

MONOGRAFIEËN BW

# **B27 Mandeligheid en erfdienstbaarheden**

mr. J.G. Gräler

*Vijfde druk*

 Wolters Kluwer

Deventer – 2021

# VOORWOORD

## **Voorwoord bij de vijfde druk**

Het werk dat nu voor u ligt, vormt een update van de in 2014 verschenen eerdere druk van mijn hand. Recente rechtspraak en literatuur zijn verwerkt. Aan ontwikkelingen in onze buurlanden is wederom aandacht besteed. In het bijzonder gaat die aandacht uit naar de zeer recente Belgische wetgeving (inwerkingtreding per 1 september 2021) en het Franse Avant project (Propositions de réforme du livre II (des biens)).

J.G. Gräler, juli 2021

## **Voorwoord bij de vierde druk**

Een nieuwe auteur, een nieuw boek.

Nadat aan mij was verzocht om de vierde druk van dit werk te schrijven heb ik mij afgevraagd of ik het zou moeten laten bij een bewerking of dat ik een geheel nieuw werk zou willen schrijven. Ik heb – het zal de lezer blijken – gekozen voor het laatste. Op deze wijze was ik beter in staat om accenten anders te leggen, contractuele mandeligheid en wettelijke mandeligheid beter van elkaar te scheiden en meer geïntegreerd en diepgaander aandacht te besteden aan het recht in de landen om ons heen. Dit laatste heeft in ieder geval voor erfdienstbaarheden nieuwe vergezichten opgeleverd.

Daarmee wil ik geen afbreuk doen aan de kwaliteit van de vorige drukken van dit werk. Soms is bestudering van de vorige druk zelfs noodzakelijk. Voor beschouwingen over de verschillen tussen erfdienstbaarheden en kwalitatieve verplichtingen is en blijft men aangewezen op de vorige druk. Ook de meer praktische notariële invalshoek van mevrouw Wibbens zal men in het onderhavige werk missen.

J.G. Gräler, januari 2014

# INHOUDSOPGAVE

**Voorwoord** / V

**Afkortingenlijst** / XI

**Verkort aangehaalde literatuur** / XIII

HOOFDSTUK 1

**Contractuele mandeligheid** / 1

1	Omschrijving / 1
2	Wettelijke regeling(en) / 4
3	Rechtsvergelijkend perspectief / 5
4	Burenrecht en mandeligheid / 6
5	Maatschappelijk en economisch belang / 7
6	Het ontstaan van mandeligheid / 9
6.1	Inleiding / 9
6.2	Bestemmingsovereenkomst / 9
6.3	Gemeenschappelijk nut / 10
6.4	Notariële akte en inschrijving van een afschrift van die akte in de openbare registers / 11
6.5	Naburigheidsvereiste / 12
6.6	Verjaring / 12
6.7	Rechtsvergelijkende opmerkingen / 12
7	Onroerende zaken en beperkte rechten / 13
7.1	Onroerende zaken / 13
7.2	Kan een beperkt recht of een appartementsrecht mandelig worden gemaakt dan wel als erf worden aangemerkt? / 14
8	Nog enkele verbijzonderingen / 16
8.1	Zaaksvervanging / 16
8.2	Mandeligheid en schulden / 16
8.3	Mandeligheid en roerende zaken / 17
9	Gebruik en genot / 17
10	Onderhoud, behoud en beheer / 18
11	Verplichtingen en kosten / 19
12	Overdracht van een aandeel in een mandelige zaak / 19
13	Vordering tot verdeling van een mandelige zaak / 20
14	Einde van mandeligheid / 21

- 14.1 Inleiding / 21
- 14.2 Art. 5:61 lid 1 sub a BW / 22
- 14.3 Art. 5:61 lid 1 sub b BW / 22
- 14.4 Art. 5:61 lid 1 sub c BW / 23

## HOOFDSTUK 2

### **Wettelijke, quasi- en buitenwettelijke mandeligheid / 25**

- 15 Inleiding / 25
- 16 Mandelige en privémuur / 26
- 16.1 Inleiding; wat is een muur? / 26
- 16.2 Muren in de wet / 28
- 16.3 Plaats van een muur en het al dan niet vrijstaande karakter van een muur: onderscheidingen / 29
- 16.4 Eigendom van een muur / 31
- 17 Rechten en bevoegdheden met betrekking tot een mandelige muur / 36
- 17.1 Gebruik / 36
- 17.2 Verhoging/verlaging/verbreding / 37
- 17.3 Aanbouw / 38
- 17.4 Sloop / 40
- 18 Onderhoud, reiniging en vernieuwing van een mandelige muur / 40
- 19 Rechten, bevoegdheden en verplichtingen met betrekking tot een privémuur / 43
- 20 Einde van wettelijke mandeligheid / 45
- 21 Andere mandelige zaken krachtens de wet / 46
- 22 Quasi-mandeligheid / 46
- 23 Mandeligheid buiten de wet om? / 47

## HOOFDSTUK 3

### **Erfdienstbaarheden / 51**

- 24 Omschrijving en terminologie / 51
- 25 Aard van het recht / 51
- 26 Gebondenheid van derden ('third parties') / 53
- 27 Historie, Romeins recht/Oud vaderlands recht / 54
- 28 Wettelijke regeling(en) / 55
- 29 Redelijkheid en billijkheid / 57
- 30 Plaats in het wettelijk systeem: burendrecht en erfdienstbaarheden / 59
- 31 Onderscheidingen / 59
- 31.1 Inleiding / 59
- 31.2 Positieve en negatieve erfdienstbaarheden / 59
- 31.3 Voortdurend/niet-voortdurend en zichtbaar/niet-zichtbaar / 60
- 31.4 Belang van onderscheidingen / 60
- 32 Maatschappelijk en economisch belang / 61
- 33 Heersende en dienende erven en hun gerechtigden / 64
- 34 De inhoud van de last / 67
- 34.1 Inleiding / 67

