

Mandeligheid en splitsing in appartementsrechten als rechtsfiguren voor parkmanagement

BW

In de praktijk bestaat de behoefte om regels betreffende het gebruik van een gemeenschappelijk perceel grond dwingend op te leggen aan de rechthebbenden tot en gebruikers van deze grond. In dit artikel worden de rechtsfiguren mandeligheid en splitsing in appartementsrechten aan de hand van een casus nader toegelicht en uitgewerkt. Tevens wordt gezien hoe aan de hiervoor bedoelde behoefte tegemoet kan worden gekomen.



mr. J.
Kampherbeek

1. INLEIDING

In het kader van projectontwikkeling komt het geregeld voor dat een perceel grond in een bouwproject gemeenschappelijk dient te worden (en te blijven) tussen de eindgebruikers (de uiteindelijk rechthebbenden, hun gebruikers en hun rechtsoptvolgers (hierna gezamenlijk aan te duiden als 'de eigenaren')). Dit perceel grond is bestemd voor gemeenschappelijk gebruik ten behoeve van de eigenaren, zoals bijvoorbeeld een binnentuin of een parkeerterrein (hierna aan te duiden als 'het gemeenschappelijk perceel grond'). In dit artikel ga ik ervan uit dat het gemeenschappelijk perceel grond in eigendom toekomt aan de eigenaren, maar dit kan ook erfpacht zijn. Het gemeenschappelijk perceel grond dient onder verantwoordelijkheid van de eigenaren collectief te worden beheerd en onderhouden. In dit artikel worden twee rechtsfiguren beschreven die mijns inziens onder de huidige wet- en regelgeving de beste waarborgen bieden voor de instandhouding en de continuïteit van het beheer en onderhoud van het gemeenschappelijk perceel grond. Deze twee rechtsfiguren zijn mandeligheid en splitsing in appartementsrechten. Als alternatieve regeling kan nog de eenvoudige gemeenschap van Titel 3.7 BW worden genoemd. De te bespreken rechtsfiguren mandeligheid en splitsing in appartementsrechten zijn een bijzondere vorm van gemeenschap, zodat de eenvoudige gemeenschap buiten beschouwing wordt gelaten. Immers bij de keuze voor de eenvoudige gemeenschap bestaat ook altijd de keuze voor mandeligheid en splitsing in appartementsrechten, welke vormen zoals hierna zal blijken betere waarborgen bieden om de regeling bindend op te leggen aan de eigenaren.¹

1.1. Het gemeenschappelijk perceel grond

Het ontstaan van het gemeenschappelijk perceel grond is veelal een gevolg van de bestemming van het door de ontwikkelaar te verwerven/verworven perceel grond waarop een bouwproject wordt gerealiseerd. Indien op dit perceel grond niet alleen woningen en/of commerciële ruimten worden gerealiseerd, maar ook bijvoorbeeld voorzieningen ten behoeve van gemeenschappelijk gebruik, dient de ontwikkelaar eveneens afspraken te maken casu quo een

regeling te treffen voor het gedeelte van het perceel waarop deze voorzieningen ten behoeve van gemeenschappelijk gebruik worden gerealiseerd. Het is namelijk niet de bedoeling van de ontwikkelaar dat grond bij hem achterblijft nadat het project is gerealiseerd en is uitgepand. Indien de ontwikkelaar niet is overeengekomen dat het (toekomstige) gemeenschappelijk perceel grond als openbaar gebied wordt (terug)overgedragen aan het openbaar gezag (meestal de gemeente), dan dient dit perceel grond een gemeenschappelijke bestemming te krijgen bij de eigenaren.

Daarnaast is het mogelijk dat bij een reeds ontwikkeld gebied, de eigenaren zelf een perceel grond (al dan niet reeds in eigendom van alle of sommige van de eigenaren) een gemeenschappelijke bestemming geven. Deze variant doet zich echter in de praktijk minder vaak voor aangezien *alle* eigenaren mee dienen te werken aan het vaststellen van de juridische regeling terzake het gemeenschappelijk perceel grond. Het is de vraag of de eigenaren hieraan willen meewerken indien hiertoe geen verplichting bestaat terwijl de regeling extra (financiële) lasten met zich meebrengt.

