

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/129710>

Please be advised that this information was generated on 2021-09-23 and may be subject to change.

## ANNOTATIES

Onder de zorg van prof.mr. Y. Buruma, prof.mr. L.J.A. Damen, prof.mr. J.M. van Dunné, prof.mr. Ch. Gielen, prof.mr. T. Hartlief, prof.dr. E.M.H. Hirsch Ballin, prof.mr. A.H. Klip, prof.mr. C.A.J.M. Kortmann, prof.mr. S.C.J.J. Kortmann, prof.mr.dr.s. F.C.M.A. Michiels, prof.mr. A.I.M. van Mierlo, prof.mr. K.J.M. Mortelmans, prof.mr. M.V. Polak, prof.mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof.mr. J. Riphagen, prof.mr. Th.A. de Roos, prof.mr. G.R. Rutgers, prof.mr. R.D. Vriesendorp, prof.dr. J.W. Zwemmer

## Het nagetrokken grafteken

*Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann*

**HR 25 oktober 2002 (mrs. R. Herrmann, J.B. Fleers, A.G. Pos, O. de Savornin Lohman, P.C. Kop; A-G De Vries Lentsch-Kostense), *RvdW* 2002, 170, *JOL* 2002, 564**

### 1 Inleiding en aanleiding

In de vorige eeuw, maar toch niet zo lang geleden, bezocht een grootmoeder met haar kleindochter een begraafplaats in het westelijk deel van de provincie Noord-Brabant. Toen grootmoeder aldaar tegen een grafmonument leunde, viel dit om en verwondde de kleindochter. Deze gebeurtenis leidde tot het vonnis van de Rechtbank Breda van 31 augustus 1993, *NJ* 1995, 335. De rechtbank besliste dat een grafmonument naar zijn aard bestemd is om duurzaam met de grond verenigd te zijn en derhalve geldt als een gebouw in de zin van artikel 1405 (oud) BW. Dit artikel bevatte een bepaling over de kwalitatieve aansprakelijkheid van de eigenaar van een gebouw voor schade door gehele of gedeeltelijke instorting ten gevolge van gebreken in het gebouw. Vergelijk het huidige artikel 6:174 BW. De rechtbank oordeelde dat de eigenares van de begraafplaats als eigenares van de grond en het daarbij behorende grafmonument op grond van artikel 1405 (oud) BW aansprakelijk is voor de door de kleindochter geleden schade. Deze beslissing van de Rechtbank Breda is voor de Stichting R.K. Begraafplaats St. Barbara (hierna: St. Barbara) en het kerkgenootschap Het Aartsbisdom Utrecht c.s. (hierna: Aartsbisdom c.s.) aanleiding geweest voor de onderhavige proefprocedure die duidelijkheid zou moeten verschaffen omtrent de eigendom van graftekens op 'eigen graven'.

### 2 Casus

St. Barbara is eigenares van de katholieke begraafplaats St. Barbara te Utrecht. Zij heeft aan het Aartsbisdom en aan ieder van de andere verweerders in cassatie een uitsluitend recht op een graf als bedoeld in artikel 28 lid 1 Wet op de lijkbezorging (Wlb) verleend. De termijnen waarvoor deze uitsluitende rechten zijn verleend, verschillen. Op de overeenkomsten ('grafakten') waarbij de uitsluitende grafrechten zijn verleend, zijn van toepassing de

Algemene Voorwaarden neergelegd in het 'Reglement' van St. Barbara. Het Reglement bepaalt onder meer dat het bestuur van St. Barbara uitsluitend aan rechthebbenden vergunning kan verlenen om graftekens op eigen graven te doen aanbrengen. Voorts bepaalt artikel 38 van het Reglement met zoveel woorden dat graftekens eigendom zijn van de rechthebbende (zijnde degene aan wie het uitsluitende recht op een graf is verleend). Het Aartsbisdom en de andere verweerders in cassatie hebben op hun 'eigen graven' graftekens aangebracht.

St. Barbara en het Aartsbisdom c.s. hebben hun geschil bij wijze van prorogatie aan het Hof te Amsterdam voorgelegd. Daarbij vorderde St. Barbara voor recht te verklaren dat het Aartsbisdom en de andere rechthebbenden eigenaar zijn van de denktekens op hun respectieve eigen graven. Zij vorderde voorts het Aartsbisdom c.s. te gebieden zich als eigenaar te gedragen en gaf daarbij aan dat partijen op deze manier een principiële uitspraak wensten te verkrijgen. Het Hof wijst de vordering van St. Barbara af. De Hoge Raad verwerpt vervolgens het cassatieberoep. Uit de hierna geciteerde overwegingen van de Hoge Raad blijkt waarom Hof en Hoge Raad aldus hebben beslist.