34.2	Omvang van de last (en dus de lust): de contouren / 68
34.3	Typenfixierung / 71
34.4	Negatieve verplichtingen: dulden of niet doen / 72
34.5	Positieve verplichtingen / 73
35	Ten behoeve van het heersende erf / 75
36	Naburigheid / 76
37	Inhoud en wijze van uitoefening door de eigenaar van het heersende erf / 77
37.1	Inleiding / 77
37.2	Akte van vestiging: uitleg / 78
37.3	Plaatselijke gewoonte / 80
37.4	Feitelijke uitoefening / 80
37.5	Verjaring / 80
38	Gebruik van de erven door derden / 81
39	Bevoegdheden van de eigenaar van het dienende erf / 82
39.1	Inleiding / 82
39.2	Retributie / 82
39.3	Verleggingsrecht / 83
40	Bevoegdheden van de eigenaar van het heersende erf / 85
40.1	Inleiding / 85
40.2	Art. 5:75 BW / 85
40.3	Beperking aan de wijze van uitoefening / 86
40.4	Komt aan de eigenaar van het heersende erf ook een verleggingsrecht toe? / 88
40.5	Mag de eigenaar van het heersende erf een ander heersend erf aanwijzen? / 88
41	Duur van erfdiensbaarheden / 88
42	Ontstaan van erfdiensbaarheden / 89
42.1	Inleiding / 89
42.2	Vestiging / 90
42.3	Verjaring / 93
42.4	Bestemming / 98
42.5	Herleving / 99
43	Het wijzigen en opheffen van erfdiensbaarheden / 99
44	Het tenietgaan van erfdiensbaarheden, anders dan door opheffing / 105
44.1	Inleiding / 105
44.2	De wijzen van tenietgaan, nader bekeken / 106
44.3	Zonder (subjectief of objectief) nut geen erfdiensbaarheid / 109
45	Ondeelbaarheid / 110
45.1	Erfdiensbaarheden zijn naar hun aard ondeelbaar / 110
45.2	Verdeling van het heersende erf / 111
45.3	Verdeling van het dienende erf / 111
45.4	'Dienstbarkeitsbereinigung' / 112
46	Hoofdelijke verbondenheid voor geldelijke verplichtingen / 112
47	Erfdiensbaarheden en andere beperkt gerechtigden / 113
48	Erfdiensbaarheden en kwalitatieve verplichtingen / 114
49	Koop/levering en bezwaring van een dienend of een heersend erf / 114
50	Erfdiensbaarheden en publiekrecht / 116
50.1	Inleiding / 116

- 50.2 Bestemmingsplan / 117
- 50.3 Omgevingsvergunning / 117

**Trefwoordenregister / 119**

**Artikelenregister / 137**

**Jurisprudentieregister / 145**

**Monografieën BW / 159**

## HOOFDSTUK 1

# Contractuele mandeligheid

### 1 Omschrijving

Mandeligheid is een bijzondere vorm van mede-eigendom van een onroerende zaak.

Uit art. 5:60 en 5:62 BW volgt dat mandeligheid een vorm van mede-eigendom is. Hoewel, zoals Land stelde, in het woord 'mandeligheid' zelf niet besloten ligt 'het denkbeeld van eene bijzondere soort van gemeenschap' is geen sprake van

"gewone mede-eigendom, welks verdeeling door elk der deelhebbers kan worden gevorderd, en waarbij elk aandeel als voorwerp van rechten en rechtshandelingen kan gelden evenals eene zaak in haar geheel. De bedoeling is, dat de zaak tot gezamenlijk nut der deelhebbers zal dienen en blijven dienen." (Land, *Verklaring* 1901, p. 255).

Een omschrijving van mandeligheid dient volgens Davids *Mandeligheid en erfdiensbaarheden* (Mon. Nieuw BW nr. B27) 1994/1 uit de wettelijke bepalingen te worden afgeleid. Zie ook Wibbens-De Jong, *Mandeligheid en erfdiensbaarheden* (Mon. BW nr. B27) 2006/1 en Berger, *Burenrecht, mandeligheid en erfdiensbaarheden* (R&P nr. 13) 2001/19. De termen 'mandeligheid' en 'mandelig' komen wij tegen in art. 5:60-5:68 BW.

Mede-eigendom is een vorm van eenvoudige gemeenschap. Wat geldt voor de eenvoudige gemeenschap van afd. 3.7.1 BW?

Uit het bepaalde in titel 3.7 en art. 5:1 BW moet volgen dat mede-eigendom ('Miteigentum' ook wel 'schlichtes Miteigentum') heeft te gelden als een species van de gemeenschap zoals in even gemelde titel in afd. 1 omschreven (*Parl. Gesch. boek 3* 1981, p. 577; Pitlo/Reehuis, *Het Nederlands burgerlijk recht* 2019/579; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/158-158a. Zie ook (expliciet hierover) art. 1100 Ccft). Volgens het Burgerlijk Wetboek is er sprake van een gemeenschap ingeval één of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk (art. 3:166 lid 1 BW). Uit deze tekst moet volgen dat een gemeenschap aanwezig is ingeval meer personen in dezelfde rechtsverhouding tot één of meer goederen staan (*Parl. Gesch. boek 3* 1981, p. 578; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/55 en 56). Zie § 741 jo. § 1008 BGB en art. 3.68 BBW (Sagaert e.a., *Het nieuwe goederenrecht* 2021, p. 287 e.v. Vgl. P. Vits, *De nieuwe rechtspositie van de appartementsmedeëigenaars volgens de Wet 30 juni 1994*, in: *Eigendom-Propriété*, Brugge: Die Keure 1996, p. 191-195. Zie ook Vandenbergh, *Zakenrecht, boek III, mede-eigendom* 1997; art. 569 Propositions de reforme du livre II (des biens)).

Mede-eigendom: de hoofdregels zijn eenvoudig.

1. Een onverdeeld aandeel is overdraagbaar.  
Een onverdeeld aandeel ('ideeller Bruchteil') in een gemeenschap is overdraagbaar (art. 3:175 BW, § 747 BGB, art. 646 Abs. 3 ZGB, art. 1103 Ccft en art. 3.70 BBW. Zie ook K. Jenner, *Ausgewählte Probleme bei Entstehung, Übertragung und Belastung von Miteigentumsanteilen*, diss. Würzburg, <http://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/volltexte/2006/1831>; W.H.

- van Hemel, *Beschikken over een aandeel in een gemeenschap*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 1998). In het Duitse taalgebied wordt gesproken van 'selbständiges Miteigentum'.
2. Verdeling kan steeds gevorderd worden.  
Een deelgenoot kan te allen tijde verdeling van de gemeenschap vorderen (art. 3:178 BW, § 749 Abs. 1 BGB, art. 650 ZGB, art. 1111 Cclt, art. 3.75 BBW).
  3. Iedere deelgenoot is bevoegd tot gebruik en genot.  
Iedere deelgenoot is bevoegd tot het gebruik van de gemeenschappelijke zaak, mits dit gebruik met de rechten van de overige deelgenoten te verenigen is, aldus art. 3:169 BW (zo ook § 743 Abs. 2 BGB, art. 648 Abs. 1 ZGB, art. 1102 Cclt, art. 3.71 BBW). In de laatste twee artikelen wordt tevens bepaald dat gebruik en genot met inachtneming van de bestemming van de gemeenschappelijke zaak moet plaatsvinden. Dit lijkt mij een juiste aanvulling (zie ook par. [9]).