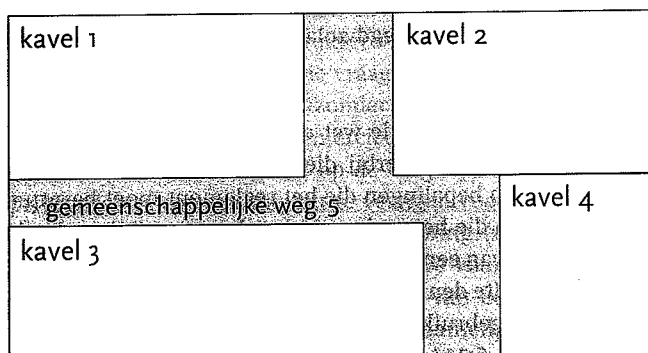
1.2. Parkmanagement

Het begrip 'parkmanagement' doet hier haar intrede. Gelet op de inleiding van Van Velten is dit het overkoepelend begrip in de praktijk om het gemeenschappelijk perceel grond in een juridisch kader te plaatsen. Het juridisch kader dat wordt geschapen dient ervoor om de eigenaren van het gemeenschappelijk perceel grond te binden aan de regeling, waarbij de eigenaren collectief verantwoordelijk zijn en blijven voor het instandhouden en het beheer en onderhoud van het gemeenschappelijk perceel grond. Nu instandhouding, beheer en onderhoud ook het dragen van (financiële) lasten impliceert, komt het in de praktijk geregeld tot een gerechtelijk geschil waarbij één van de eigenaren claimt niet gebonden te zijn aan de juridische regeling en daarom niet hoeft bij te dragen aan de gemeenschappelijke kosten. Een aantal juridische regelingen dat gebruikt wordt voor parkmanagement kent – zeker bij grootschaliger projecten met meerdere eigenaren en gebruikers – een vereniging als

bedoeld in Boek 2 BW om het centraal overleg gestalte te geven (via de ledenvergadering) en om een bepaalde instantie (het bestuur) het (dagelijkse) beheer op te dragen. Het komt voor dat eigenaren niet wensen bij te dragen aan de gemeenschappelijke kosten voor het beheer en onderhoud van het gemeenschappelijk perceel grond en het lidmaatschap wensen op te zeggen. Gelet op de jurisprudentie is veelal het grondwettelijk beginsel van vrije toe- en uittreding het argument van deze eigenaren om uit te kunnen treden uit deze verenigingen.² Hierdoor wordt de continuïteit van het beheer en onderhoud van het gemeenschappelijk perceel grond in gevaar gebracht. De wens vanuit de praktijk is om de regelingen daarom van een dwingend karakter te voorzien ter voorkoming dat sommige eigenaren zich onttrekken aan de regeling. In dit artikel wordt beschreven hoe de twee rechtsfiguren mandeligheid en splitsing in appartementsrechten kunnen worden (dan wel reeds zijn) voorzien van dit gewenste dwingende karakter. In het artikel in dit themanummer van Van Oostrom-Streep wordt beschreven hoe parkmanagement wordt toegepast indien geen gebruik wordt gemaakt van deze twee rechtsfiguren.

1.3. Casus

Om de twee rechtsfiguren mandeligheid en splitsing in appartementsrechten nader toe te lichten, worden deze besproken aan de hand van een casus waarbij sprake is van een bedrijvenpark met vier kavels waarop commerciële ruimten worden gerealiseerd, en waar de eigenaren van de kavels gezamenlijk gebruik maken van een op het bedrijvenpark gesitueerde weg. Deze casus is als volgt te visualiseren:



figuur 1. Casus

2. MANDELIGHEID

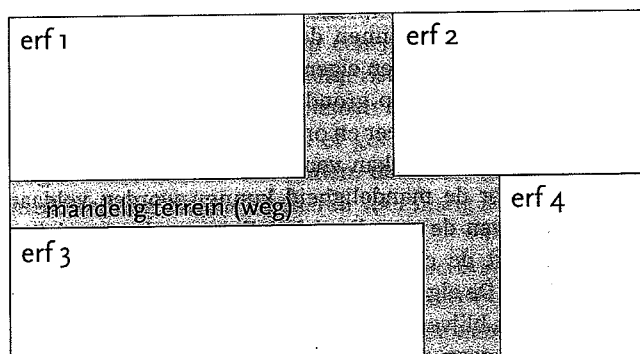
Mandeligheid is een bijzondere vorm van gemeenschappelijk eigendom van een onroerende zaak en is omschreven in Titel 5 van Boek 5 BW. Mandeligheid kan ontstaan van rechtswege ofwel op grond van een rechtshandeling waarbij een onroerende zaak gemeenschappelijk eigendom is van de eigenaren van twee of meer erven en door hen tot gemeenschappelijk nut van die erven wordt bestemd (art. 5:60 BW). In geval van parkmanagement wordt gebruik gemaakt van deze laatste vorm. Hierbij wordt het gemeenschappelijk perceel grond bestemd als mandelig terrein ten behoeve van de erven ten nutte waarvan het gemeenschappelijk perceel grond strekt.

De bepalingen van Gemeenschap uit Titel 7 van Boek 3 BW zijn mede van toepassing op mandeligheid, tenzij uit de wettelijke regeling van mandeligheid anders blijkt. Bij het ontstaan van de mandeligheid wordt tussen de eigenaren

een mandelighedsregeling overeengekomen waarbij de inhoud van de mandeligheid wordt vormgegeven en waarbij de rechten en verplichtingen van de eigenaren worden uitgewerkt. Deze mandelighedsregeling kan overeenkomstig art. 3:168 BW nader worden vormgegeven door middel van een reglement met bepalingen over genot, beheer en gebruik (te denken valt aan nadere regels over de wijze van gebruik, verdeling van kosten, aansprakelijkheid en verzekeringen (met name relevant voor de aansprakelijkheid van art. 6:174 juncto 180 BW)).

Mandeligheid heeft als groot voordeel dat zij een accessoir karakter heeft. Het mandelig aandeel kan niet worden gescheiden van de eigendom van de erven ten behoeve waarvan de mandeligheid is ontstaan (art. 5:63 BW). Op deze regel bestaat een uitzondering in art. 5:66, lid 1, BW, die het een mede-eigenaar mogelijk maakt om zijn aandeel in de mandelige zaak afzonderlijk van zijn erf aan de overige mede-eigenaren over te dragen. Het verdient aanbeveling om de toepassing van dit artikel bij het laten ontstaan van de mandeligheid uit te sluiten; dit om te voorkomen dat enkele eigenaren met toepassing van dit artikel zelf de mandelighedsregeling buiten toepassing verklaren.³ Anders zou de opgezette juridische structuur en daarmee het beheer en onderhoud van het gemeenschappelijk perceel grond in gevaar kunnen komen. Door het accessoir karakter gaat bij overdracht van het erf automatisch het accessoir mandelig aandeel (inclusief de aan dit aandeel op grond van de mandelighedsregeling verbonden rechten en verplichtingen) over op de rechtsopvolger. Dit accessoir karakter draagt derhalve bij aan de instandhouding en de continuïteit van het beheer en onderhoud van het gemeenschappelijk perceel grond.

In onze casus kan mandeligheid worden toegepast door de eigendom van het perceel grond dat ziet op de weg te bestemmen tot gemeenschappelijk nut van de vier kavels met commerciële ruimten. De rechtsfiguur mandeligheid is in onze casus als volgt te visualiseren:



figuur 2. Mandeligheid

Het nadeel van mandeligheid voor de praktijk is echter het zogenoemde 'starre' karakter. Hiermee wordt bedoeld dat in beginsel voor iedere (rechts)handeling met betrekking tot het gemeenschappelijk perceel grond de medewerking nodig is van alle eigenaren van de erven. Dit leidt – met name bij mandelige terreinen met veel eigenaren – tot onwerkbaar situaties doordat er geen unanimiteit kan worden bereikt terzake de besluitvorming. Dit nadeel kan worden overvaren door in de mandelighedsregeling te bepalen dat het beheer en onderhoud wordt verricht door een beheersver-

