

Verkrijging krachtens kavelruil



Prof. mr. S.E. Bartels* Mr. J.W.A. Rheinfield**

1. Inleiding

Agrariërs A, B en C, praktisch burens, hebben het plan opgevat om de aan hen toebehorende percelen grond onderling wat anders te gaan verdelen. Zij zien hier alle drie voordeel in: zo treedt er door de nieuwe verkavelingstoestand onder meer vergroting van de huiskavels van A en B en afstandsverkortingen tussen de huiskavel en (verderop gelegen) veldkavels van C op. Zij sluiten daarom een zogenoemde kavelruilovereenkomst, gaan ermee naar de notaris, tekenen een notariële akte en laten deze inschrijven in de openbare registers. Vanaf dat moment zijn zij eigenaar van een ander stuk grond dan voorheen, althans lopen de perceelsgrenzen anders. De verkrijging krachtens kavelruil is fiscaal gezien gefaciliteerd, in die zin dat er een (algehele en ongeclausuleerde) vrijstelling van overdrachtsbelasting van toepassing is voor de krachtens kavelruil verkregen onroerende zaken.¹

Naar aanleiding van het proefschrift van een onzer,² zijn wij in gesprek geraakt over de vraag hoe je de verkrijging krachtens kavelruil vermogensrechtelijk moet duiden. Eenvoudig te beantwoorden bleek die vraag niet. Civielrechtelijk zijn een gedwongen herverkaveling enerzijds en vrijwillige kavelruil anderzijds³ zeer verschillende rechtsfiguren, ook al worden zij beide gereguleerd door de Wet inrichting landelijk gebied (Wilg).⁴

Uit de parlementaire geschiedenis bij de Wilg blijkt ook met zoveel woorden dat de vrijwillige kavelruil zo principieel verschillend is van de dwingende herverkaveling, dat zij als aparte rechtsfiguur is gehandhaafd.⁵

De verkrijging krachtens *gedwongen herverkaveling* is een originele verkrijging. De verkrijging krachtens *vrijwillige kavelruil* is een derivatieve verkrijging, meer in het bijzonder een verkrijging door overdracht (art. 3:84 BW). Dit verschil in (rechts)karakter werkt door op talloze punten, zoals we hierna laten zien.

Wij richten ons in deze bijdrage hoofdzakelijk op de vrijwillige kavelruil. We staan stil bij de totstandkoming van de kavelruilovereenkomst (die de titel vormt) en de (overige) overdrachtsvereisten. Bezien wordt wat de betekenis is van art. 86 Wilg, waarin enkele voorzieningen zijn opgenomen die afwijken van algemeen vermogensrechtelijke principes. Ook gaan we in op de gevolgen van faillissement van een

van de bij een kavelruil betrokken partijen. Fiscale vragen laten we in dit opstel onbesproken.⁶

Het onderwerp van deze bijdrage heeft beduidend aan actualiteitswaarde gewonnen door de op 25 november 2015 verschenen kamerbrief inzake grondbeleid, waarin de kabinetsvisie op het grondbeleid is vastgelegd. Het voornemen is het toepassingsgebied van de vrijwillige kavelruil aanzienlijk uit te breiden, waarbij de bestaande regeling uit de Wilg als basis zal dienen. Een goede gelegenheid om de – vanuit vermogensrechtelijk perspectief bezien – voor verbetering vatbare wetteksten een opknabbeurt te geven. De kabinetsplannen zijn (toegespitst op de kavelruil) als volgt samen te vatten:

* Hoogleraar burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit, verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R).
(s.bartels@jur.ru.nl)

** Senior jurist bij een belastingadvieskantoor en universitair docent agrarisch recht aan de Radboud Universiteit.
(j.rheinfield@jur.ru.nl)

1. Art. 15, lid 1, onderdeel I Wet op belastingen van rechtsverkeer.
2. J.W.A. Rheinfield, *Kavelruil, civiel en fiscaal: waar lopen de grenzen?*, Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel recht, deel X, Deventer: Kluwer, 2014 (hierna Rheinfield 2014).
3. Wij zullen in deze bijdrage, ter onderscheiding van het (rechts)karakter van beide landinrichtingsinstrumenten de herverkaveling consequent als 'gedwongen herverkaveling' en de kavelruil als 'vrijwillige kavelruil' aanduiden. Wij realiseren ons dat wij hierdoor enigszins afwijken van de wettelijke terminologie.
4. Wet van 7 december 2006, Stb. 666, houdende regels inzake de inrichting van het landelijke gebied.
5. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 509, nr. 3, p. 65. Zie ook J.B. Spath, 'Zaaksvervangings bij registergoederen', WPNR 2010/6846, p. 477 (noot 11).
6. Zie daarover uitvoerig J.W.A. Rheinfield 2014, p. 353 e.v.

‘In de Aanvullingswet [grondeigendom] zullen de instrumenten onteigening (Onteigeningswet), voorkeursrecht (Wet voorkeursrecht gemeenten) en herverkaveling en kavelruil in landelijk gebied (Wet inrichting landelijk gebied) worden samengebracht, vereenvoudigd, toegankelijk gemaakt en geharmoniseerd. (...) Het geldende stelsel van landinrichting van de [Wilg] zal worden geïntegreerd in de Omgevingswet (...). Aan deze instrumenten wordt een nieuw instrumentarium toegevoegd: vrijwillige stedelijke herverkaveling, die zal worden gebaseerd op de regeling voor ruilverkaveling bij overeenkomst van de [Wilg].’⁷

2. Ter introductie: enige (rechts)historische beschouwingen⁸

De eerste ruilverkavelingen in Nederland kwamen aan het eind van de negentiende eeuw tot stand. Vanaf deze periode zijn er verschillende wetten geweest (1886, 1924, 1938, 1954, 1985), die het juridisch kader van de landinrichting hebben bepaald. De huidige wet is van kracht sinds 2007.