### 3 Overwegingen Hoge Raad

3.1 Het gaat in deze zaak (...) om de vraag of graftekens geplaatst op graven waarop een uitsluitend recht op een graf is gevestigd als bedoeld in artikel 28 lid 1 Wet op de lijkbezorging (Wlb), welke graven hierna ook worden aangeduid als 'eigen graven', in eigendom toebehoren aan de rechthebbenden op het grafrecht (het Aartsbisdom c.s.), dan wel aan de eigenaar van de grond (St. Barbara).

3.2 Het Hof heeft het standpunt van St. Barbara, te weten dat de rechthebbenden op het grafrecht eigenaar zijn van de graftekens, verworpen. Met het Aartsbisdom c.s. was het Hof van oordeel dat de onderhavige graftekens moeten worden aangemerkt als werken die duurzaam met de grond zijn verenigd in de zin van artikel 5:20 BW in ver-

## Annotaties

binding met artikel 3:3 BW en derhalve in eigendom toebehoren aan de eigenaar van de grond. Hetgeen het Hof daartoe heeft overwogen kan als volgt worden samengevat. De eigendom van graftekens dient, nu bijzondere wetgeving op dit stuk ontbreekt, te worden beoordeeld op grond van de in het Burgerlijk Wetboek opgenomen bepalingen inzake eigendom(sverkrijging) (rov. 3.5). Graftekens kunnen niet worden aangemerkt als bestanddeel – in de zin van artikel 3:4 BW – van de grond van de begraafplaats. Anders dan voor de vraag of iets een bestanddeel is, kunnen verkeersopvattingen niet worden gebezigd als zelfstandige maatstaf voor de beoordeling van de vraag of een zaak roerend of onroerend is. Zij zijn evenmin op zichzelf beslissend voor het antwoord op de vraag aan wie de eigendom van een bepaalde zaak toekomt (rov. 3.7 en 3.8). Ook terzake van de interpretatie van het begrip 'duurzaamheid' dient het beroep van St. Barbara op de volgens haar daaromtrent te dezen heersende verkeersopvattingen te worden verworpen. Verkeersopvattingen kunnen in aanmerking worden genomen in gevallen waarin onzekerheid blijkt te bestaan of een object kan worden beschouwd als duurzaam met de grond verenigd. Buiten twijfel is echter dat de graftekens, volgens de bedoeling van het Aartsbisdom c.s. als door hen gesteld, op de graven zijn geplaatst als duurzaam herinneringstekens. Deze bedoeling en bestemming zijn op grond van de aard en de inrichting van de graftekens – te weten als gedenkteken ter plaatse waar de overledene veelal gedurende vele (tientallen) jaren begraven ligt – voor een ieder naar buiten kenbaar (rov. 3.10). De stelling van St. Barbara, dat het in artikel 28 Wlb vastgelegde grafrecht naar zijn aard voor bepaalde tijd geldt en dat in dat licht bezien graftekens naar algemene verkeersopvatting niet kunnen worden aangemerkt als duurzaam met de grond verenigd, moet worden verworpen. Deze stelling is niet verenigbaar met het uitgangspunt van de Wet op de lijkbezorging dat een uitsluitend recht op een graf voor onbepaalde tijd of voor een bepaalde tijd kan worden gevestigd. Aan de duurzame bestemming van de graftekens kan niet afdoen dat de grafrechten waarover het hier gaat voor 80, 10 (ingevolge artikel 28 lid 1 Wlb dient een uitsluitend recht op een graf overigens voor ten minste 20 jaren te worden verleend), 20 en 40 jaren zijn verleend, met de mogelijkheid van verlenging van telkens 10 jaren. Evenmin kan daaraan afdoen dat graftekens doorgaans gemakkelijk kunnen worden verplaatst of weggenomen (rov. 3.11 en 3.12). Onvoldoende gesteld is ten slotte dat het Aartsbisdom c.s. een opstalrecht hebben of aan enig ander rechtsfeit een recht ontlenen om in of op de grond van St. Barbara werken (als de graftekens) in eigendom te hebben (rov. 3.14).

3.3.1 De onderdelen I.1.2 en I.1.3 – I.1.1 behelst een inleiding – keren zich tegen 's Hof's oordelen dat de eigendom van graftekens op eigen graven bij gebreke van bijzondere wetgeving op dit stuk dient te worden beoordeeld op grond van hetgeen in het Burgerlijk Wetboek is bepaald inzake eigendom(sverkrijging) en dat onvoldoende gesteld is dat het Aartsbisdom c.s. aan enig ander rechtsfeit het recht ontlenen om in of op de grond van St. Barbara graftekens in eigendom te hebben. De onderdelen komen erop neer dat het Hof blijkens deze oordelen heeft miskend dat een uitsluitend recht op een graf in zin van artikel 28 lid 1 Wlb een zakelijk recht is waarvan de inhoud mede wordt bepaald door hetgeen partijen terzake overeenkomen, dat die inhoud hier aldus nader is bepaald dat ingevolge het toepasselijke Reglement de eigendom van de graftekens bij het Aartsbisdom c.s. berust en dat derhalve arti-

kel 28 lid 1 Wlb zoals nader vormgegeven in het Reglement 'anders bepaalt' in de zin van artikel 5:20 aanhef BW, zodat natrekking van de graftekens van het Aartsbisdom c.s. reeds om deze reden niet kan plaatsvinden.