eniging of beheersstichting. Hierdoor wordt de exploitatie van het gemeenschappelijk perceel grond losgekoppeld van de (mede)eigendom. Echter voor goederenrechtelijke rechtshandelingen (bijvoorbeeld verkoop en levering van een gedeelte van het mandelig perceel of de wijziging van de mandeligheidsregeling) blijft medewerking nodig van *alle* eigenaren. Dit zal ook gelden voor handelingen die buiten het normale beheer vallen (bijvoorbeeld het oprichten van een bouwwerk).

Afhankelijk van de wens om de eigenaren inspraak te geven in het beheer en onderhoud – dit zal met name afhankelijk zijn van de vraag hoeveel eigenaren betrokken zijn bij het mandelig terrein en wat de bestemming is van het mandelig terrein – kan gekozen worden voor een stichting dan wel een vereniging. Het is ook mogelijk om een overlegstructuur in de mandeligheidsregeling zelf op te nemen die min of meer gelijk is aan de overlegstructuur binnen een vereniging.

Aangezien een stichting geen leden kent (art. 2:285 BW), zal in de meeste gevallen gekozen worden voor een beheersvereniging zodat de eigenaren ook ten aanzien van het beheer en onderhoud een vorm van inspraak hebben; zij dragen immers ook bij aan de kosten voor het beheer en onderhoud. Deze beheersvereniging is een vereniging als bedoeld in Titel 2 van Boek 2 BW en kent een ledenvergadering en een bestuur. De ledenvergadering wordt gevormd door de eigenaren van de erven. De regels over de interne huishouding van de vereniging zijn neergelegd in de statuten van de vereniging. De statuten bevatten ondermeer bepalingen omtrent besluitvorming, waarbij besluitvorming (in beginsel) plaatsvindt met meerderheid van stemmen en derhalve niet meer bij unanimiteit zoals gebruikelijk bij een reguliere mandeligheidsregeling. Het bestuur van de vereniging voert vervolgens de besluiten van de leden uit en regelt het dagelijks beheer en onderhoud van het gemeenschappelijk perceel grond. Bij complexe en grotere mandelige terreinen met veel eigenaren kan het bestuur worden uitbesteed aan een professionele externe bestuurder. Het beginsel van vrije toe- en uittreding is binnen deze structuur mijns inziens geen beletsel, immers een eigenaar die besluit om uit te treden dient nog steeds op grond van zijn mandelig aandeel aan de kosten voor beheer en onderhoud bij te dragen. In de mandeligheidsregeling kan voorts worden opgenomen dat de kosten voor de mandeligheid kunnen worden voldaan door middel van de contributiebetaling aan de vereniging. Hierdoor blijft de continuïteit van beheer en onderhoud gewaarborgd. De eigenaar zal, naar ik meen, om deze reden ook lid willen blijven van de beheersvereniging, aangezien hij/zij anders geen stemrecht heeft terzake het beheer en onderhoud maar hier wel voor betaalt ('wel betalen maar niet bepalen'). Op deze manier wordt het lidmaatschap van de beheersvereniging onder *psychologisch bindende wijze* opgelegd aan de eigenaren terwijl de mogelijkheid van vrije toe- en uittreding blijft bestaan. In dit verband wordt nog verwezen naar een uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 16 mei 2007⁴ waarin werd bepaald dat het lidmaatschap van de beheersvereniging weliswaar kon worden opgezegd, maar dat de statuten van de vereniging en het bijbehorende huishoudelijk reglement werden aangemerkt als een beheersregeling in de zin van art. 3:168 BW, zodat de eigenaar van het onverdeeld aandeel nog gebonden was aan deze regeling. De

eigenaar kon op grond van deze uitspraak zijn lidmaatschap opzeggen, maar was wel verplicht om te blijven bijdragen aan de eigenaarslasten verbonden aan het gemeenschappelijk perceel grond. Deze uitspraak zag op een eenvoudige gemeenschap maar is eveneens relevant voor mandeligheid als bijzondere vorm van de eenvoudige gemeenschap.