Vruchten en andere voordelen worden naar evenredigheid van de aandelen verdeeld (art. 3:172 BW, § 743 Abs. 1 BGB, art. 646 ZGB, art. 3.71 BBW en art. 1101 Cclt).

Overigens wordt de verhouding tussen de deelgenoten mede beheerst door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 3:166 jo art. 6:2 BW): *Asser/Perrick 3-V 2019/10*; Van Mourik & Schols, *Gemeenschap (Mon. BW nr. B9) 2015/4*. Zie ook Rb. Midden-Nederland 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7091.

Uitbreider over deze hoofdregels: *Asser/Perrick 3-V 2019*; Van Mourik & Schols, *Gemeenschap (Mon. BW nr. B9) 2015*, maar ook bijvoorbeeld R. Schnorr, *Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741-758 BGB)*, diss. Bonn, Tübingen: Mohr Siebeck 2002.

Op deze hoofdregels bestaat een aantal uitzonderingen.

1. Een deelgenoot kan niet over zijn aandeel beschikken.  
Een deelgenoot kan niet over zijn aandeel beschikken indien de rechtsverhouding tussen de deelgenoten zich daartegen verzet, aldus art. 3:175 lid 1 BW (zie hierover *Asser/Perrick 3-V 2019/31*; W.H. van Hemel, *Beschikken over een aandeel in een gemeenschap*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 1998). In breder perspectief: C. Berger, *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen*, diss. Bayreuth, Tübingen: Mohr Siebeck 1998.
2. Verdeling kan niet worden gevorderd in de volgende drie gevallen:
  - a) *de aard van de gemeenschap verzet zich tegen verdeling*  
Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat hier – onder andere – wordt bedoeld op mandelige zaken (Parl. Gesch. BW boek 3 1981, p. 604-606). Zie ook Van Mourik & Schols, *Gemeenschap (Mon. BW nr. B9) 2015/52*.
  - b) *bij overeenkomst kan voor een kortere of langere periode verdeling worden uitgesloten*  
Bij ons kan het vorderen van verdeling bij overeenkomst tussen de deelgenoten voor een periode van vijf jaar worden uitgesloten (art. 5:178 lid 5 BW. Zie ook art. 3.75 jo 3.77 BBW). In Italië mag een dergelijke afspraak voor tien jaar worden gemaakt (art. 1111 Cclt). In Zwitserland kan men sinds 1 januari 2012 bij overeenkomst het vorderen van verdeling voor vijftig jaar uitsluiten (art. 650 Abs. 2 ZGB; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht (27 juni 2007), p. 5303)). Deze periode is met name in verband met 'time share' verlengd (was dertig jaar). In § 749 Abs. 2 BGB wordt aan de deelgenoten de bevoegdheid tot uitsluiting van de vordering tot verdeling voor altijd toegekend.
  - c) *verdeling is in strijd met redelijkheid en billijkheid*  
Overigens kan het vorderen van verdeling op een bepaald moment in strijd zijn met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid (Van Mourik & Schols, *Gemeenschap (Mon. BW nr. B9) 2015/52*). De Zwitsers bepalen terecht dat verdeling niet 'zur Unzeit' gevorderd mag worden (art. 650 Abs. 3 ZGB).
3. De deelgenoten kunnen afspraken maken over het gebruik en het genot.  
Deelgenoten mogen en kunnen afspraken maken over genot en gebruik (art. 3:168 lid 1



BW, § 744 en § 745 BGB, art. 647 ZGB, art. 1106 CcIt, art. 3.76 BBW).

Totstandkoming en wijziging van een dergelijke regeling eist, in beginsel, medewerking van alle mede-eigenaren (zie ook BGE 24 maart 1977, 103 Ib 76 = ZGBR 61 S. 379). Zie art. 647 ZGB waarin de mogelijkheid van *wijziging* van dergelijke regelingen bij meerderheid van stemmen wordt voorzien: een praktische regeling. Zie *Asser/Perrick 3-V* 2019/11 die terecht van mening is dat in een reglement kan worden bepaald dat wijziging van dat reglement bij meerderheid van stemmen kan plaatsvinden.

Mandeligheid – als vorm van eenvoudige gemeenschap – heeft een drietal bijzondere kenmerken.

1. Er is sprake van een afhankelijk recht.

Een onverdeeld aandeel in de mandelige zaak is een afhankelijk recht ('subjectiv dingliches Miteigentum') verbonden aan de eigendom van de erven tot nut waarvan de gemeenschappelijke zaak strekt (zie over 'subjectiv dingliche Rechte': Urs-Dominik Sprenger, *Die subjectiv-dingliche Verknüpfung*, diss. Zürich, Zürich: Schulthess 1983). Zelfstandige overdraagbaarheid is uitgesloten (art. 3:175 jo. art. 5:63 lid 1 BW). Er wordt in het Duitse taalgebied ook wel gesproken over 'unselbständiges Miteigentum'; De Fransen spreken over 'copropriété accessoire'. Zie over accessoriteit ook art. 3.79 jo 3.103 BBW (Sagaert e.a., *Het nieuwe goederenrecht* 2021, p. 357-359 en p. 371). In verband met hetgeen is bepaald in art. 5:63 BW merkt Smalbraak (Smalbraak, *Burenrecht en erfdiensbaarheden (R&P nr. 13)* 1980, p. 29) op dat deze vorm van mede-eigendom evenals het recht uit een erfdiensbaarheids karakter heeft. Zie ook Berger (Berger, *Burenrecht, mandeligheid en erfdiensbaarheden (R&P nr. 13)* 2001/19) en Booms, *Aanvullen van subjectieve rechten* 2019/546 e.v. met name ook over de verhouding tussen art. 3:7 en art. 3:82 BW.

Dit onzelfstandige karakter van de onverdeelde aandelen heeft tot gevolg dat een mandelige zaak zelf niet verhypothekerd kan worden (L.C.A Verstappen, 'Enige beschouwingen over de juridische toepassingsmogelijkheden van de figuur van de mandeligheid naar NBW', *WPNR* 1991/6009). Zie voor een voorstel om middels rangwisseling verhypothekering toch mogelijk te maken: Van Oostrom-Streep e.a., *preadvies KNB* 2016/3.8; L.C.A. Verstappen, 'Een verbeterde regeling van mandeligheid', *WPNR* 2019/7227. Ook is de vestiging van een opstalrecht op een mandelige zaak en de vestiging van een erfdiensbaarheid ten gunste dan wel ten laste van een mandelige zaak niet mogelijk (dat in de praktijk wel dergelijke erfdiensbaarheden worden gevestigd moge blijken uit Rb. Gelderland 15 februari 2021, *ECLI:NL:RBGEL:2021:1578*). Art. 3:81 lid 1 BW verzet zich hiertegen (er is geen sprake van een 'zelfstandig en overdraagbaar recht'). Ik zou willen pleiten voor een meer royale toepassing van de mogelijkheid van rangwisseling in die zin dat op die wijze ook een opstalrecht en een erfdiensbaarheid gevestigd kunnen worden.