In 1886 is in ons land de Markenwet⁹ ingevoerd. Doel van deze wet was verdeling van de markegronden, de uitgestrekte complexen woeste gronden, die soms al sinds het einde van de 13^e eeuw collectief eigendom van de eigenaren van de hoeven¹⁰ waren. Deze eigenaren hadden zich verenigd in zogeheten markegenootschappen, die tot voornaamste taak hadden het beheer van de gemeenschappelijke gronden, de markegronden. Als voorloper van het instrument ruilverkaveling bevatte de markeverdeling derhalve een gemeenschap: het collectieve eigendomsrecht van de markegronden.¹¹ Het gemeenschapselement ontbreekt, zoals wij hierna zullen zien, bij de gedwongen herverkaveling en de vrijwillige kavelruil.

Op 1 december 1924 trad de Ruilverkavelingswet 1924, die vaak wordt aangeduid als eerste ruilverkavelingswet, in werking. In de jaren na de Eerste Wereldoorlog was de overheid doordrongen geraakt van het belang van een zo hoog mogelijke landbouwproductie. Dit maakte geesten rijp voor een wettelijke regeling van het instrument ruilverkaveling. Door een doelmatige en dwingende verkaveling van landbouwgronden kon de productie gemaximaliseerd worden, zo was de gedachte. De wet van 1924 kende uitsluitend een *dwangprocedure*: een meerderheid kon een minderheid dwingen om hun gronden te onderwerpen aan een ruilverkaveling. Het belang van de landbouw werd hier voor het eerst gesteld boven individuele belangen. De eerste ruilverkavelingswet stelde strenge eisen aan een ruilverkaveling. Zo was bij een stemming onder grondeigenaren over het al of niet laten plaatsvinden van een ruilverkaveling een zogenaamde *dubbele meerderheid* vereist. Dit hield in dat ten minste de helft van de eigenaren, die tevens ten minste de helft

van het te verkavelen gebied in eigendom hadden, voor de ruilverkaveling moesten stemmen. Deze dubbele meerderheid bleek in de praktijk een te zware eis. Een ander bezwaar was dat alleen eigenaren¹² bevoegd waren een aanvraag tot ruilverkaveling in te dienen. Hierbij was ook nog vereist dat de aanvraag ingediend werd door ten minste een vierde deel van degenen die in de openbare registers vermeld stonden als eigenaar van de bij de verkaveling te betrekken gronden. Ook de lange duur van het ruilverkavelingsproces was bezwaarlijk.

De Ruilverkavelingswet 1938, de tweede ruilverkavelingswet, bracht de gewenste vereenvoudiging. Een dubbele meerderheid was niet meer vereist; een *enkele meerderheid* (of een meerderheid van het aantal eigenaren of eigenaren van meer dan de helft van het te verkavelen gebied) volstond. Ook werden de aanvraagmogelijkheden voor een ruilverkaveling vergroot; in plaats van de voordien geldende eis dat minstens een vierde deel van het aantal betrokken eigenaren de ruilverkaveling moest aanvragen, was nu een minimum van een vijfde deel al voldoende. Publiekrechtelijke lichamen, zoals het rijk, provincies, gemeentes of waterschappen, evenals rechtspersoonlijkheid bezittende verenigingen op landbouwgebied konden vanaf nu ook een aanvraag indienen. Zelfs in gevallen waarin niet de vereiste (enkele) meerderheid voor de ruilverkaveling stemde, kon de Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij op grond van het feit dat het algemeen belang deze ruilverkaveling dringend vorderde, tot ruilverkaveling besluiten. Daarnaast werd in de wet voor het eerst het instrument ‘ruilverkaveling bij overeenkomst’ opgenomen. De regeling was summier (zij kende slechts vijf artikelen). Oomens merkte in dit verband dan ook op:

7. *Kamerstukken II* 2015/16, 27 581, nr. 53, p. 2.
8. Deze korte historische beschouwing dient ter introductie en duiding van de beide landinrichtingsinstrumenten voor civilisten zonder voorkennis over de Wilg. Zij is grotendeels ontleend aan: A. Verduijn en J.W.A. Rheinfeld, ‘Historie van de kavelruil’, in: *Bert van der Tholen in olie, voetbal en landbouw*, Deventer: Kluwer 2011.
9. Wet van 10 Mei 1886, houdende bepalingen ter bevordering van de verdeling van markgronden, *Stb.* 1886, 104.
10. H.B. Demoed, *Mandegoed Schandegoed*, diss. 1987, Zutphen: De Walburg Pers 1987, p. 7 benadrukt dat het hierbij enkel betrof de eigenaren van zogenaamde ‘gewaarde hoeven’; hoeven met een waardeel ofwel een onverdeeld aandeel in de gemeenschappelijke gronden. Zie over het waardeel tevens J.S.L.A. W.B. Roes, *Het naaste bloed erfde het goed*, diss. 2006, Deventer: Kluwer 2007, p. 23 e.v.
11. Zie J.W.A. Rheinfeld 2014, p. 210 e.v.
12. En dan ook nog eens uitsluitend natuurlijke personen; rechtspersonen waren uitgesloten.

‘Titel II werd aan het regeeringsontwerp toegevoegd op aandrang der Tweede Kamer, wier argument was, dat vrijwillige ruilverkavelingen zouden medehelpen het geheele instituut populair te maken. Overigens werd over dezen titel slechts weinig gesproken en is zijn inhoud al even sober.’¹³

In het kader van de wederopbouw na de Tweede Wereldoorlog werd de ruilverkaveling steeds breder ingezet: de overheid gebruikte ruilverkaveling bijvoorbeeld bij de vervulling van nutstaken (het aanleggen van gas-, elektriciteits- en drinkwaterleidingen). In het verlengde hiervan besteedde de overheid ook steeds meer aandacht aan de bestemming van de gronden in het kader van de ruimtelijke ordening. Door de naoorlogse urbanisatie en industrialisatie was er behoefte aan gronden die voor andere dan agrarische doeleinden zouden worden gebruikt. Hier kwamen voor het eerst belangen op de voorgrond die concurreerden met het in de Ruilverkavelingswet nagestreefde agrarische belang. Hiermee was echter bij het opstellen van de wet geen rekening gehouden. De wet van 1938 was aan herziening toe.

De derde ruilverkavelingswet (1955) was een verbeterde en geactualiseerde versie van de wet uit 1938. De belangrijkste wijzigingen waren de volgende: verkorting van de ruilverkavelingsprocedure, invoering van de mogelijkheid om grond voor doeleinden van ‘algemeen nut’ toe te wijzen aan openbare lichamen en verruiming van de doelstelling van de wet.