3. SPLITSING IN APPARTEMENTSRECHTEN

Splitsing in appartementsrechten is eveneens een bijzondere vorm van gemeenschappelijke eigendom van een onroerende zaak en is omschreven in Titel 9 van Boek 5 BW. Een splitsing in appartementsrechten ontstaat door een daartoe bestemde notariële akte die wordt ingeschreven in de openbare registers.

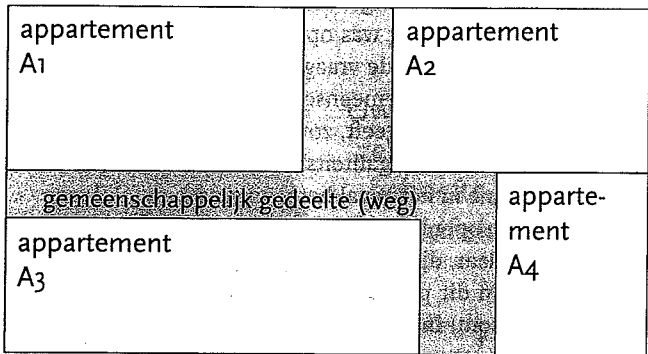
Gelet op art. 5:106, lid 4, BW wordt onder het begrip appartementsrecht verstaan een aandeel in de eigendom van een gebouw met toebehoren en de daarbij behorende grond met toebehoren, in welk aandeel is begrepen de bevoegdheid tot het uitsluitend gebruik van bepaalde gedeelten van het gebouw die blijkens hun inrichting bestemd zijn of worden om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt (de zogenaamde *privégedeelten*), alsmede het medegebruik van de gemeenschappelijke gedeelten en zaken. Het aandeel kan verder mede omvatten de bevoegdheid tot het uitsluitend gebruik van bepaalde gedeelten van de grond, zoals een parkeerplaats. Overeenkomstig art. 5:125, lid 2, BW heeft het in eigendom hebben van een appartementsrecht tot gevolg dat de eigenaar automatisch lid wordt van de Vereniging van Eigenaars. Dit lidmaatschap heeft een dwingend karakter en kan niet worden opgezegd zolang men eigenaar is van een appartementsrecht.

In art. 5:112 BW geeft de wet een regeling over de inhoud van het reglement. Hierbij dient onderscheid gemaakt te worden tussen bepalingen die het reglement moet bevatten en bepalingen die het reglement kan bevatten (bijvoorbeeld het opleggen van een kwalitatief lidmaatschap van een andere vereniging (te denken valt aan een winkeliersvereniging)). Veelal wordt gebruik gemaakt van een modelreglement als bedoeld in art. 5:111, sub d, BW. Het (model)reglement bevat regels over de privé- en gemeenschappelijke gedeelten, de wijze van gebruik, verdeling van kosten, verzekeringen en de statuten van de (verplichte) Vereniging van Eigenaars.

Het hiervoor bij mandeligheid gesignaleerde starre karakter is eveneens aanwezig bij een splitsing in appartementsrechten. Overeenkomstig art. 5:139, lid 1, BW is voor een wijziging van een splitsing namelijk medewerking nodig van *alle* eigenaren. De splitsingsakte dient bijvoorbeeld gewijzigd te worden indien het reglement moet worden aangepast of indien de contouren van de gemeenschappelijke en privégedeelten wijzigen. Echter sinds 1 mei 2005 (en voor bestaande splitsingen per 1 mei 2008) is, met inachtneming van de nodige waarborgen, wijziging van de splitsing in appartementsrechten door het bestuur van de Vereniging van Eigenaars mogelijk met een 80% meerderheidsbesluit van de vergadering van eigenaren (art. 5:139, lid 2, BW). Hierdoor is de splitsing in appartementsrechten een stuk minder star geworden en dit maakt de splitsingsfiguur ten opzichte van

de mandeligheid een stuk aantrekkelijker in geval van parkmanagement.