2. Verdeling is uitgesloten.

De meest vergaande wijze van uitsluiting van de verdelingsbevoegdheid treffen wij aan in art. 5:63 lid 2 (mandeligheid) en art. 3:189 BW (voor wat betreft appartementsrechten). Zie voor België: art. 3.83 BBW inzake de gedwongen mede-eigendom (waaronder het appartementsrecht: art. 3.84 BBW) en art. 3.113 BBW inzake de gemene afsluiting (Sagaert e.a., *Het nieuwe goederenrecht* 2021, p. 357-371). En voor Zwitserland: art. 650 ZGB (verdeling is door 'die Bestimmung der Sache für einen dauernden Zweck ausgeschlossen'). De Fransen spreken van 'indivision forcée'.

3. Er is sprake van een nadere inkleuring van gebruik, genot en beheer

Door het nutsvereiste worden gebruik, genot en beheer van een zaak nader ingekleurd (Pitlo/Reehuis, *Het Nederlands burgerlijk recht* 2019/580). Het gebruik en het genot dat de eigenaren van een mandelige zaak hebben wordt gericht op het verbeteren/verhogen van de gebruiks- en genotsmogelijkheden van de afzonderlijke erven (zie hierna par. [6.3]). Beheer is gericht op het in stand houden van gebruiks- en genotsmogelijkheden van de mandelige onroerende zaak. In België wordt gesproken over onverdeelde onroerende zaken die 'bestemd zijn tot gemeenschappelijk gebruik van twee of meer erven' (art. 3.78 BBW). Volgens Vandenberghe (Vandenberghe, *Zakenrecht, boek III, mede-eigendom* 1997, p. 70) gaat het om zaken 'die accessoir noodzakelijk of nuttig zijn voor het gebruik of de

exploitatie van onroerende goederen die aan verschillende eigenaars toebehoren'. De verschillen met ons nutsvereiste komen hierna aan de orde.

## 2 Wettelijke regeling(en)

Mandeligheid wordt geregeld in titel 5.5 Burgerlijk Wetboek.

Art. 5:60 en 5:62 BW geven omschrijvingen van vormen van mandeligheid. Indien aan bepaalde eisen wordt voldaan, ontstaat mandeligheid. Art. 5:61 BW omvat een opsomming van momenten waarop mandeligheid ex contractu eindigt. Deze opsomming is niet limitatief.

Art. 5:63 BW geeft de kern van mandeligheid weer. Art. 5:64 BW handelt over de verschaffing van toegang tot de mandelige zaak. Onderhoud, reiniging en vernieuwing komen aan de orde in art. 5:65 BW.

In art. 5:66 BW wordt gesproken over overdracht van het aandeel in een mandelige zaak. Bouwen tegen en in een scheidsmuur komt aan de orde in art. 5:67 BW. Het gootrecht in art. 5:68 BW. Ten slotte volgt art. 5:69 BW. Dit artikel handelt over de mogelijkheid om bij een regeling ex art. 3:168 BW van een aantal bepalingen van titel 5.5 BW af te wijken.

De bepalingen van titel 3.7 BW zijn van toepassing voor zover die van titel 5.5 BW zich daartegen niet verzetten, aldus de gangbare theorie (*Parl. Gesch. BW boek 5* 1981, p. 222; Wibbens-De Jong, *Burenrecht (Mon. BW nr. B26)* 2009/1; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/158a; Gräler, *Mandeligheid* 2007, p. 25-32; Van Oostrom-Streep e.a., *preadvies KNB* 2016/3.2; Hof Arnhem 24 december 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AF3498; Hof 's-Gravenhage 22 mei 2008, *NJF* 2008/279). Concreet zijn van toepassing: art. 3:166, art. 3:168-3:173 en art. 3:176 BW. Zie over de verhouding tussen art. 3:170 en art. 5:65 BW: paragraaf [18], waar jurisprudentie (die uitsluitend betrekking heeft op muren) ter zake hiervan wordt vermeld. Zie over art. 3:176 BW nader paragraaf [8.2]. Niet van toepassing zijn: art. 3:167 BW (zaaksvervanging; zie par. [8.1]), art. 3:175 BW (levering en uitwinning van een onverdeeld aandeel) en art. 3:177-3:188 BW (verdeling). Zie over een en ander: Rodrigues Lopes, *Eigendom en beperkte rechten (R&P nr. VG5)* 2017/8.8, die een iets andere benadering voorstaat.

In het oude Burgerlijk Wetboek was geen definitie of omschrijving van mandeligheid opgenomen. Sterker nog: de term 'mandeligheid' kwam in de wettekst niet voor. In de literatuur (Smalbraak, *Burenrecht en erfdiensbaarheden (R&P nr. 13)*, Deventer: Kluwer 1980/10; Davids, *Burenrecht, mandeligheid en erfdiensbaarheden (R&P nr. 13)*, Deventer: Kluwer 1998/40; Asser/Beekhuis e.a. 3-II 1990, p. 188; Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt* 1886, p. 127 en 171; Opzoomer, *Burgerlijk Wetboek* 1876, p. 365; Land, *Verklaring* 1901, p. 255) werd het begrip in verband gebracht met gemene muren (art. 681-689 en 692 BW (oud)), gemene heiningen (art. 691 BW (oud)), gemene regenbakken, putten, secreten, riolen en goten (art. 704 BW (oud)), gemene grachten en sloten (art. 706-709 BW (oud)), gemene heggen (art. 710-712 BW (oud)) en soms met buurwegen (art. 719 BW (oud)). De buurweg kan onder het regime van het huidige Burgerlijk Wetboek niet meer ontstaan. Zie verder: Rodrigues Lopes, *Eigendom en beperkte rechten (R&P nr. VG5)* 2017/8.7.1 en 8.15.3.1 en bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 29 november 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU6240. Zie voor verdere rechtspraak: Gräler, *GS Zakelijke rechten*, art 5:60 BW, aant. A-10.