De derde ruilverkavelingswet bleek in de jaren ‘70/’80 alweer te zijn verouderd. De praktijk had behoefte aan een wet die ruimte zou laten voor een dynamische ontwikkeling binnen het Nederlandse landschap.¹⁴ Op 1 januari 1985 zag de nieuwe wettelijke landinrichtingsregeling het levenslicht. De Landinrichtingswet, de opvolger van de drie ruilverkavelingswetten, voorzag de landinrichtingsinstrumenten ruilverkaveling en kavelruil (ook in de Liw aangeduid als ‘ruilverkaveling bij overeenkomst’) van een nieuwe wettelijke basis. De Liw bevatte een veel ruimere doelstelling (ruimtelijke ordening in brede zin) dan de voorgaande ruilverkavelingswetten. Ook andere dan agrarische functies binnen het landelijk gebied kregen een duidelijke plaats binnen de wet.¹⁵

Binnen enkele jaren na inwerkingtreding van de Landinrichtingswet startte, (weer) de politieke discussie over vereenvoudiging, versnelling en flexibilisering van het landinrichtingsinstrumentarium. Deze discussie resulteerde in een nieuwe wet, de Wet inrichting landelijk gebied, die op 1 januari 2007 in werking getreden is. De invoering van de Wilg betekende een afscheid van de wettelijke ruilverkaveling. Deze gaat sinds 2007, als gevolg van samen-

voeging met de andere wettelijke landinrichtingsinstrumenten uit de Liw,¹⁶ als ‘wettelijke herverkaveling’ door het leven. De kavelruil is vrijwel ongewijzigd gebleven en heeft ook in de Wilg onder de naam ‘ruilverkaveling bij overeenkomst’ een plek gekregen.

Met name in de periode tot en met de jaren zeventig van de vorige eeuw had men bijna alleen maar oog voor de ‘ruilverkaveling uit kracht der wet’. Van de vrijwillige kavelruil werd wel gebruik gemaakt, maar vooral bij kleine complexen met een gering aantal eigenaren. Voor grotere projecten met meer eigenaren werd dit instrument ongeschikt geacht. In de laatste drie decennia van de vorige eeuw vond een (aanvankelijk voorzichtige) accentverschuiving plaats, waarbij de vrijwillig kavelruil geleidelijk aan de positie van de gedwongen herverkaveling nagevoeg geheel heeft overgenomen.¹⁷

En nog altijd is herverkaveling en kavelruil geen rustig bezit. Er staat een nieuwe wetswijziging voor de deur, zoals blijkt uit de in de inleiding aangehaalde kamerbrief over de kabinetsvisie op het grondbeleid. Wederom zal het toepassingsgebied worden uitgebreid. Tijd om toch eens wat langer stil te staan bij de privaatrechtelijke aspecten van deze rechtsfiguren.¹⁸

3. Gedwongen herverkaveling

In de Memorie van Toelichting bij de Wilg is de huidige herverkavelingsprocedure bondig weergegeven.¹⁹ Wij volstaan kortheidshalve met een heel beknopte samenvatting, teneinde (daarna) de verschillen tussen gedwongen herverkaveling en vrijwillige kavelruil duidelijker te kunnen maken.

13. L. Oomens, ‘Ruilverkaveling’, *WPNR* 1938/3598, p. 575-577.
14. *Kamerstukken II* 1983/1984, nr. 15907, p. 3420 (mondelinge behandeling wetsvoorstel Landinrichtingswet).
15. Er is in de Landinrichtingswet voor het eerst principieel gebroken met de gedachte van een monosectorale, uitsluitend op de landbouw gerichte opzet van de Ruilverkavelingswet. Aldus B. Dam, ‘De doelstelling van de ruilverkaveling in de ruilverkavelingswetgeving’, in: *Recht in ontwikkeling: Tien agrarisch-rechtelijke opstellen*, Deventer: Kluwer 1986, p. 19.
16. Te weten de aanpassingsinrichting en de herinrichting. We werken dit hier niet verder uit.
17. Zo blijkt onder meer uit F.G. Boonstra, D.W. Bruil, R.J. Fontein en W. de Haas, *Evaluatie landinrichtingsinstrumentarium Wet inrichting landelijk gebied*, Wageningen: Alterra Wageningen UR, 2014, p. 20-21.
18. B.F. Preller, ‘Commentaar op het wetsvoorstel Wet inrichting landelijk gebied (Wilg) met betrekking tot kavelruil’, *Agrarisch recht* 2006, p. 498 en 501, heeft zich in het verleden al eens kritisch uitgelaten over de gebrekkige toelichting op de regeling inzake kavelruil.
19. *Kamerstukken II* 2005/06, 30509, nr. 3, p. 60-62.

Eerst wordt een ruilplan opgesteld. Dit plan bestaat uit een lijst van rechthebbenden en een concept plan van toedeling. Bij het plan van toedeling is het belangrijkste uitgangspunt dat iedere rechthebbende recht heeft op een oppervlakte in toedeling van gelijke aard, hoedanigheid en gebruiksbestemming als door hem is ingebracht. Belanghebbenden worden in de gelegenheid gesteld hun wensen omtrent toedeling naar voren te brengen tijdens een wenszitting. Gedeputeerde Staten stellen het ontwerp ruilplan vast en leggen dat ter inzage. Tegen de lijst kunnen zienswijzen worden ingediend en kan, zo nodig, beroep bij de rechtbank worden ingesteld. Na het onherroepelijk worden van het ruilplan wordt de ruilakte opgemaakt door een notaris en ingeschreven in de openbare registers.²⁰ De goederenrechtelijk nieuwe situatie is dan gerealiseerd. Voor zowel de financiële compensaties als de verrekening van kosten van de herverkaveling wordt een 'lijst der geldelijke regelingen' (LGR) opgesteld. De ontwerp LGR wordt bekendgemaakt en ter inzage gelegd. Tegen de lijst kunnen zienswijzen worden ingediend en kan, zo nodig, beroep bij de rechtbank worden ingesteld. Zodra de LGR is vastgesteld, worden de kosten van de landinrichting, voor zover niet door anderen gefinancierd, in rekening gebracht bij de rechthebbenden.