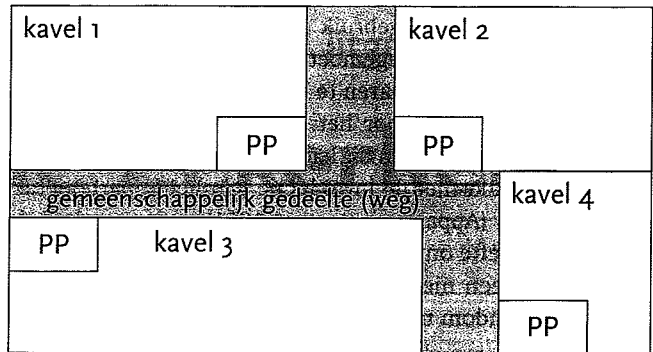
In onze casus kan een splitsing in appartementsrechten worden toegepast door het *gehele* perceel (derhalve inclusief de vier kavels) te betrekken in een splitsing waarbij de kavels de privégedeelten vormen en de weg is aan te merken als gemeenschappelijk gedeelte. De rechtsfiguur splitsing in appartementsrechten is in onze casus als volgt te visualiseren:



figuur 3. Splitsing in appartementsrechten

Mijns inziens heeft deze juridische structuur nadelen in geval er geen sprake is van een splitsing in appartementsrechten van een zelfstandig gebouw waarbij een horizontale scheiding in het eigendomsrecht wordt aangebracht (te denken valt aan een gebouw met meerdere verdiepingen). Het op een afzonderlijke kavel te realiseren gebouw dat in de splitsing wordt betrokken, wordt namelijk gemeenschappelijk eigendom van alle eigenaren van het in de splitsing betrokken perceel grond. De in de splitsing betrokken goederen verliezen hun karakter van zelfstandig rechtsobject (art. 5:117 BW). Het is de vraag of dit voor zelfstandige gebouwen gesitueerd op afzonderlijke kavels gewenst is; ik meen (zeker vanuit commercieel oogpunt) van niet. In dit verband wijs ik nog wel op de mogelijkheid om op het privégedeelte een opstalrecht te vestigen voor het in eigendom hebben van toekomstige bebouwing (zie art. 5:118a BW). Tevens heeft de wet enkele andere voor de eigenaren verstreckende consequenties in geval van een splitsing in appartementsrechten. De wet bepaalt namelijk in art. 5:108 BW dat de eigenaren jegens elkaar verplicht zijn de bouw en de inrichting van het gebouw en de daarbij behorende grond tot stand te brengen (en in stand te houden) in overeenstemming met het daaromtrent in de akte van splitsing (en de daarbij behorende tekening) bepaalde.

Ik ben van mening dat de voor het gemeenschappelijk perceel grond gekozen juridische structuur ondergeschikt dient te zijn aan de juridische structuur die wordt gekozen voor de kavel waarop de bebouwing wordt gerealiseerd. Het economisch zwaartepunt ligt namelijk bij de bouw-kavel. De splitsing in appartementsrechten als vorm van parkmanagement biedt volgens mij (met name vanuit commercieel oogpunt) betere mogelijkheden indien de regeling wordt getroffen voor een parkeerterrein met parkeerplaatsen. Op grond van art. 5:106, lid 2, BW is het mogelijk om een stuk grond (derhalve zonder gebouw) in appartementsrechten te splitsen. Deze variant van de rechtsfiguur splitsing in appartementsrechten is in onze casus als volgt te visualiseren:



figuur 4. Splitsing in appartementsrechten (variant parkeerterrein waarbij de parkeerplaatsen (PP) de privégedeelten vormen en de kavels geen onderdeel uitmaken van de splitsing in appartementsrechten)

Binnen de hiervoor beschreven variant zullen de eigenaren de appartementsrechten parkeerplaatsen mijns inziens niet snel afzonderlijk van hun kavel overdragen aan een derde, daar zij voor de ontsluiting van hun kavel afhankelijk zijn van de (gemeenschappelijke) weg. Nu een appartementsrecht van rechtswege het lidmaatschap van een Vereniging van Eigenaars meebrengt, wordt ook op deze wijze de vereniging onder *psychologisch bindende wijze* opgelegd aan de eigenaars van de kavels. Hierdoor wordt de instandhouding en continuïteit van het beheer en onderhoud van de gemeenschappelijke gedeelten (zijnde in casu de weg) mijns inziens gewaarborgd. Meestal wordt in deze variant nog een ketting-/boetebeding opgelegd aan de eigenaren om afzonderlijke vervreemding van een kavel en een appartementsrecht parkeerplaats tegen te gaan.