3.3.2 Het uitsluitend recht op een graf als bedoeld in artikel 28 lid 1 Wlb verleent de rechthebbende het recht in het desbetreffende graf een of meer stoffelijke overschotten te begraven en begraven te houden. Zoals ook door de Minister van Justitie tot uitdrukking is gebracht bij de behandeling van het ontwerp van Wet houdende nieuwe bepalingen inzake de lijkbezorging (Handelingen I 1987/88, p. 30-1257), verschaft dit uitsluitend recht niet de eigendom van het graf. Eigenaar van het graf blijft de eigenaar van de grond waarin of waarop het graf is geplaatst. De Wet op de lijkbezorging bepaalt niets omtrent de eigendom van op (eigen) graven geplaatste graftekens. De regel van artikel 5:20 BW, dat de eigendom van de grond gebouwen en werken omvat die duurzaam met de grond zijn verenigd, geldt 'voor zover de wet niet anders bepaalt'. Van deze natrekingsregel kan derhalve alleen bij wet in formele zin worden afgeweken, maar, zoals volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen, in de Wet op de lijkbezorging wordt noch ten aanzien van het eigen graf, noch ten aanzien van de daarop geplaatste graftekens van deze regel afgeweken. Dat de nadere invulling van het grafrecht is overgelaten aan de praktijk, brengt – anders dan de toelichting op de onderdelen betoogt – niet mee dat de in het Reglement opgenomen uitzondering op die regel kan gelden als een in genoemde wet zelf voorziene uitzondering. De onderdelen I.1.2 en I.1.3 falen derhalve.

3.4.1 De klachten van onderdeel II zijn gericht tegen hetgeen het Hof in zijn rov. 3.7 heeft overwogen met betrekking tot de betekenis van verkeersopvattingen voor het antwoord op zowel de vraag of een zaak roerend of onroerend is als de vraag aan wie de eigendom van een bepaalde zaak toekomt. De klachten komen erop neer dat, hoewel verkeersopvattingen niet kunnen worden gebezigd als zelfstandige maatstaf, zij onder omstandigheden wel kunnen verhinderen dat natrekking plaatsvindt via de kwalificatie van de desbetreffende zaak als onroerend, namelijk indien de verkeersopvattingen zich nadrukkelijk ertegen verzetten om een bepaalde zaak te beschouwen als bestanddeel van een andere zaak, hetgeen bij de graftekens ten opzichte van de grond het geval is. De klachten van onderdeel III keren zich vervolgens tegen 's Hof's oordeel dat de graftekens op de eigen graven van het Aartsbisdom c.s. moeten worden aangemerkt als werken die duurzaam met de grond zijn verenigd in de zin van artikel 5:20 in verbinding met artikel 3:3 BW, nu buiten twijfel is dat de graftekens volgens de naar buiten kenbare bedoeling van het Aartsbisdom c.s. op de eigen graven zijn geplaatst als duurzaam herinneringstekens.

3.4.2 Het Hof heeft de vraag of graftekens als die van het Aartsbisdom c.s. duurzaam met de grond zijn verenigd in de zin van artikel 5:20 in verbinding met artikel 3:3 BW, beoordeeld naar de juiste, door de Hoge Raad in zijn arrest van 31 oktober 1997, nr. 16404, *NJ* 1998, 97, aanvaarde maatstaven. 's Hof's oordeel dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip 'duurzaam met de grond verenigd' in voormelde wetsartikelen noch omtrent het begrip 'naar aard en inrichting bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven', welk begrip een rol kan spelen – en in dit geval ook heeft gespeeld – bij de beantwoording van