In de literatuur wordt de verkrijging krachtens gedwongen herverkaveling aangeduid als een vorm van originele verkrijging.²¹ Dat wil zeggen dat er een nieuw recht ontstaat bij de verkrijger van het goed. In beginsel wordt dat nieuwe recht verkregen zonder beperkingen (bijvoorbeeld beperkte rechten, huur en beslagen).²² Het is gebruikelijk het aldus uit te drukken dat de akte van herverkaveling titelzuiverende werking heeft.²³ De Haan merkt in dit verband het volgende op:

'De titelzuivering houdt dus in algehele rechtsvernieuwing voor het hele gebied. Vanzelfsprekend is deze originele wijze van rechtsver verkrijging niet, zelfs niet bij een publiekrechtelijke wijze van rechtsver verkrijging.'²⁴

De rechtsvernieuwing betekent niet dat alle bestaande genotsrechten, hypotheeken, beslagen en huurovereenkomsten irrelevant zijn bij gedwongen herverkaveling. De Wilg kent een zaaksvervangingsregeling voor hypotheekrechten en beslagen. Zie hiervoor art. 60, leden 3 en 4, en art. 82 lid 3 Wilg. Zaaksvervangingsregeling kan hier worden beschouwd als uitzondering op de titelzuiverende werking.²⁵ De in de ruilakte opgenomen genotsrechten, rechten van huur en andere lasten blijven bestaan, maar met betrekking tot andere (de toegedeelde) objecten. Het belang van een zorgvuldige uitvoering van de (herverkavelings)procedure is dus groot. Indien fouten worden gemaakt gedurende het traject, kan dit ingrijpende gevolgen hebben voor bestaande beperkte rechten. Daarbij verdient opmerking dat

bij overheidsoptreden dat ingrijpt op de eigendom ervan wordt uitgegaan dat de vermelding van rechthebbenden en rechten in de Basisregistratie Kadaster beslissend zal zijn.²⁶ In dit opzicht is de Basisregistratie Kadaster – anders dan de openbare registers in het privaatrecht – te beschouwen als een positief register in het publiekrecht.

Een aantal formele voorschriften met betrekking tot de ruilakte bij gedwongen herverkaveling zijn te vinden in art. 81 en 82 Wilg. De akte moet worden ondertekend door de voorzitter van Gedeputeerde Staten en de secretaris als bedoeld in art. 100 van de Provinciewet (art. 82 lid 1 Wilg). Uit het feit dat de betrokken rechthebbenden geen partij zijn bij de akte (zij tekenen de akte niet) blijkt duidelijk dat er geen sprake is van beschikkingshandelingen door de rechthebbenden. De inschrijving van de ruilakte in de openbare registers bewerkstelligt vervolgens de verkrijging van de in de akte genoemde onroerende zaken en beperkte rechten (art. 82 lid 2 Wilg). Er treden dus mutaties op in de vermogens van de betrokkenen, zonder dat zijzelf beschikken over hun goederen. Hieruit volgt dat een faillissement van een van de betrokkenen niet in de weg staat aan de effectivering van de goederenrechtelijke mutaties. Art. 23 en 35 Fw missen toepassing bij gedwongen herverkaveling.

20. Tevens worden de benodigde kavelaanvaardingswerken uitgevoerd. We gaan hier niet verder op in.
21. Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/368 (laatste alinea); *GS Vermogensrecht*, art. 3:89 aant. 31b (P.C. van Es); L.P.W. van Vliet, *NTBR* 2004, p. 286.
22. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/203. J.B. Spath, 'Een gesloten systeem van originele verkrijging?', *VrA* 2011/1, p. 12 e.v.
23. Zie omtrent de titelzuivering J.W.A. Rheinfeld, 'Titelzuivering nader beschouwd', *FBN* 2014/36, M.A. Cohen, 'De notaris en de ruilverkaveling', *WPNR* 1975/5302, p. 262; P. de Haan, 'Toedeling van beklemdrechten bij ruil- en herverkaveling', *WPNR* 2004/6571, p. 233; Ploeger, in: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/476; B. Dam, 'Jurisprudentieoverzicht Ruilverkavelingswet 1954', *Agrarisch recht* 1983/9, p. 380, die concludeert dat de regel 'koop breekt geen huur' doorbroken wordt door de titelzuiverende werking van de ruilverkavelingsakte. Het begrip 'titelzuiverende werking' wordt ook gebruikt in het kader van onteigening. Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/368, alsmede A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2015, § 3.25.
24. P. de Haan e.a., Toelichting op de Landinrichtingswet, in: *Wetgeving landelijk gebied*, Deventer: Kluwer 1998, p. 231.
25. J.B. Spath, 'Zaaksvervangings bij registergoederen', *WPNR* 2010/6846.
26. Zie art. 50 Wilg: "De lijst van rechthebbenden wordt opgemaakt aan de hand van de basisregistratie kadaster, bedoeld in artikel 48 van de Kadasterwet, alsmede aan de hand van de openbare registers." Vgl. Ploeger, in: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/483.

Bij onteigening werkt het precies zo, zij het dat de verkrijging wordt gerealiseerd door inschrijving van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis (art. 59 lid 3 Ow) en niet door inschrijving van een akte in de openbare registers. De verkrijging door de onteigene partij wordt niet beïnvloed (lees: bemoeilijkt of verhinderd) door een tussentijds faillissement van de te onteigenen partij. De te onteigenen partij beschikt niet; er wordt hem iets afgepakt.

4. Vrijwillige kavelruil

4.1. Hoofdpijnen kavelruil

De vrijwillige kavelruil vertoont maar weinig verwantschap met de gedwongen herverkaveling. De vrijwillige kavelruil leidt tot een ‘groep’ tegelijkertijd plaatsvindende overdrachten. Dit zijn overdrachten in de zin van art. 3:84 BW, derivatieve verkrijgingen dus. Dat betekent dat alle betrokkenen beschikingsbevoegd moeten zijn, dat er een geldige titel moet bestaan en dat er een notariële leveringsakte in de openbare registers moet worden ingeschreven.²⁷ Art. 85 lid 1 Wilg bepaalt weliswaar dat de ‘verdeling’ bij notariële akte plaatsvindt, maar uit lid 5 blijkt dat de akte moet worden ingeschreven in de openbare registers. Aangenomen moet worden dat deze inschrijving constitutief is. Een andere opvatting zou in strijd zijn met het stelsel van openbaarheid van de eigendomsverkrijgingen van registergoederen door middel van overdracht, niet aansluiten bij het verkrijgingsmoment bij de gedwongen herverkaveling en onteigening (zie hiervoor) en in de (notariële) praktijk tot onacceptabele onzekerheid leiden.