In de literatuur – en soms ook in de rechtspraak (zie bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 26 april 1946, *NJ* 1947/681 en Rb. Zwolle 13 juli 2007, ECLI:NL:RBZWO:2007:BC9138) – werd verdedigd dat mandeligheid onder het regime van het oude Burgerlijk Wetboek ook buiten de in de wet genoemde gevallen mogelijk zou zijn. De praktijk bleef evenwel terughoudend met toepassing van deze figuur (Asser/Beekhuis e.a. 3-II 1990, p. 185 en 186; Berger, *Burenrecht, mandeligheid, erfdiensbaarheden (R&P nr. 13)*, Deventer: Kluwer 2001/19; Wibbens-De Jong, *Burenrecht (Mon. BW nr. B26)* 2009/2). Zie verder paragraaf [23].

Ingevolge art. 162 OBW hebben mandeligheden die voor de invoering van het Burgerlijk Wetboek zijn gevestigd, mits ten tijde van de invoering van dat wetboek aan de eisen van art. 5:60 BW is voldaan, vanaf die datum een wettelijke grondslag.

### 3 Rechtsvergelijkend perspectief

Kijken wij naar de landen om ons heen en zoeken wij naar vormen van mede-eigendom met dezelfde eigenschappen als onze mandeligheid – waarbij de focus ligt op het bepaalde in art. 5:63 BW – dan moet België vanwege de actualiteit wel als eerste land aan de orde komen.

In art. 3.78 BBW wordt de gedwongen mede-eigendom omschreven.

*“De gedwongen mede-eigendom is elke vorm van mede-eigendom waarbij het onverdeelde goed vanuit zijn functie of bestemming in mede-eigendom moet zijn. Dat is met name het geval indien het een accessorium is ten aanzien van een privaat goed van elk van de mede-eigenaars.”*

Mandeligheid, dat is ingevolge art. 3.103 BBW een recht van mede-eigendom van een afscheidende afsluiting, is hiervan een species.

Het accessorium wordt meer algemeen omschreven in art. 3.9 BBW. In verband met de gedwongen mede-eigendom wordt in art. 3.79 BBW gesproken over een ‘versterkte accessorieit’. Dit artikel luidt:

*“Indien goederen vanuit hun aard in onverdeeldheid zijn omdat ze een accessorium zijn bij een privaat goed, kunnen de mede-eigenaars geen daden van beheer of beschikking stellen met betrekking tot hun aandeel in de mede-eigendom, tenzij samen met dat privaat goed. Het aandeel kan ook niet afzonderlijk van het privaat goed in beslag worden genomen.”*  
Zie verder: Sagaert e.a., *Het nieuwe goederenrecht 2021*, p. 42 e.v. en p. 357-359; Vandenbergh, *Zakenrecht, boek III, mede-eigendom 1997*, p. 70 e.v.

In Zwitserland wordt sinds 1 januari 2012 als gevolg van de ‘Immobiliarsachenrechtrevision’ in art. 655a ZGB bepaald:

*“1. Ein Grundstück kann mit einem anderen Grundstück derart verknüpft werden, dass der jeweilige Eigentümer des Hauptgrundstücks auch Eigentümer des dazugehörenden Grundstücks ist. Dieses teilt das rechtliche Schicksal des Hauptgrundstücks und kann nicht gesondert veräußert, verpfändet oder belastet werden.*

*2. Erfolgt die Verknüpfung zu einem dauernden Zweck, so können das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer und der Aufhebungsanspruch nicht geltend gemacht werden.”*

Op grond van Abs. 1 kan een mede-eigenaar van een perceel grond zijn mede-eigendomsaandeel verbinden aan een privé onroerende zaak. Ook alle mede-eigenaren kunnen hier voor kiezen. Dit betekent dat een gemeenschap zowel ‘vrije’ als ‘gebonden’ aandelen kan kennen.

Op grond van art. 650 Abs. 1 ZGB kunnen de gezamenlijke mede-eigenaren een onroerende zaak bestemmen tot een ‘dauernden Zweck’. Dit heeft tot gevolg dat het vorderen van verdeling niet meer mogelijk is. Er ontstaat een zogenoemde ‘Zwangsgemeinschaft’. De aandelen in die gemeenschap kunnen op grond van art. 655a Abs. 2 ZGB worden verbonden aan afzonderlijke erven (ook hier is een combinatie van ‘vrije’ en ‘gebonden’ aandelen mogelijk).

Zie Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (art. 457-977 ZGB, art. 1-61 SchlT ZGB), 6e druk, Basel 2019: Art. 655a becommentarieerd door H. Laim; Büchler Andrea/Jakob Dominique, *Kurzkommentar zum ZGB*, Basel 2017: Art. 655a becommentarieerd door U. Zelger.

Zie voor het 'unselbständige Miteigentum' van voor de invoering van de hiervoor aangehaalde bepaling: Jürg Schmid, 'Das unselbständige Miteigentum in Theorie und Praxis', *ZBGR* 5/2005, p. 286 e.v. en Jürg Schmid, 'Neuerungen beim Miteigentum und Stockwerkeigentum, Neue Anmerkungen', *ZBGR* 6/2010, p. 374.

In Italië spreekt art. 817 CcIt over 'pertinenza'. Het gaat dan, voor zover hier van belang, over ((onverdeelde aandelen in) onroerende) zaken die 'destinate in modo durevole a servizio o ad ornamento', als bijzaak aan een andere (onroerende) zaak (hoofdzaak) zijn verbonden, zodanig dat, als laatstgenoemde zaken worden vervreemd, de bijzaken mee over gaan (art. 818 lid 1 CcIt). Die bijzaak blijft overigens wel zelfstandig te vervreemden (art. 818 lid 2 CcIt).

Voor ons is ook nog art. 1112 CcIt ('Cose non soggette a divisione') van belang. In dat artikel wordt bepaald dat het vorderen van verdeling niet mogelijk is als het gevolg van die deling betekent dat de zaak niet meer aan haar bestemming kan voldoen.

Kijken wij nog verder om ons heen, dan komen wij al snel uit bij het dualistische appartementenstelsel in bijvoorbeeld België, Frankrijk en Duitsland (zie over een en ander: N. Vegter, *De Vereniging van Eigenaars*, diss. Groningen, Den Haag: Boom juridisch 2012, p. 53. e.v.).