de vraag of een gebouw of werk duurzaam met de grond verenigd is. Voormeld oordeel is ook alleszins toereikend gemotiveerd. Met juistheid heeft het Hof overwogen dat verkeersopvattingen in dit verband niet in aanmerking kunnen worden genomen nu buiten twijfel is dat de graftekens gezien hun voor een ieder naar buiten kenbare aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven. Dit ontbreken van twijfel is, anders dan met name in onderdeel III.3.4 wordt betoogd, geenszins onverenigbaar met de vaststelling van het Hof dat graftekens, waarbij het Hof kennelijk ook de onderhavige tekens op het oog heeft, geleet op de veelal beperkte fundering of zelfs het ontbreken daarvan, doorgaans gemakkelijk kunnen worden verplaatst of weggenomen. Juist is evenzeer het oordeel van het Hof dat aan de duurzaamheid van de bestemming niet kan afdoen dat de onderhavige grafrechten voor bepaalde tijd – onderscheidenlijk 80, (in strijd met het bepaalde in artikel 28 lid 1 Wlb) 10, 20 en 40 jaren – zijn verleend. Op het vorenstaande stuiten alle klachten af. Zowel die van onderdeel II, dat overigens uitgaat van de onjuiste opvatting dat de omstandigheid dat een werk naar verkeersopvattingen geen bestanddeel van de grond is in de zin van artikel 3:4 BW, van betekenis is voor de beantwoording van de vraag of dat werk duurzaam met de grond is verenigd, als die van onderdeel III. Dit laatste onderdeel mist bovendien feitelijke grondslag voorzover het tot uitgangspunt neemt dat in 90% van de gevallen het uitsluitend recht op een graf na een periode van 20 jaar niet wordt verlengd.

4 Beslissing. De Hoge Raad: verwerpt het beroep; veroordeelt St. Barbara in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van het Aartsbisdom c.s. begroot op nihil.

## NOOT

### 4 *Verschillende vragen*

Verschillende vragen kunnen worden onderscheiden:

- Wat houdt een 'uitsluitend recht op een graf' als bedoeld in artikel 28 lid 1 Wlb in?
- Wie is eigenaar van het graf?
- Wie is eigenaar van het grafteken?
- Heeft de rechthebbende op het 'eigen graf' aanspraken op het door hem geplaatste grafteken?

Na bespreking van deze vragen zal ik ingaan op het door de Hoge Raad bij de natrekking gebezigde criterium 'duurzaam met de grond verenigd'.

### 5 *'Eigen graf(recht)' en eigendom graf*

Een uitsluitend recht op een graf als bedoeld in artikel 28 Wlb (een 'eigen grafrecht') geeft de rechthebbende het recht in het desbetreffende graf één of meer stoffelijke overschotten te begraven en voor onbepaalde tijd of bepaalde tijd van tenminste twintig jaren begraven te houden. Een graf waarop een dergelijk recht is gevestigd, wordt ook wel een 'eigen graf', een gereserveerd graf, een koopgraf of een familiegraf genoemd; vergelijk Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten (2002), nr. 259. Een uitsluitend recht op een graf moet wor-

den aangemerkt als een beperkt recht in de zin van artikel 3:8 BW. Het is een beperkt zakelijk recht dat uitsluitend schriftelijk kan worden gevestigd. Het is echter geen registergoed (artikel 28 lid 1 Wlb, laatste volzin). Het kan dus niet in de openbare registers worden ingeschreven. In haar conclusie voor het hier besproken arrest suggereert A-G De Vries Lentsch-Kostense dat het 'eigen grafrecht' verwant is aan het recht van erfdiensbaarheid. Dit lijkt mij onjuist, alleen al omdat er een heersend erf ontbreekt. Het uitsluitend recht op een graf vertoont daarentegen wel verwantschap met het recht van opstal. Het verschaft aan de gerechtigde immers de bevoegdheid in of op andermans grond één of meer stoffelijke overschotten in een graf te begraven en begraven te houden. De rechthebbende van een uitsluitend recht op een graf is geen eigenaar van het graf. De eigendom van het graf berust bij de eigenaar van de grond waarin of waarop het graf is geplaatst. Zie r.o. 3.3.2, waarin de Hoge Raad verwijst naar de wetsgeschiedenis.

Een graf waarop een uitsluitend recht op een graf in de zin van artikel 28 Wlb rust, moet worden onderscheiden van een zogenoemd algemeen graf. Een algemeen graf wordt ook wel 'huurgraf' genoemd. Bij dergelijke graven berust de bevoegdheid om één of meer stoffelijke overschotten in andermans grond te doen begraven of begraven te houden niet op een goederenrechtelijk recht, maar op een persoonlijk recht. Zie hierover W.G.H.M. van der Putten, *Handboek Wet op de lijkbezorging*, 1993.

### 6 *Eigendom grafteken*

De hier besproken proefprocedure ging niet over de vraag wie eigenaar is van een 'eigen graf', maar zij werd aangespannen om duidelijkheid te krijgen over de vraag wie eigenaar is van een op een 'eigen graf' geplaatst grafteken. In een brief van 4 februari 2000 van het Interkerkelijk Contact in Overheidszaken aan de Minister van Binnenlandse Zaken wordt over de eigendomsvraag onder meer het volgende opgemerkt:

'In de praktijk van het beheer van begraafplaatsen wordt, zowel door de bijzondere als door de algemene begraafplaatsen, aangenomen dat graftekens altijd eigendom blijven van de rechthebbende. Alleen indien deze daar nadrukkelijk afstand van heeft gedaan, kan dit anders zijn.