Uit de definitie van art. 85 lid 1 Wilg is een aantal voorwaarden te destilleren, waaraan voldaan moet zijn om een ‘gewone’ ruiling van gronden aan te kunnen merken als een kavelruil in de zin van de Wilg:²⁸

- a. er dienen drie of meer eigenaren te zijn die zich door middel van een in de openbare registers in te schrijven²⁹ schriftelijke overeenkomst verbinden;
- b. om bepaalde, hun toebehorende onroerende zaken samen te voegen;
- c. de gegeven massa op een bepaalde wijze te verkavelen (ruilen);
- d. en onder elkaar bij notariële akte te verdelen.

Volgens art. 85 lid 1 wordt de overeenkomst tot vrijwillige kavelruil schriftelijk aangegaan. De strekking van het voorschrift is vermoedelijk niet om verbindendheid van de mondelinge wilsovereenstemming in de weg te staan, maar om een inschrijfbaar document te hebben. Een mondelinge kavelruilovereenkomst lijkt ons derhalve nietig te zijn op grond van art. 3:39 BW.³⁰ Wij durven dat echter niet met grote stelligheid te zeggen, aangezien art. 85 lid 4 Wilg ‘medeondertekening van de overeenkomst’ door eventuele hypotheekhouders en beslagleggers eist; slechts met ondertekening door deze verhaalzoekers is de kavelruilovereenkomst rechtsgeldig,

aldus de wettekst.³¹ Bij het formuleren van deze bepaling zal zijn gedacht aan een kavelruilovereenkomst die is vastgelegd in één door alle partijen getekende akte.³² Het zal zo zijn dat doorgaans zo’n document wordt opgemaakt, maar daarmee is niet gezegd dat ondertekening daarvan door alle partijen noodzakelijk is of het moment van totstandkoming van de overeenkomst bepaalt.

Vermogensrechtelijk bezien, is de terminologie die de Wilg in art. 85 hanteert bijzonder te noemen. Zo kent de Wilg een eigen definitie van het begrip eigenaar. Onder *eigenaar* moet worden verstaan de eigenaar in vermogensrechtelijke zin, alsmede degene aan wie een recht van opstal, erfpacht, beklemming, vruchtgebruik, gebruik of bewoning toebehoort (art. 1 lid 1 Wilg).³³ Dat betekent dat een beperkte gerechtigde ook als eigenaar bij een vrijwillige kavelruil kan zijn betrokken.³⁴ Waar art. 85 lid 1 Wilg spreekt van *verdelen*, wordt niet bedoeld een ‘verdeling’ in vermogensrechtelijke zin.³⁵ De *samenvoeging* van de ingebrachte percelen is geen echte samenvoeging tot één gemeenschappelijke onroerende zaak. Het gebruik van de woorden ‘samenvoegen’ en ‘verdelen’ in definitiebepaling art. 85 lid 1 Wilg moet dus in beeldende en niet in privaatrechtelijke zin worden begrepen.³⁶ Waar in verband met de kavelruil gewag wordt gemaakt van een notariële akte van verdeling moet men dat goed

27. Wanneer er een recht van erfpacht of opstal betrokken is bij de vrijwillige kavelruil, kan ook de overdraagbaarheid nog een rol spelen indien in de vestigingsakte van het desbetreffende beperkte recht een toestemmingsbeding als bedoeld in art. 5:91 lid 1 BW is opgenomen.

28. Zie uitgebreid J.W.A. Rheinfeld 2014, p. 153 e.v.

29. Aldus art. 85 lid 5 Wilg.

30. Anders nog J.W.A. Rheinfeld 2014, p. 166. Een analogie met art. 7:317 BW ligt meer in de rede dan een vergelijking met art. 7:2 BW.

31. Zie ook par. 4.4.

32. Het valt op dat de wetgever hier – overigens net als in art. 7:2 BW – ten onrechte de eis van schriftelijkheid gelijk lijkt te stellen met de eis van een akte.

33. Art. 1 lid 1 Wilg definieert ook wie ‘rechthebbenden’ zijn. Dit zijn onder meer de gerechtigde uit hoofde van een kwalitatieve verplichting, de rechthebbende van een recht van erfdiensbaarheid en de huurder.

34. Zie B.F. Preller, *JBN* 2009/66.

35. Wel is een zekere rechtshistorische band tussen kavelruil en verdeling aanwezig. De Nederlandse ruilverkaveling (en de vrijwillige kavelruil als species daarvan) is namelijk voortgekomen uit de Markenwet 1886, die de verdeling van de marken, gronden in collectief eigendom van een aantal hoeve-eigenaren, regelde. Als ‘oer-ruilverkaveling’ bestond de markeverdeling dus uit een gemeenschap (het collectieve eigendom van de markegronden), die vervolgens verdeeld werd. Zie paragraaf 2 en nader J.W.A. Rheinfeld 2014, p. 201-222.

36. Zie B.F. Preller, ‘Ontwikkelingen in rechtspraak en wetgeving rond kavelruil’, *JBN* 2006/48, p. 16. Alsmede Rheinfeld 2014, p. 155-158.

in de oren geknoopt houden. Bij gelegenheid van de aangekondigde overheveling van de Wilg naar de toekomstige Omgevingswet en de uitbreiding van het toepassingsgebied van de vrijwillige kavelruil, doet de wetgever er onzes inziens verstandig aan zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de vermogensrechtelijke terminologie. Dat is niet slechts een esthetische kwestie, maar dient tevens de rechtszekerheid omdat duidelijker wordt op welke wijze deze privaatrechtelijke transactie door het BW gereguleerd wordt.