4. BESCHOUWING

De besproken juridische structuur van een mandeligheid met verenigingsstructuur is naar mijn mening de meest geschikte juridische regeling om toe te passen op onze casus, daar deze regeling het meest recht doet aan het eigendomsbegrip van de kavel waarop de bebouwing wordt gerealiseerd. Eveneens is deze regeling juridisch houdbaar (mandeligheid heeft een wettelijk dwingend karakter) en praktisch werkbaar, mits op een juiste wijze geredigeerd. De regeling is echter voor niet-juristen complex en zal in de praktijk tot vragen en problemen kunnen leiden. Dit doet zich met name voor indien er goederenrechtelijke handelingen verricht moeten worden, daar hier (in principe) de medewerking van *alle* eigenaren voor nodig is.

De hierboven genoemde juridische structuren worden naar mijn mening – behoudens eventuele fiscale consequenties – toegepast als alternatieven voor een levering van het gemeenschappelijk perceel grond aan een vereniging waarvan de eigenaren verplicht lid worden. Nu er bij een vereniging het beginsel van vrije toe- en uittreding geldt (waardoor de continuïteit van beheer en onderhoud wordt bedreigd), worden (onder andere) de hiervoor beschreven juridische structuren toegepast om dit bezwaar te ontlopen. Dit bezwaar zal zich niet voordoen op het moment dat bij wet geregeld wordt dat het beginsel van vrije toe- en uittreding niet geldt ten aanzien van verenigingen in geval van parkmanagement. Gelet op de wens van de praktijk om ons juridisch instrumentarium uit te breiden met deze rechtsfiguur, is het aan de wetgever om hier op passende wijze een regeling voor op te nemen in ons Burgerlijk Wetboek.⁵ Tot

die tijd zal de praktijk gebruik maken van alternatieve juridische structuren om tegemoet te komen aan de wens van de praktijk om de eigenaren te binden en gebonden te houden aan de regeling voor het gemeenschappelijk gebruik van een perceel grond. In dit kader kan nog een vergelijking worden gemaakt met de introductie van het appartementsrecht in 1952 (Appartementenwet 1951); ook toen had de praktijk behoefte om haar juridisch instrumentarium uit te breiden met een nieuw rechtsfiguur die horizontale scheiding van eigendom mogelijk maakte.

Een andere reden om te pleiten voor verplicht lidmaatschap van een vereniging is de omstandigheid dat het voorkomt dat op het moment van de eerste levering van een kavel aan de eerste eindgebruiker wel de contouren van het gemeenschappelijk perceel grond vaststaan, maar nog niet de exacte invulling (bijvoorbeeld de grootte of het aantal) van de overige kavels. Het is dan nog niet mogelijk om een mandeligheid te laten ontstaan of om een splitsing in appartementsrechten te creëren; immers de heersende erven casu quo de privégedeelten zijn nog niet bekend. Daarnaast wordt door de twee besproken rechtsfiguren de juridische structuur van een project dwingend opgelegd voor alle kavels op het moment dat de mandeligheid ontstaat casu quo de splitsing in appartementsrechten plaatsvindt. Dit maakt (feitelijke en juridische) herontwikkeling van het project moeilijk (bijvoorbeeld in het geval niet alle kavels worden verkocht). In zo'n situatie wordt meestal gebruik gemaakt van onherroepelijke volmachten van de eindgebruikers om achteraf de gewenste juridische eindsituatie te laten ontstaan en bindend op te leggen. Deze volmachten worden met een ketting-/boetebeding in de akte van levering van de kavel afgegeven door de eindgebruikers en hun rechtsopvolgers. Deze situatie is onwenselijk omdat er gedurende enige tijd onduidelijkheid bestaat of de gewenste juridische eindsituatie ook daadwerkelijk zal ontstaan. Te denken valt aan het risico van een faillissement van de eindgebruiker of executoriale verkoop van de kavel door de hypotheekhouder, waardoor de volmacht kan komen te vervallen en de gewenste juridische eindsituatie niet zonder medewerking van de rechtsopvolgers van de eindgebruiker kan ontstaan. Ook kunnen vraagtekens worden geplaatst hoe het afgeven van een volmacht zich verhoudt tot het leerstuk van de non conformiteit op het moment dat bij de verkoop geheel niet duidelijk is hoe het gemeenschappelijk perceel grond (juridisch) wordt vormgegeven. Daarnaast brengt het later leveren van een mandelig aandeel of een appartementsrecht fiscale vraagstukken met zich mee, welke vraagstukken in de bijdrage van Ambergen in dit themanummer aan bod zullen komen. De hiervoor gesignaleerde problematiek is niet aan de orde indien een vereniging eigenaar wordt van het gemeenschappelijk perceel grond en de eigenaren verplicht lid worden van deze vereniging ten tijde van de eerste leveringen van de kavels.

