te werk gaat bij het opmaken van zijn notariële verklaring in de situatie dat er geen eenstemmigheid bestaat tussen de belanghebbenden, kan hem dat zowel civielrechtelijk als tuchtrechtelijk duur komen te staan. Van een zorgvuldig handelend notaris mag worden verwacht dat hij alle betrokken partijen op de hoogte brengt van de voorgenomen handelingen en partijen ook de gelegenheid geeft daarop te reageren voordat hij tot de benodigde handelingen overgaat. In dit kader kan verwezen worden naar het vonnis van Rechtbank Middelburg van 4 mei 2005, ECLI:NL:RBMID:2005:AU0887, waarin geklaagd werd over het door een notaris opstellen en doen inschrijven van een onvoldoende onderbouwde verjaringsverklaring zonder vooraf na te gaan wat het standpunt van de belanghebbende gemeente daarover was. Zowel de tuchtrechter als de civiele rechter stellen de gemeente in het gelijk.

Op de tweede plaats kan de notaris bij oude zakelijke rechten worden betrokken als deze worden overgedragen. Ook dan zal hij voorzichtig te werk moeten gaan. Dit blijkt onder meer uit een uitspraak van de Kamer voor het Notariaat, ressort Den Bosch van 19 augustus 2019 (ECLI:NL:TNORSHE:2019:19). In dat geval waren visrechten (deels ten onrechte) ingeschreven in de openbare registers die vervolgens werden overgedragen. Een deskundige stelde dat deze rechten niet bestonden, waaraan de notaris voorbijging en daarop niet reageerde. De kamer oordeelde dat de notaris de notariële kernwaarden van de onderzoeksplicht, de zorgplicht en de informatieplicht had geschonden.

Civielrechtelijk kreeg de notaris ervan langs in de rechtszaak die tegen hem was aangespannen door een sportvisserij (Rechtbank Noord-Holland 13 oktober 2021, ECLI:NL:RBNO:2021:8963). Een notaris droeg

visrechten over die toen al niet meer bestonden. Ook hier werd het niet voldoen aan de onderzoeksplicht en zorgplicht hem zwaar aangerekend. Hier ging hij toch vrijuit omdat er geen 100% duidelijkheid was over het bestaan van de visrechten en evenmin over de (exclusieve) beschikkingsbevoegdheid van de verkoper. De notaris had partijen de mogelijkheid voorgelegd van een akte van cessie waarbij de verkoper verklaart in te staan voor het bestaan en de overdraagbaarheid van de rechten. Beide partijen hebben hiermee ingestemd en aldus zelf gekozen voor een akte die niet inschrijfbaar zou zijn. Daar kwam bij dat partijen de koopovereenkomst zelf al gesloten hadden voordat zij zich tot de notaris wendden voor het opmaken van de akte van levering. De notaris had dus geen invloed op de inhoud van deze overeenkomst.

Belang voor de praktijk

Zowel bij de inschrijving van een oud zakelijk recht als bij de overdracht hiervan, dient een notaris behoedzaam te werk te gaan. De notaris die onvoldoende bekend of geheel onbekend met deze rechten is, doet er verstandig aan deze ook onbemind te laten en het opmaken van de notariële verklaring of de akte van overdracht over te laten aan een notaris die wel kennis van deze rechten heeft.

Voetnoten

[1] Mr. J.F.V.N. Verploegen is als notaris verbonden aan Bruggink & van Beek Notarissen te Wijchen, j.verploegen@bvbnotarissen.nl, www.bvbnotarissen.nl.