Inschrijving van de kavelruilovereenkomst in de openbare registers is weliswaar verplicht, maar op niet nakoming van de verplichting staat geen sanctie. Privaatrechtelijk gezien betreft het dus toch een facultatieve inschrijving.³⁷ Inschrijving heeft echter wel belangrijke rechtsgevolgen. De inschrijving van de kavelruilovereenkomst is namelijk het kantelmoment in art. 86 Wilg. Dit artikel beschermt als het ware de afwikkeling van de vrijwillige kavelruil, door voorzieningen te treffen voor gevallen die normaliter – zonder van het algemene vermogensrecht afwijkende bepalingen – aan de succesvolle uitvoering van de kavelruilovereenkomst in de weg zouden staan. Eerst bespreken we het geval dat een derde *na de inschrijving* van de overeenkomst (een deel van) de ‘ingebrachte’ onroerende zaak verkrijgt (lid 1); daarna gaan we in op de situatie dat een van de contracterende partijen reeds *ten tijde van de inschrijving* geen eigenaar blijkt te zijn geweest (lid 2).³⁸

4.2. De werking van art. 86 lid 1 Wilg

Art. 86 lid 1 Wilg bestrijkt de verkrijgingen onder bijzondere titel door een derde *na de inschrijving* van de kavelruilovereenkomst. Degene die de contracterende eigenaar onder bijzondere titel is opgevolgd, wordt van rechtswege partij bij de kavelruilovereenkomst.³⁹ Dat wordt gerechtvaardigd doordat hij het bestaan van de kavelruilovereenkomst kon kennen uit de openbare registers. Ter illustratie een voorbeeld. A, B en C sluiten een kavelruilovereenkomst. Deze overeenkomst wordt ingeschreven in de openbare registers op grond van art. 85 lid 1 Wilg. Daarna, maar nog voor de levering, verkoopt en levert C zijn perceel aan D. Het gevolg daarvan zou normaal gesproken zijn, dat C niet langer beschikkingsbevoegd is en dat de uitvoering van de kavelruilovereenkomst problematisch (of onmogelijk) is. Dit probleem wordt echter voorkomen door art. 86 lid 1 Wilg. Dit artikel heeft tot gevolg dat bij vervreemding aan D na inschrijving van de kavelruilovereenkomst ABC, D van rechtswege partij wordt bij de kavelruilovereenkomst *in plaats van C*. D moet dus meewerken aan de notariële vastlegging van de gemaakte afspraken. Art. 86 lid 1 Wilg – althans de voorlopers ervan – bevatte aldus reeds een vorm van Vormerkung voordat in de Nederlandse privaatrechtelijke literatuur zelfs maar over die rechtsfiguur werd nagedacht.⁴⁰

4.3. De werking van art. 86 lid 2 Wilg

Art. 86 lid 2 Wilg ziet op de situatie dat reeds ten tijde van de inschrijving van de kavelruilovereenkomst in de openbare registers een van de contracterende partijen geen eigenaar was, maar dat de Basisregistratie Kadaster hem wel als zodanig aanmerkte. Te denken valt aan een niet ingeschreven, vernietigde overdrachtstitel en aan verlies door verjaring.

Het artikellid is buitengewoon ongelukkig geformuleerd, wanneer men er met een privaatrechtelijke bril naar kijkt. De kavelruilovereenkomst *wordt geacht rechtsgeldig* te zijn ondanks dat een van de partijen geen eigenaar is. Al in het eerste studiejaar wordt aan elke rechtenstudent uitgelegd dat je voor het sluiten van een geldige *overeenkomst* (naar Nederlands recht) niet beschikkingsbevoegd hoeft te zijn. De suggestie dat de overeenkomst nietig zou zijn en dat dit gebrek zou moeten worden geheeld, is dan ook onjuist. De overeenkomst *is* gewoon geldig, daarvoor is art. 86 lid 2 Wilg absoluut niet nodig.⁴¹ Maar wat is de betekenis van dat artikellid dan wel?

Het bevat in elk geval *geen* uitzondering op de goederenrechtelijke regel dat de vervreemder voor *overdracht* beschikkingsbevoegd moet zijn (art. 3:84 lid 1 BW). Die eis blijft 100% overeind staan, ook onder het regime van de Wilg. De bijzonderheid is dat – net als in art. 86 lid 1 Wilg – sprake is van een *indeplaatsstelling door wetsduiding*. De werkelijke eigenaar wordt door de inschrijving van de kavelruilovereenkomst gebonden aan de overeenkomst die de niet-eigenaar sloot. Een voorbeeld kan het best duidelijk maken welke rechtsgevolgen art. 86 lid 2 Wilg kan hebben.

37. Zie Rheinfeld 2014 p. 167.

38. Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/374 (tweede alinea), voor een korte aanduiding van beide gevalssituaties die onder art. 86 Wilg vallen.

39. Voor de goede orde wijzen we erop dat dit niet slechts geldt als de verkrijging het gevolg is van een beschikkingshandeling van de rechthebbende. Ook degene die krachtens executiekoop heeft verkregen, kan te maken krijgen met de werking van art. 86 lid 1 Wilg.

40. Zie Rheinfeld 2014, p. 190-191. We schrijven met opzet dat sprake is van een ‘vorm van Vormerkung’, omdat de werking van art. 86 lid 2 Wilg niet gelijk is aan die van art. 7:3 lid 3 BW. Zie over de Vormerkung ook nog noot 42.

41. P.C.E. van Wijmen, *Modellen voor de rechtspraak*, VII.3.7.20 (Ruilverkavelingsovereenkomst), Toel. sub 4, merkt terecht op: “De overeenkomst is en blijft dus rechtsgeldig.”

A, B en C sluiten een kavelruilovereenkomst. Deze overeenkomst zal de titel vormen voor de leveringen die ter uitvoering van de overeenkomst zullen gaan plaatsvinden. Als echter blijkt dat niet C maar D de rechthebbende was van het perceel dat C 'inbracht', bijvoorbeeld omdat de koopovereenkomst op grond waarvan D in het verleden aan C heeft geleverd is vernietigd, loopt de uitvoering spaak als van het algemene civielrechtelijke regime zou worden uitgegaan: om de overdrachten te kunnen bewerkstelligen, moeten alle betrokken vervreemders wél beschikkingsbevoegd zijn. Als gevolg van art. 86 lid 2 Wilg wordt D echter partij bij de kavelruilovereenkomst, de titel dus, of hij dat nu wil of niet. Zo nodig kan de medewerking van D aan de tenuitvoerlegging van de kavelruilovereenkomst worden afgedwongen (art. 3:300 BW). Dit is een vergaande inbreuk op de contracteervrijheid van D.