De vraag wie eigenaar is van de graftekens, is in diverse opzichten een belangrijke. Niet alleen in verband met de aansprakelijkheid en het onderhoud, doch ook en met name in verband met de emotionele waarde die nabestaanden hechten aan de grafbekleding. Stenen worden doorgaans met grote zorgvuldigheid uitgezocht en zijn een persoonlijke uitdrukking van nabestaanden; graven worden in de meeste gevallen door de nabestaanden onderhouden. Aangenomen moet worden dat de nabestaanden niet aan-

## Annotaties

waarden, zelfs niet zullen begrijpen, dat door hen uitgezochte en betaalde stenen door de enkele plaatsing op het graf van eigenaar veranderen.'

De hiervoor genoemde uitspraak van de Rechtbank Breda, waarin wordt aangenomen dat graftekens door natrekking eigendom worden van de eigenaar van de grond, staat echter haaks op hetgeen in de regel in de praktijk van het beheer van begraafplaatsen wordt aangenomen (rechthebbende op het graf is eigenaar van het grafteken). Men wilde door deze proefprocedure duidelijkheid verkrijgen. Die is er thans. Hof en Hoge Raad nemen aan dat de graftekens in het onderhavige geval in eigendom toebehoren aan St. Barbara, omdat deze duurzaam met de grond zijn verenigd in de zin van artikel 5:20 jo. artikel 3:3 BW. Het feit dat artikel 38 van het Reglement van St. Barbara bepaalt dat de graftekens eigendom zijn van de rechthebbende op het 'eigen graf' doet daaraan niet af.

### 7 Kanttekeningen

Aan enkele onderdelen uit de overwegingen van de Hoge Raad besteed ik hierna aandacht.

Nadat de Hoge Raad heeft overwogen dat artikel 28 lid 1 Wlb aan de rechthebbende van een 'eigen graf' niet de eigendom van dit graf verschaft, stelt hij vast dat de Wet op de lijkbezorging niets bepaalt omtrent de eigendom van op (eigen) graven geplaatste graftekens. Deze vaststelling is niet vanzelfsprekend. Het uitsluitend recht op een graf vertoont immers verwantschap met het recht van opstal. Vergelijk Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten, nr. 259. Men had aldus kunnen redeneren dat dit aan het recht van opstal verwante beperkte recht niet alleen het recht geeft om stoffelijke overschotten in andermans grond te doen begraven en begraven te houden, maar ook om op die grond graftekens te hebben. De eventuele natrekking van de graftekens zou dan door dit uitsluitend recht van opstal worden doorbroken. Gezien zijn ro. 3.3.1 en 3.3.2 lijkt de Hoge Raad niet voor een dergelijke benadering te voelen.

Omdat een bijzondere wettelijke bepaling over de eigendom(sverkrijging) van graftekens ontbreekt, dient op grond van de algemene regels uit het BW omtrent eigendomsverkrijging te worden beoordeeld wie de eigenaar van de graftekens is. Het Hof is van oordeel dat graftekens niet kunnen worden aangemerkt als bestanddeel – in de zin van artikel 3:4 BW – van de grond. Dit oordeel komt in cassatie niet meer aan de orde. Wel moet de Hoge Raad oordelen over de beslissing van het Hof dat de graftekens moeten worden aangemerkt als werken die duurzaam met de grond zijn verenigd in de zin van artikel 5:20 BW in verbinding met artikel 3:3 BW en derhalve in eigendom toebehoren aan de eigenaar van de grond. Of de graftekens

duurzaam met de grond zijn verenigd in de zin van deze bepalingen moet, aldus de Hoge Raad, worden beoordeeld naar de maatstaven die de Hoge Raad in het Portacabin-arrest van 13 oktober 1997, *NJ* 1998, 97; *AA* 1998, p. 101, heeft gegeven. Het Hof heeft dit in casu ook gedaan en zijn beslissing dat de graftekens op grond van natrekking tot de eigendom van de grond behoren, getuigt volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting. Zoals uit het Portacabin-arrest en de onderhavige uitspraak blijkt, moet een onderscheid gemaakt worden tussen het begrip 'duurzaam met de grond verenigd' en het begrip 'naar aard en inrichting bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven'. Bij de beantwoording van de vraag of een gebouw of werk (zoals een grafteken) duurzaam met de grond is verenigd kan het tweede begrip (naar aard en inrichting bestemd om ter plaatse te blijven) een rol spelen. Volgens de Hoge Raad was dit in casu ook het geval. De verkeersopvattingen bepalen niet, althans niet in de eerste plaats, of een gebouw of werk duurzaam met de grond is verenigd. Evenmin bepalen de verkeersopvattingen of een gebouw of werk naar aard en inrichting bestemd is om ter plaatse te blijven. Indien over dit laatste twijfel bestaat, kunnen de verkeersopvattingen wel van betekenis zijn. Hof en Hoge Raad zijn echter van oordeel dat buiten twijfel is dat de graftekens gezien hun voor ieder naar buiten kenbare aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven. Dit wordt niet anders door het gegeven dat graftekens doorgaans gemakkelijk kunnen worden verplaatst of weggenomen, omdat zij beperkt zijn gefundeerd of een fundering zelfs geheel ontbreekt. Evenmin kan aan de duurzaamheid van de bestemming afdoen dat de onderhavige grafrechten voor bepaalde tijd (20 jaren of meer) zijn verleend. Ik kom hierna nog terug op het door de Hoge Raad gehanteerde criterium duurzaamheid van de bestemming. Eerst wil ik nog een enkel woord besteden aan de positie van de rechthebbende op het 'eigen graf'.