Tot slot wil ik nog stilstaan bij de tendens dat gemeenten steeds minder geneigd zijn om het gemeenschappelijk perceel grond af te nemen van projectontwikkelaars. Sterker nog: gemeenten geven meestal ook het gemeenschappelijk perceel grond uit aan de ontwikkelaars. Ik plaats hierbij een enkele kanttekening vanuit publiekrechtelijk oogpunt. Een gemeente is als bestuursorgaan in de zin van Algemene

wet bestuursrecht gehouden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In het kader van parkmanagement waarbij het beheer en onderhoud van gehele parken, bossen en wegenstelsels wordt overgelaten aan de private sector, kan de vraag worden gesteld of de gronduitgifte van het gemeenschappelijk perceel grond niet in strijd is met het legaliteitsbeginsel als bedoeld in art. 132, lid 4, Grondwet. Ik verwijs hierbij naar het arrest van de Hoge Raad de dato 6 januari 2006.⁶ De Hoge Raad bepaalde dat een privaatrechtelijk bijdrageverplichting voor kosten van een openbare groenvoorziening nietig was op grond van het legaliteitsbeginsel. Afhankelijk van de vraag of de gemeente in haar uitgiftevoorwaarden het gemeenschappelijk perceel grond een openbare bestemming geeft, zou ik menen dat een gemeente in strijd met het legaliteitsbeginsel kan handelen. Dit speelt met name in het geval het gemeenschappelijk perceel grond met een openbare bestemming wordt uitgegeven aan een ontwikkelaar, die vervolgens de kosten voor beheer en onderhoud van dit perceel (dit is inherent aan het hebben van de eigendom) in het kader van parkmanagement neerlegt bij de eigenaren.

De auteur is als kandidaat-notaris verbonden aan de praktijkgroep Vastgoed & Overheid van CMS Derks Star Busmann N.V. te Utrecht.

- 1 Voor een beschouwing over de eenvoudige gemeenschap wordt verwezen naar A.A. van Velten, WPNR (2006) 6681, 'Juridische vormgeving van parkmanagement'.
- 2 Zie voor voorbeelden van deze jurisprudentie A.A. van Velten, WPNR (2007) 6700 en 6701, 'Pleidooi voor het grondgebonden lidmaatschap van een beheersvereniging'.
- 3 Zie J.G. Gräler 'Mandeligheid' serie *Ars Notariatus Deel* 121 pag. 99-100, waaruit blijkt dat dit artikel van regeland recht is.
- 4 Rechtbank Arnhem 16 mei 2007, LJN BA6171.
- 5 Zie A.A. van Velten, WPNR (2007) 6700 en 6701, 'Pleidooi voor het grondgebonden lidmaatschap van een beheersvereniging'.
- 6 Zie HR 6 januari 2006, LJN AT9056 en ook HR 15 november 2002, LJN AE4368.