Uit het voorgaande volgt dat art. 86 lid 2 Wilg geen betrekking heeft op de beschikkingsbevoegdheidseis van art. 3:84 lid 1 BW, maar op de titeleis. Door de wettelijke indeplaatsstelling zullen A, B en D zich richting de notaris dienen te begeven voor de levering (de 'verdeling' als men de ongelukkige terminologie van de Wilg zou aanhouden). Op het moment van inschrijving zullen zij alle drie beschikkingsbevoegd moeten zijn, anders gaat het feest niet door. Een faillissement van een van hen staat dus aan de (volledige) uitvoering van de titel in de weg (art. 23 Fw).⁴²

De casus is hier wat eenvoudig voorgesteld. Het komt gelukkig niet zo gek vaak voor dat een ander dan de werkelijk rechthebbende in het kadaster als eigenaar aangemerkt wordt. Men kan echter niet zeggen dat de casus waarop art. 86 lid 2 Wilg ziet zich in de praktijk zelden zal voordoen.⁴³ Als C bijvoorbeeld door verjaring *een deel van* de eigendom van zijn perceel aan buurman D is kwijtgeraakt, bepaald geen denkbeeldige casus, geldt art. 86 lid 2 Wilg evenzeer.⁴⁴ Het effect ervan is in dit geval, dat A, B, C en D partij zijn bij de kavelruilovereenkomst. Als niemand zich dat realiseert, en er dus een akte wordt gepasseerd en ingeschreven zonder handtekening van D, gaat de kavelruil deels niet door. D verliest het stuk grond dat hij door verjaring verkreeg niet als hij geen partij bij de leveringsakte is. Dat kan betekenen dat een of meer partijen bij de kavelruilovereenkomst zich bekocht voelt. Dat zou een grond voor schadevergoeding of ontbinding van de kavelruilovereenkomst kunnen zijn. Of de ontbinding in een concreet geval mogelijk is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Het is denkbaar dat ontbinding in de kavelruilovereenkomst is uitgesloten of (als dat niet het geval is) de tekortkoming dermate gering is dat ontbinding niet gerechtvaardigd is.

Art. 86 lid 2 Wilg is ook nog om een andere reden moeizaam geformuleerd. De werking ervan wordt bepaald door de kadastrale eigendomssituatie⁴⁵ op

het moment van inschrijving van de kavelruilovereenkomst in de openbare registers *en* door het moment dat de onjuistheid van de kadastrale informatie aan het licht komt. Letterlijk genomen volgt uit de wet dat indeplaatsstelling door wetsduiding slechts plaatsvindt indien *'na de inschrijving (...) komt vast te staan'* dat de contracterende partij ten tijde van de inschrijving geen rechthebbende was. Wij denken dat hier mogelijk een soort goede trouw-eis in te lezen valt. Als *vóór* de inschrijving duidelijk was (voor wie?) dat C geen eigenaar was van het perceel dat hij inbracht, dan lijkt het niet gerechtvaardigd dat werkelijke eigenaar D het contract opgedrongen krijgt. Daarmee is echter nog niet gezegd hoe de onjuistheid moet komen vast te staan. Naar wij hopen zal een casus als deze zich zelden voordoen, waarbij de notaris die betrokken is bij de inschrijving van de kavelruilovereenkomst een belangrijke rol te vervullen heeft.

Hiervoor is benadrukt dat de verkrijging krachtens vrijwillige kavelruil 'gewoon' een verkrijging door overdracht is. De regels van Boek 3 BW gelden onverkort. Dat heeft belangrijke voordelen: tal van casusposities kunnen langs bekende lijnen worden behandeld. Als er een fataal gebrek kleeft aan de leveringsakte ter uitvoering van de kavelruilovereenkomst, dan treden de goederenrechtelijke mutaties tussen A, B en C niet in. Heeft C echter nadien het

42. Men kan zich afvragen of dit risico kan worden afgedekt door bij de inschrijving van de kavelruilovereenkomst aan te geven dat de inschrijving tevens geldt als Vormerkung in de zin van art. 7:3 BW. Het antwoord op de vraag hangt af van de kwalificatie van de 'ruilverkaveling bij overeenkomst'. Is het een ruil, een koop of een gemengde overeenkomst? Of moeten we spreken van een overeenkomst sui generis? De eerlijkheid gebiedt ons te zeggen dat we er nog niet uit zijn. We volstaan met de opmerking dat een vrijwillige kavelruil elementen van een echte ruil kan vertonen en dat in kavelruilprojecten geregeld wordt opgemerkt dat 'aan de onderhavige kavelruil de volgende vijf koopovereenkomsten ten grondslag liggen', of woorden van soortgelijke strekking.

43. We volstaan met een verwijzing naar het *Rapport Verbetering betrouwbaarheid Basisregistratie Kadaster*, Prof. mr. W.D. Kolkman, Mr. R.J.L. Timmer, Prof. mr. L.C.A. Verstappen en Mr. F.J. Vonck, Serie Vastgoed, ruimte en recht, deel 1, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2012.

44. Zie M.A. Cohen, 'De notaris en de ruilverkaveling', *WPNR* 1975/5302, p. 266 en Rheinfeld 2014, p. 175

45. Eigenlijk is 'kadastrale eigendomssituatie' een uitdrukkingwijze die we liever vermijden, maar het leek ons hier toch het best passend. Dat de privaatrechtelijke eigendomssituatie niet per se volgt uit het kadaster ligt nu juist (terecht) aan art. 86 lid 2 Wilg ten grondslag. De meer dominante rol van het kadaster is ook te vinden in art. 3 Ontheffingswet. Met de mogelijkheid van een niet met het Basisregistratie Kadaster overeenstemmende rechts-toestand behoeft de ontegenover partij geen rekening te houden. Zie aldus Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/368.

niet verkregen nieuwe perceel verkocht en geleverd aan D, dan kan D zich op derdenbescherming beroepen als hij te goeder trouw is. Hij is toch rechthebbende geworden, want de onbevoegdheid van C was het gevolg van een ongeldige vroegere overdracht. Ook tegen vernietiging van de kavelruilovereenkomst wordt D beschermd door art. 3:88 BW.