### 8 Positie rechthebbende op het 'eigen graf'

Uit de uitspraak van de Hoge Raad volgt dat de rechthebbende op een 'eigen graf' geen eigenaar is van het door hem op dat graf geplaatste gedenkteken. De wijze van verbinding van het gedenkteken met de grond is daarbij niet van belang. Het gedenkteken behoort tot de eigendom van de grond. Het is bestanddeel van de grond. Eigenaar van het gedenkteken is derhalve de grondeigenaar. Dit betekent ook dat de grondeigenaar ex artikel 6:174 BW kwalitatief aansprakelijk is voor schade die derden lijden als gevolg van gebreken van graftekens. In de regel zal de aansprakelijke grondeigenaar echter een regresrecht hebben op de rechthebbende op het 'eigen graf'. In de voorwaarden

die deel uitmaken van de rechtsverhouding tussen de begraafplaats en de rechthebbende op het 'eigen graf' zal doorgaans zijn bepaald dat de verplichting tot onderhoud van het grafteken rust op de rechthebbende op het 'eigen graf'. Ook het Reglement van St. Barbara bevat zo'n bepaling. Indien het gebrek aan het grafteken dat heeft geleid tot de schade, is veroorzaakt door onvoldoende onderhoud zal de eigenaar die aansprakelijk is gesteld, zich vervolgens op de rechthebbende op het 'eigen graf' kunnen verhalen, omdat deze in gebreke is gebleven bij de nakoming van zijn onderhoudsverplichting. Bij het einde van het recht op een 'eigen graf' blijft het grafteken tot de eigendom van de grondeigenaar behoren. Partijen kunnen echter wel in de overeenkomst waarbij het grafrecht wordt gevestigd, bepalen dat de rechthebbende gerechtigd is bij het einde van het 'eigen grafrecht' het gedenkteken weg te nemen.

#### 9 Bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven

In mijn annotatie in dit blad onder het Portacabin-arrest heb ik aangegeven dat de Hoge Raad het criterium 'duurzaam met de grond verenigd' te ruim uitlegt. In het onderhavige arrest en in een andere in oktober 2002 gegeven uitspraak (HR 4 oktober 2002, *RvdW* 2002, 154 (Stok/De Staat)) volgt de Hoge Raad de lijn uit het Portacabin-arrest. Het is een lijn die de nieuw BW-wetgever naar mijn idee niet heeft gewild en die ook op gespannen voet staat met andere jurisprudentie van de Hoge Raad. Door aan te nemen dat zaken die naar aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven, duurzaam met de grond verenigd zijn in de zin van artikel 5:20 BW, worden vrijwel alle hulpzaken nagetrokken op grond van artikel 5:20 BW. Het lijkt geen twijfel dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest om de vroegere hulpzaken thans onroerend en door natrekking bestanddeel van de grond te laten zijn. Zie hierover A-G Hartkamp in zijn conclusie onder nr. 12 bij HR 15 november 1991, *NJ* 1993, 316, *AA* 1992, p. 284 (Depex/Curatoren), mijn eigen beschouwingen in respectievelijk *WPNR* 5855 (1988), p. 710, *Preadviezen* uitgebracht voor de Vereniging van Burgerlijk Recht 1997, p. 22 e.v., *AA*-annotaties onder *ABN Amro/Ontvanger* (HR 14 mei 1993, *NJ* 1993, 658, *AA* 1994, p. 104) en het Portacabin-arrest, en H.W. Heijman, in de bundel *Open normen in het goederenrecht*, Den Haag 2000, p. 105. Voor hulpzaken geldt vrijwel steeds dat deze naar aard en inrichting bestemd zijn om ter plaatse te blijven. Men denke bijvoorbeeld aan machines in een fabriek op een betonnen sokkel, aan een bovenloopkraan die vast zit aan een ijzeren balk in een bedrijfshal, of aan havenkranen bij een elektriciteitscentrale. Onder het oude recht betrof het hier hulpzaken die naar de bedoeling van de wetgever