De gelijkenis dringt zich in het bijzonder op in geval van een horizontale appartementensplitsing (vgl. art. 5:106 BW). Het (dualistische) stelsel gaat voor België en Frankrijk uit van eigendom van – bijvoorbeeld – een woning of bedrijfsruimte waaraan, als 'bijzaak', is gekoppeld de mede-eigendom van 'gemeenschappelijke onroerende bestanddelen' ('éléments immobiliers communs'). Privé-eigendom en mede-eigendomsaandeel tezamen worden 'kavel' of 'lot' genoemd; art. 3.84 BBW). In art. 3.78 BBW wordt de basis gelegd voor deze vorm van 'gedwongen mede-eigendom' ('la copropriété forcée'). Art. 3.84 BBW (het appartementsrecht dus) vormt een bijzondere uitwerking van de gedwongen eigendom van art. 3.78 BBW (zie hierover V. Sagaert, 'Kroniek privaats vastgoedrecht, met inbegrip van de nieuwe appartementswet (2009-2010)', in: Sagaert/Verbeke (eds.) *Goederenrecht*, Brugge: Die Keure 2011).

In Frankrijk wordt het appartementsrecht geregeld door de 'Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis'. In art. 1 van die wet wordt gesproken over 'lots', omvattende 'une partie privative et une quote de parties communes'. Het accessoire karakter en de onmogelijkheid om verdeling te vorderen komt tot uitdrukking in art. 6 van even gemelde wet.

In Duitsland spreekt men van 'Wohnungseigentum' als 'das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört' (§ 1 Abs. 2 WoEigG). Indien het geen woning (maar bijvoorbeeld bedrijfsruimte) betreft, wordt gesproken over 'Teileigentum' (§ 1 Abs. 3 WoEigG). Er wordt wel gesproken van een 'untrennbare Einheit'. Uit § 6 Abs. 1 WoEigG ("Das Sondereigentum kann ohne den Miteigentumsanteil, zu dem es gehört, nicht veräußert werden"), blijkt – anders dan in Frankrijk en België – dat mede-eigendom van het gebouw waartoe de woon-/bedrijfseenheid voorop staat (privé-eigendom is afhankelijk van mede-eigendom). Dat het vorderen van verdeling in beginsel is uitgesloten blijkt uit § 11 Abs. 1 WoEigG: "Kein Wohnungseigentümer kann die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen."

#### 4 Burenrecht en mandeligheid

Mandeligheid en burenrecht – het is door de wetgever en ook in de literatuur onderkend – zijn verschillend van aard.

Het burenrecht handelt over rechten en verplichtingen die ex lege deel uitmaken van de eigendom van onroerende zaken (*Parl. Gesch. BW boek 5* 1981, p. 175; *Asser/Bartels & Van Velten 5* 2017/128; Pitlo/Reehuis, *Het Nederlands burgerlijk recht* 2019/559; Gräler, *Burenrecht* (*Mon. BW nr. B26*) 2019). De kern van mandeligheid is mede-eigendom van een zelfstandige zaak. Het is dan ook terecht dat de wetgever – anders dan onder het regime van het oude

Burgerlijk Wetboek – het burendrecht in een andere titel dan mandeligheid regelt. Het ware wellicht nog fraaier geweest om mandeligheid nader in titel 3.7 BW te regelen.

Het is daarentegen zeer terecht dat de watergangen als bedoeld in art. 5:59 BW in titel 5.4 BW zijn geregeld. Immers hier bestaat geen mede-eigendom. Er bestaan 'slechts' medegebruiksrechten en verplichtingen, deel uitmakend van de eigendom van de aanpalende erven. Zie voor de motivering van deze keuze: *Parl. Gesch. BW boek 5* 1981, p. 218-220. Er wordt wel gesproken over 'quasi-mandeligheid'. Zie hierover ook Rodrigues Lopes, *Eigendom en beperkte rechten (R&P nr. VG5)* 2017/8.10.1 en paragraaf [22] van dit werk.

## 5 Maatschappelijk en economisch belang

Mandeligheid is een veelvoorkomende rechtsfiguur.

Als voorbeelden van mogelijk mandelige zaken worden genoemd: speelplaatsen, dorsvloeren, weeginstellingen, parkeerplaatsen, fietsenstallingen, wandelparken, groenstroken, brandgangen tussen huizenblokken, gemeenschappelijke gebouwen bij bejaardencomplexen.

Wibbens-de Jong (Wibbens-De Jong, *Mandeligheid en erfdiensbaarheden (Mon. BW nr. B27)* 2006/2) ontleent daarnaast nog de volgende voorbeelden aan diverse schrijvers: zwembad, sportveld, inrit voor garages, gasbuizen, gemeenschappelijke antenne-inrichting, tussengangen op campings, allerlei voorzieningen bij bouwpercelen en bij een complex van percelen, agrarische stal of schuur, windmolenpark, golfbaan, waterbeheersingswerken (M.M.J.L. Willems, 'Mandeligheid bij integraal waterbeheer', *WPNR* 1998/6324). Eerder (Gräler, *Mandeligheid* 2007, p. 187-192) besprak ik de mogelijkheden van mandeligheid als rechtsfiguur ten behoeve van 'floating space' en 'time share'. Over een gemeenschappelijke waterkering: Van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* 2018/9.4.2.

Maar ook voor parkmanagement is mandeligheid een goede rechtsfiguur (zie o.a. K. van Geet, P.J. Hopmans en W. Jansen, 'Parkmanagement', *Vastgoedrecht* 2005/1; A.A. van Velten jr., 'Juridische vormgeving van parkmanagement', *WPNR* 2006/6681). Als nadeel kan worden aangemerkt de onmogelijkheid tot een kwalitatief verplicht lidmaatschap van een vereniging van deelgenoten (mede-eigenaren), waardoor besluitvorming bij meerderheid van stemmen en binding aan die besluiten uiteindelijk slechts op vrijwillige basis mogelijk is. Zie over deze problematiek: Rb. Haarlem 21 mei 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD2462 (waarover A.A. van Velten, 'Ontwikkelingen goederenrecht II', *WPNR* 2013/6982); Rb. Middelburg 30 juni 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BN8700; Hof Arnhem 19 oktober 2010, nr. 200.046.429, *Notafax* 5 januari 2011/3; Hof 's-Hertogenbosch 16 november 2010, *RN* 2011/27 (waarover A.A. van Velten, 'Ontwikkelingen goederenrecht II', *WPNR* 2013/6982); Hof 's-Hertogenbosch 19 april 2011, ECLI:NL:2011:GHSHE:BQ2225. Zie voor meer rechtspraak Gräler, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:69, aant. 6. De wens om een kwalitatief verplicht lidmaatschap mogelijk te maken is sterk verwoord (middels het doen van een wetsvoorstel) in Van Oostrom-Streep e.a., *preadvies KNB* 2016/VIII.