4.4. *Beperkte rechten en beslag bij vrijwillige kavelruil*

Ook de positie van degenen met een beperkt recht op de bij de kavelruil betrokken goederen verdient aandacht, meer dan wij er hier aan kunnen besteden. Op de kavelruil is de titelzuiverende werking in elk geval *niet* van toepassing.⁴⁶ Zakelijke rechten blijven bestaan, en wel op de oorspronkelijke goederen.⁴⁷ Het valt niet moeilijk in te zien dat dit tot complicaties kan leiden. Indien dit ongewenst is, dient in de akte een voorziening te worden getroffen (het beëindigen, wijzigen en/of nieuw vestigen van deze rechten). Een schone taak voor de notaris.⁴⁸

Voor hypotheek en beslagen bevat art. 85 lid 4 Wilg een bijzondere regeling. Op grond van deze bepaling is de kavelruilovereenkomst slechts rechtsgeldig als zij door hypotheekhouder(s) en beslaglegger(s) is medeondertekend.⁴⁹ Dit voorschrift dwingt ertoe de hypotheekhouder(s) en beslaglegger(s) te betrekken bij de plannen.⁵⁰ Goed voorstelbaar is dat de hypotheekhouder wel zal willen ‘meedenken’, mits hij een gelijkwaardig vervangend recht krijgt op de toegedeelde onroerende zaken van de hypotheekgever.⁵¹ Minder voor de hand ligt dat een beslaglegger (die verhaalsbeslag heeft gelegd) mee zal willen werken. Het zal deze beslaglegger erom te doen zijn zo spoedig mogelijk betaling af te dwingen. Als hij dat kan bevorderen door dwars te liggen – zonder zijn medewerking is de afwikkeling van de kavelruil immers geblokkeerd – dan is dat een verklaarbare strategie.⁵²

Wanneer hypotheekhouder(s) en beslaglegger(s) mee willen werken, kan de afwikkeling worden vereenvoudigd en verbeterd door de zaaksvervangingsregeling die geldt bij gedwongen herverkaveling van toepassing te laten zijn op de vrijwillige kavelruil.⁵³ Een daartoe strekkend beding in de kavelruilovereenkomst volstaat. Dit volgt uit art. 87 Wilg jo. art. 21 lid 1 Regeling inrichting landelijk gebied.⁵⁴ Deze route heeft het voordeel dat hypotheek ‘automatisch’ met behoud van rang komen te rusten op de door hypotheekgever te verkrijgen kavels. Voor beslagen geldt dat zij overgaan op de verkregen kavels en eventuele vorderingen ter zake onderbedeling. Uit art. 60 lid 3 Wilg volgt niet dat de hypotheekhouder een zaaksvervangingspandrecht op deze vordering verkrijgt. Omdat de hypotheekhouder er niet op kan rekenen dat deze vordering onder art. 3:229 BW valt, kan het nodig zijn nog een afzonderlijk pandrecht te vestigen.

5. **Wetgever: do not copy-paste**

De vrijwillige kavelruil is een privaatrechtelijke transactie. Door de publiekrechtelijke omgeving waarin deze bijzondere rechtsfiguur is geregeld, lijkt er te weinig zorg te zijn uitgegaan naar dit privaatrechtelijke karakter. Het invoegen en uitbreiden van deze rechtsfiguur in de aanstaande Omgevingswet door middel van de Aanvullingswet grondeigendom biedt een kans om dit recht te zetten. Er moet grondig worden ingegaan op de vermogensrechtelijke aspecten van de vrijwillige kavelruil. De wettekst is – eufemistisch gezegd – vatbaar voor verbetering en verduidelijking. Een simpele verwijzing naar de regeling over verkrijging krachtens overdracht in het BW (art. 3:83 e.v. BW) zou al veel goed doen. De formulering van de artt. 85 en 86 Wilg zou bij voorkeur moeten aansluiten op de vermogensrechtelijke terminologie. Ten slotte lijkt het ons – bijvoorbeeld gelet op art. 1 EP EVRM – niet overbodig nader te motiveren of de gedwongen indeplaatsstelling van art. 86 lid 2 Wilg nog gerechtvaardigd is nu het publiekrechtelijke element ver op de achtergrond is geraakt. Of is overheveling naar het BW toch nog het overwegen waard?⁵⁵

46. Rheinfeld 2014, diss. p. 228.

47. We gaan hier niet in op de gevolgen van splitsing van het object voor de beperkte rechten. Zie daarover T.E. Booms, Gevolgen van kwalitatieve splitsing van goederen voor beperkte rechten, *NTBR* 2015/44 en het later dit jaar te verdedigen proefschrift van V. Tweehuysen over het uniciteitsbeginsel.

48. Rheinfeld 2014, diss., p. 229.

49. Zie wat wij over de totstandkoming van de overeenkomst opmerkten in par. 4.1.

50. Dat zou praktisch overigens ook zonder dit wettelijke voorschrift zo zijn, gelet op het ontbreken van titelzuiverende werking. De eis van medeondertekening voegt toe dat zonder medewerking van hypotheekhouder(s) en beslaglegger(s) een geldige titel voor de te realiseren overdrachten ontbreekt.

51. Als de inbrengende hypotheekgever slechts of tevens een geldsom bedingt (en dus geen (financieel gelijkwaardig) registergoed uit de kavelruil verkrijgt, vgl. art. 85 lid 2 Wilg) kan een pandrecht op de vordering tot betaling van de geldsom worden gevestigd. Of dit afdoende zekerheid zal zijn, is ter beoordeling aan de hypotheekhouder.

52. Het is natuurlijk mogelijk het beslag opgeheven te krijgen door het stellen van vervangende zekerheid of door een beroep te doen op misbruik van bevoegdheid als de beslaglegger op onredelijke gronden dwarsligt.

53. Rheinfeld 2014, diss., p. 228.

54. Voor zaaksvervangingspandrecht kan aldus worden geopteerd en dat is bijzonder want doorgaans treedt zaaksvervangingspandrecht in.

55. Rheinfeld 2014, diss., p. 243.