onder het nieuwe recht in beginsel zelfstandige roerende zaken zijn. Wanneer we echter het criterium uit het Portacabin-arrest en het onderhavige arrest toepassen, moet worden geconstateerd dat deze hulpzaken naar aard en inrichting bestemd zijn om ter plaatse te blijven, dat deze bestemming naar buiten kenbaar is en dat op grond daarvan moet worden aangenomen dat deze zaken duurzaam met de grond zijn verenigd. Zij maken dan deel uit van de eigendom van de grond en dienen in die benadering als bestanddeel van de grond en niet als zelfstandige roerende zaken te worden aangemerkt. De wijze waarop de Hoge Raad het criterium naar aard en inrichting bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven hanteert, valt ook moeilijk te rijmen met de jurisprudentie van de Hoge Raad over de bestanddeelvorming volgens de verkeersopvatting (artikel 3:4 lid 1 BW). De Hoge Raad heeft bij herhaling geoordeeld dat een zaak alleen dan naar verkeersopvatting een bestanddeel vormt van een andere zaak, de hoofdzaak, indien die hoofdzaak zonder het bestanddeel als niet-compleet moet worden beschouwd. Zie bijvoorbeeld HR 26 maart 1936, *NJ* 1936, 757 (Sleepboot Egberta); HR 11 december 1953, *NJ* 1954, 115; *AA* 1954, p. 115 (Stafmateriaal) en in het bijzonder HR 15 november 1991, *NJ* 1993, 316, *AA* 1992, p. 284 (Depex/Curatoren). In het laatste arrest ging het over de vraag of distillatie-apparatuur moet worden aangemerkt als bestanddeel van een fabrieksgebouw. De Hoge Raad overweegt:

'Mocht het hof hebben bedoeld dat de omstandigheid dat de apparatuur essentieel is voor het naar behoren functioneren van de in het gebouw gevestigde farmaceutische productie-inrichting, meebrengt dat de apparatuur bestanddeel is van "de fabriek", dan is het eveneens van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan, hetzij door ten onrechte niet het fabrieksgebouw maar de daarin gevestigde productie-inrichting als de hoofdzaak aan te merken (...), hetzij door bij het beantwoorden van de vraag of de apparatuur naar verkeersopvatting bestanddeel van het gebouw is ten onrechte doorslaggevende betekenis toe te kennen aan de rol die de apparatuur vervult in het productieproces.'

Apparatuur die een centrale rol vervult in het productieproces, zal doorgaans naar aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven. Dat geldt voor de distilleer-apparatuur in de Depex-zaak, maar bijvoorbeeld ook voor de computergestuurde zaai-installatie in de gebouwen van een kwekersbedrijf. Zie HR 27 november 1991, *NJ* 1993, 317. Vergelijk ook HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 397 over de straalcabine in een bedrijfshal voor het stralen van vrachtwagens. Niet alleen de distilleer-apparatuur, maar ook de zaai-installatie en de straalcabine werden door de Hoge Raad niet als bestanddeel, maar als roerende zaken aangemerkt. Zou de beslissing in deze zaken een andere

zijn geweest indien een beroep was gedaan op natrekking op grond van artikel 5:20 BW jo. artikel 3:3 BW? Vergelijk Heijman, o.c., pp. 103-104. De recente rechtspraak van de Hoge Raad lijkt te dwingen tot een bevestigend antwoord. Dit zou betekenen dat apparatuur (machines, installaties en andere apparaten) die duurzaam bestemd is om te worden gebruikt in fabriekshallen en dergelijke en niet als bestanddeel in de zin van artikel 3:4 BW kan worden aangemerkt, toch bestanddeel van de grond met gebouw is door natrekking ex artikel 5:20 BW. Een dergelijke uitkomst is niet te rijmen met het bepaalde in artikel 3:254 BW en evenmin met artikel 77 Overgangswet NBW. Beide bepalingen gaan ervan uit dat dit soort apparatuur onder het huidige recht in de regel als roerende zaak moet worden aangemerkt. Zie over deze bepalingen mijn hiervoor genoemde publicaties in WPNR en *Ars Aequi* en de bovengenoemde boekbijdrage van Heijman.