Wibbens-de Jong vervolgt met:

*“De flexibiliteit van de mandeligheid, in die zin dat de mede-eigenaars een regeling kunnen treffen over het genot, het gebruik en het beheer van de mandelige zaak (art. 3:168 en 5:69), scheidt de gelegenheid om aan de mandeligheid bij vrijwel iedere situatie een aangepaste vorm te geven. Uiteraard worden in deze hoge eisen gesteld aan de juridische vormgeving van zo'n regeling, vooral bij gecompliceerde en kostbare inrichtingen en werken (...).”*

De bezwaren tegen dit ruime toepassingsgebied (zie onder andere M.J.A. van Mourik, 'Mandeligheid in het Nieuw Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 1984/5681 en *WPNR* 1998/5689; H.C.F. Schoordijk, 'Boekbespreking: Mandeligheid en erfdiensbaarheid, door mr. W.J.M. Davids, Monografieën nieuw BW, B-serie 27, Deventer 1984', *WPNR* 1985/5733; A.A. van Velten, 'Boekbespreking W.J.M. Davids, Burendrecht, Mandeligheid en erfdiensbaarheden', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1985/1, p. 22) berustten voornamelijk op het feit dat in het Ontwerp

Meijers en het Gewijzigd Ontwerp mandeligheid kon ontstaan door enkele overeenkomst. Dit bezwaar is ondervangen door de huidige tekst van art. 5:60 BW dat een notariële akte en inschrijving van een afschrift daarvan in de openbare registers eist (*Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 boek 5 1990, p. 1040-1042*).

Verstappen (L.C.A. Verstappen, *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, p. 266-267), stelt zich de vraag in welke situaties mandeligheid werkelijk geschikt is. Hij geeft de volgende criteria:

- alle eigenaren dienen nut te ondervinden;
- de kosten van onderhoud e.d. dienen redelijkerwijs opgebracht te kunnen worden door de deelgenoten en dienen in verhouding te staan tot het nut.

Op grond van deze criteria is mandeligheid volgens Verstappen geschikt om te worden toegepast bij bijvoorbeeld groenstroken, parkeerplaatsen en inritten. Mandeligheid is, volgens Verstappen, minder geschikt voor bijvoorbeeld tennisbanen (L.C.A. Verstappen, 'Enige beschouwingen over de juridische toepassingsmogelijkheden van de figuur van de mandeligheid naar NBW', *WPNR 1991/6009*). Verstappen beargumenteert dit niet. Ik zie echter - nu wij spreken over een subjectief nutsvereiste - niet in waarom tennisbanen (en golfcomplexen) niet mandelig kunnen zijn.

Davids (Smalbraak/Davids, *Burenrecht en erfdiensbaarheden (R&P nr. 13) 1988/40*) constateert dat het notariaat voorts als bezwaar tegen mandeligheid voelt de mogelijkheid voor elke mede-eigenaar om zich uit de mandeligheid terug te trekken. Het notariaat zou daarom de voorkeur geven aan splitsing in appartementsrechten, vestiging van erfdiensbaarheden of oprichting van een rechtspersoon, waarin de deelnemers kwalitatief worden bepaald (vergelijk *Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/158b*). Davids (Smalbraak/Davids, *Burenrecht en erfdiensbaarheden (R&P nr. 13) 1988 40*) wijst er echter ook op dat de regeling van art. 5:66 lid 2 BW, blijkens art. 5:69 BW, van regelend recht is. In de praktijk wordt dan ook in nagenoeg alle akten houdende een overeenkomst van mandeligheid deze bepaling buiten werking gesteld.

Vanuit gemeenten (in het bijzonder Almere) is de laatste jaren gewerkt aan het privatiseren van de openbare ruimte, middels uitgifte van grond in mede-eigendom (mandeligheid) aan buurtgenoten. De kosten (van onderhoud en vernieuwing) van die ruimte worden aldus voor de gemeente beperkt. Daarnaast zou de sociale cohesie binnen een wijk worden verbeterd indien buurtgenoten met elkaar zouden moeten praten over het gebruik en het beheer van die ruimte.

Inmiddels blijken de mede-eigenaren van dergelijke gebieden wat minder enthousiast. De voorlichting over de rechtsfiguur is gebrekkig. Er heerst veel onkunde. De beheerstructuur (via een 'vereniging van eigenaars') werkt onbevredigend. Het blijkt niet mogelijk om goede en alle deelgenoten verplichtende regels op te stellen. Er wordt flink gesteggeld over kosten.

Ook dienen zich problemen van andere aard aan:

- De postbezorging wordt soms gestaakt. Dit als gevolg van de aanwezigheid van een mandelig binnenterrein (met toegang naar de openbare weg) waaromheen woningen liggen met de voordeuren gekeerd naar de mandeligheid (via de mandeligheid is de openbare weg te bereiken): zie art. 20 Postwet en art. 5 Postregeling 2009. Zie ook Rb. Den Haag 13 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13059.
- Afvoer van (huishoudelijk) afval wordt soms bemoeilijkt (art. 10 Wet milieubeheer en de daarop gebaseerde afvalstoffenverordeningen en uitvoeringsbesluiten afvalstoffenverordening): afvalstoffen dienen zo dicht mogelijk bij de rijweg dan wel aan de kant van de openbare weg - en niet op het mandelige binnenterrein/de mandelige weg - te worden aangeboden aan de inzameldienst.
- De gemeente strooit in de winter het mandelige terrein niet.
- De Wegenwet en de Wegenverkeerswet zijn niet van toepassing op een mandelige weg.
- De bepaling van de WOZ-waarde van een object (erf) in verband met waardeverhoging door aanwezigheid van een aandeel in een (toekomstige) mandeligheid is problematisch (zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 26 januari 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL2308; Hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9365;

Hof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1017; Hof Arnhem-Leeuwarden 29 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9613; Rb. 's-Gravenhage 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7562). Rechtbank Midden-Nederland heeft geoordeeld dat een mandelig perceel geen afzonderlijk WOZ-object is. Een aandeel in een mandeligheid moet worden gezien als een kenmerk van een erf (Rb. Midden-Nederland 5 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3615 en Rb. Midden-Nederland 4 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1044).

Ook worden vragen worden gesteld over de aansprakelijkheid van mede-bezitters ex art. 6:174 (zie HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465).

De gemeente Almere is door een projectontwikkelaar aangesproken tot betaling van schadevergoeding ter zake van de moeilijkheden die gerezen zijn na de uitgifte van grond ten behoeve van een mandelige gracht (Rb. Zwolle 25 maart 2010, ECLI:NL:RBZWO:2010:BM3573). Daarbij wordt door de rechter het volgende overwogen:

*“De gemeente heeft voor mandeligheid gekozen. Zij stelt, dat zij geen ervaring had met het uitgeven van grond in mandeligheid, dat het de eerste keer was dat zij grond in mandeligheid uitgaf. Gezien deze keuze voor een complexe rechtsfiguur, waar de gemeente geen ervaring mee had opgedaan, mocht van de gemeente verwacht worden dat zij zich bewust zou zijn van de risico's en daar ook naar handelde.”*

## 6 Het ontstaan van mandeligheid

### 6.1 Inleiding

Ingevolge het bepaalde in art. 5:60 BW is voor het ontstaan van mandeligheid een notariële akte gevolgd door inschrijving van een afschrift daarvan in de openbare registers noodzakelijk.