Een dergelijke uitkomst is bovendien ongewenst. De wijze waarop de Hoge Raad sinds het Portacabin-arrest toepassing geeft aan de natrekkingsregel van artikel 5:20 BW kan ernstige problemen opleveren voor het financieringsverkeer. Veel apparatuur, bestemd om duurzaam te worden gebruikt in fabriekshallen en dergelijke, wordt gefinancierd als roerende zaken. Ik denk daarbij aan financial lease, levering onder eigendomsvoorbehoud of financiering door de bank met gelijktijdige vestiging van een pandrecht op de betreffende apparatuur. Indien moet worden aangenomen dat deze apparatuur op grond van artikel 5:20 BW wordt nagetrokken door de grond met fabriekshal, gaan de eigendomsrechten van de lessor en de leverancier respectievelijk het pandrecht van de bank dientengevolge teniet. Financiering van dergelijke zaken zal daardoor aanzienlijk moeilijker en kostbaarder worden. Wil men het financieringsverkeer niet onnodig belemmeren dan zal zowel bij de bestanddeelvorming op grond van artikel 3:4 BW als bij de natrekking op grond van artikel 5:20 BW terughoudendheid moeten worden betracht. De toepassing door de Hoge Raad van de natrekkingsregel van artikel 5:20 BW zal bovendien vaak een niet gerechtvaardigde (en door de wetgever niet beoogde) verrijking van de eigenaar van het bedrijfspand en de houder van een hypotheekrecht op dit pand tot gevolg hebben. Apparatuur die door de ruime uitleg van het begrip 'duurzaam met de grond verenigd' door de grond met fabrieksgebouw wordt nagetrokken, behoort dientengevolge immers tot de eigendom van de grond en valt als zodanig onder het hierop gevestigde hypotheekrecht. Onder het oude recht viel dergelijke apparatuur slechts onder het hypotheekrecht, indien deze ingevolge artikel 563 (oud) BW als hulpzaak door bestemming onroerend was geworden. Dit

was slechts mogelijk, indien de eigenaar van de grond met fabriekspand (de hoofdzaak) tevens eigenaar was van de apparatuur (de hulpzaak). Zie o.a. HR 14 mei 1993, *NJ* 1993, 658, *AA* 1994, p. 104. Indien de eigendom van de grond met fabriekspand en die van de apparatuur niet in één hand was, bijvoorbeeld in geval van financial lease of eigendomsvoorbehoud met betrekking tot de apparatuur, bleef deze ook na installatie in het fabrieksgebouw in beginsel roerend en viel als zodanig niet onder het hypotheekrecht. Ook de overheid krijgt in de benadering van de Hoge Raad een niet gerechtvaardigd voordeel in de schoot geworpen. Doordat de eigendom van de grond ook bedoelde apparatuur – die zeer waardevol kan zijn – omvat, wordt de waarde van de grond (aanzienlijk) hoger. Dat dit gevolgen heeft voor de onroerende zaaksbelasting en bepaalde andere heffingen, moge duidelijk zijn.

Ik zou zowel een restrictieve uitleg van de bepaling van artikel 3:4 BW als van de bepaling van artikel 5:20 BW willen bepleiten. Via de Depex-benadering heeft de rechter dit bij de uitleg van artikel 3:4 BW op de juiste wijze gedaan. Dat geldt echter niet voor de Portacabin-benadering bij de uitleg van artikel 5:20 BW. Zaken die – naar buiten kenbaar – bestemd zijn om ter plaatse te blijven, worden door de Hoge Raad ten onrechte enkel op grond van die bestemming aangemerkt als 'duurzaam met de grond verenigd' in de zin van artikel 5:20 en 3:3 BW. Het bestemmingscriterium biedt geen goede maatstaf voor natrekking door de grond. Vgl. Heijman, o.c. Het is veel te ruim. Anders dan de Hoge Raad zou ik bij de uitleg van artikel 5:20 en artikel 3:3 BW veel meer de nadruk willen leggen op het 'duurzaam met de grond *verenigd* zijn'. Door meer de nadruk te leggen op de verbinding met de grond, kan men tot een gewenste beperking komen. Voor natrekking ingevolge artikel 5:20 BW is slechts plaats indien de verbinding met de grond niet kan worden verbroken zonder schade van betekenis aan de grond of aan de gebouwen en werken die daarmee zijn verenigd. Is een dergelijke verbreking zonder schade van betekenis wel mogelijk, dan zijn de betreffende gebouwen en werken in beginsel roerende zaken, tenzij deze op grond van de verkeersopvatting moeten worden aangemerkt als een bestanddeel in de zin van artikel 3:4 BW.

#### 10 Een onbevestigende uitspraak

De weg die de Hoge Raad is opgegaan bij de uitleg van de natrekkingsregel van artikel 5:20 BW in het Portacabin-arrest, wordt ook in de onderhavige uitspraak gevolgd. Naar mijn oordeel is deze weg niet begaanbaar. Zij leidt tot resultaten die in strijd zijn met de bedoeling van de wetgever en vaak niet verenigbaar zijn met de jurisprudentie van de Ho-

ge Raad over bestanddeelvorming in de zin van artikel 3:4 BW. In het onderhavige geval heeft het volgen van deze weg tot een onbevredigende uitkomst geleid. Op grond van een aanvechtbare juridisch-technische redenering komt de Hoge Raad tot een resultaat dat geenszins spoort met de prak-

tijk van het beheer van begraafplaatsen; een resultaat dat bovendien te ver afstaat van de maatschappelijke werkelijkheid en veel onbegrip zal veroorzaken. Men leze nogmaals het hiervoor onder nr. 6 opgenomen citaat uit een brief van het Interkerkelijk Contact in Overheidszaken. ✂