Mandeligheid ontstaat ingevolge art. 5:60 BW door het sluiten van een overeenkomst (bestemmingsovereenkomst) houdende bestemming van een onroerende zaak tot gemeenschappelijk nut van twee of meer erven, gevolgd door inschrijving van een afschrift van de notariële akte waarin de overeenkomst is vastgelegd in de desbetreffende openbare registers. Mandeligheid kan ook door verjaring ontstaan.

In de volgende paragrafen worden de volgende elementen besproken:

1. bestemmingsovereenkomst (par. [6.2]);
2. gemeenschappelijk nut (par. [6.3]);
3. notariële akte en inschrijving van een afschrift van die akte in de openbare registers (par. [6.4]).

Daarnaast wordt een enkele opmerking over het thans niet meer van belang zijnde naburighheidsvereiste (par. [6.5]) gemaakt. Totstandkoming van mandeligheid door verjaring komt in paragraaf [6.6] aan de orde. In paragraaf [6.7] wordt een aantal rechtsvergelijkende opmerkingen gemaakt.

### 6.2 Bestemmingsovereenkomst

Voorafgaand aan *iedere* regeling omtrent gebruik, genot en beheer dient, voor zover zulks niet reeds uit de aard of inrichting van de onroerende zaak volgt, de bestemming

('Zweckbestimmung', 'la destinazione') van de desbetreffende onroerende zaak te worden vastgesteld (impliciet of expliciet).

Dit geldt voor de gewone eenvoudige gemeenschap van afd. 3.7.1 BW. In versterkte mate geldt dit voor mandeligheid. Wil mandeligheid komen te ontstaan, dan dient de bestemming (expliciet) in een notariële akte te worden aangegeven. De bestemming markeert vervolgens de omvang van de gebruiks- en genotsmogelijkheden: de grenzen van genot en gebruik worden aldus aangegeven (zie ook art. 655a ZGB). Voorts worden aldus de te verrichten beheerswerkzaamheden ingekaderd.

De bestemmingsovereenkomst heeft een zakenrechtelijk karakter. Uitgebreid hierover: Gräler, *Mandeligheid* 2007, p. 129-140. Zie over de bevoegdheid om mandeligheid in het leven te roepen (beschikkingsbevoegdheid): Rodrigues Lopes, *Eigendom en beperkte rechten (R&P nr. VG5)* 2017/8.9.3. Zie over de uitleg van een in de akte vastgestelde bestemming en de beheersregeling ex art. 3:168 BW: J.G. Gräler, 'Gemeenschap, mandeligheid en hoofdelijkheid', *JBN* 2006/21. Verder over uitleg (meer algemeen): H.N. Schelhaas, W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen* (Preadviezen 2016, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016 en Biemans e.a., *Uitleg van notariële akten* (Ars Notariatus 160), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Specifiek over uitleg van een akte strekkende tot vestiging van mandeligheid gaat Hof Arnhem-Leeuwarden (26 juli 2016, RVR 2016/97). Het hof concludeert dat een objectieve uitlegmaatstaf moet worden gehanteerd.

### 6.3 Gemeenschappelijk nut

Inhoud van de bestemmingsovereenkomst is: de bestemming van een onroerende zaak tot gemeenschappelijk nut van de erven.

Het nut wordt derhalve door de overeenkomst bepaald. Anders dan het Ontwerp Meijers voorstelde, is niet vereist dat de mandelige zaak naar objectieve maatstaven voor de afzonderlijke erven nuttig is (*Parl. Gesch. BW boek 5* 1981, p. 225; J.Th. Smalbraak, 'De mandeligheid in het gewijzigd Ontwerp boek 5 N.B.W.', *WPNR* 1974/5272; Berger, *Burenrecht, mandeligheid, erfdiensbaarheden (R&P nr. 13)* 2001/23; Gräler, *Mandeligheid* 2007, p. 124-126). "Mij dunkt het doelmatig de bepaling van het nut over te laten aan partijen die de mandeligheid in het leven hebben geroepen, zodat gemeenschappelijk nut gelijk is aan gemeenschappelijk gebruik", aldus Berger. Voorts merkt hij, terecht, op dat het gebruik dat de diverse deelgenoten van de mandelige zaak kunnen maken, verschillend kan zijn (Berger, *Burenrecht, mandeligheid, erfdiensbaarheden (R&P nr. 13)* 2001/23). Het nutsvereiste wordt zo wel heel erg mager. Zie voor het nutsvereiste bij erfdiensbaarheden: paragraaf [35].

Zelf ben ik dan ook voorstander van het laten vervallen van dit vereiste (zie ook Gräler, *Mandeligheid* 2007, p. 122-126). Een enkele formele band tussen erven zou voldoende moeten zijn. Wij sluiten dan aan bij art. 755a Abs. 1 ZGB (alleen de wil van de eigenaar/mede-eigenaren is van belang). Berger in zijn bespreking van mijn dissertatie, *WPNR* 2005/6629, p. 588), die opmerkt dat de beer dan los is, en Wibbens-De Jong *Mandeligheid en erfdiensbaarheden (Mon. BW nr. B27)* 2006/4, zijn het hier niet mee eens. Bovendien heeft mijn standpunt, als ik Wibbens-de Jong goed begrijp, voor haar als ongewenste consequentie dat ook art. 5:61 lid 1 letter b en c BW moet vervallen. Dit lijkt mij nou geen enkel probleem.

Een exclusief gebruiksrecht van een van de eigenaren is in strijd met de aard van mandeligheid, aldus de kantonrechter te Lelystad (Ktr. Lelystad 27 september 2000, *Prg.* 2001/5774). Ik meen dat dit onjuist is (aldus ook Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2016, RVR 2016/97). Ik kan mij ten aanzien van een mandelig binnenterrein met parkeerplaatsen goed voorstellen dat in een gebruiksregeling ex art. 3:168 BW wordt bepaald dat het exclusieve gebruik van bepaalde parkeerplaatsen (al dan niet voor bepaalde tijd) aan bepaalde deelgenoten worden toegekend. Vgl. Van Mourik & Schols, *Gemeenschap (Mon. BW nr. B9)* 2015/20. Ook art. 647