

Annotatie bij HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1 en HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:12

Verhouding tussen eigendom, opstalrecht en overeenkomst bij netwerken en transformatoren

prof. mr. J.W.A. Biemans¹

1. Inleiding

Aan het begin van dit jaar heeft de Hoge Raad twee vermogensrechtelijke arresten² gewezen over de onderlinge verhouding tussen eigendom, opstalrecht en bepaalde overeenkomsten met betrekking tot netwerken en transformatoren. Beide arresten zijn gewezen op 5 januari 2018 en zijn gewezen tussen dezelfde personen, namelijk Chemours Netherlands B.V. (voorheen handelend onder de naam Du Pont de Nemours (Nederland) B.V.) als eiseres tot cassatie ('Chemours'), en Stedin Netbeheer B.V. als verweerster in cassatie ('Stedin'). Het eerste arrest ziet op de in reconventie ingestelde vordering van Chemours tot verklaring voor recht dat drie bepaalde overeenkomsten in strijd zijn met de wet.³ Het tweede arrest betreft de vordering van Stedin tot veroordeling van Chemours tot het meewerken aan de vestiging van een opstalrecht met betrekking tot twee transformatoren (reële executie, art. 3:301 BW).⁴ Voor de beoordeling van de vordering in con-

ventie was het oordeel over de in reconventie ingestelde vordering van belang, vandaar de volgorde van beide arresten. Hieronder bespreek ik eerst de feiten en vervolgens de oordelen van de Hoge Raad. In beide arresten komt overigens zijdelings de vraag aan bod of de behandeling van het hoger beroep diende te worden aangehouden totdat een onherroepelijke beslissing was verkregen in twee – op de voet van art. 15 en 51 Elektriciteitswet 1998 ('EW') – bij de Autoriteit Consumenten en Markt gevoerde procedures,⁵ met beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. De Hoge Raad oordeelt dat het hof niet gehouden was tot aanhouding van de behandeling in zijn hoger beroep in afwachting van het resultaat van deze bestuursrechtelijke procedures, omdat de burgerlijke rechter weliswaar dient uit te gaan van de rechtsgeldigheid en rechtmatigheid van die besluiten, maar niet gebonden is aan de inhoudelijke overwegingen die aan de besluiten ten grondslag zijn gelegd⁶ en de besluiten bovendien een andere inhoud hebben dan de beslissingen die in de onderhavige civiele procedures

1. Prof. mr. J.W.A. Biemans is Hoogleraar Burgerlijk recht, i.h.b. Goederenrecht en Notarieel, Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger, Hof Amsterdam.

2. HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1, in cassatie op Hof Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:828, NTE 2016/34, m.nt. I. Brinkman & L. Baljon; en HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:12, in cassatie op Hof Den Haag 5 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:827.

3. HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1, JOR 2018/114, m.nt. S.E. Bartels.

4. HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:12, JOR 2018/115, m.nt. S.E. Bartels. De inhoud van de noot is identiek aan die van JOR 2018/114.

5. Over een verzoek van Desco om haar te ontslaan van de verplichting om een netbeheerder aan te wijzen voor het door haar op het bedrijventerrein verzorgd gesloten distributiesysteem, respectievelijk een geschil tussen Chemours en Stedin over de verschuldigheid van het systeemdiententariaf over de periode 2002-2011. Zie nader HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1, r.ov. 3.3.1 en 3.3.2.

6. Onder verwijzing naar HR 20 maart 2015, ECLI:NL:2015:661, NJ 2015/361, r.ov. 4.5.2 en HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128, NJ 2015/266).

worden gevorderd.⁷ Deze kwestie blijft verder buiten beschouwing.

2. Feiten

De relevante feiten, in beide arresten op hoofdlijnen in de kern dezelfde, zijn als volgt.⁸ Chemours heeft fabrieken op een bedrijventerrein in de gemeente Dordrecht. Op aan Chemours in eigendom toebehorende grond staan twee transformatoren die in 1970 zijn geplaatst door de gemeente Dordrecht, die toen voor de distributie van de elektriciteit zorg droeg. Het leveringscontract bepaalde onder andere dat de transformatoren eigendom van de gemeente bleven en dat zij door de gemeente zouden worden onderhouden. Eneco N.V. heeft de distributie van elektriciteit overgenomen en Stedin beheert – thans – het openbare elektriciteits- en gasnet. Over het door Stedin beheerde openbare net wordt vanuit een station elektriciteit met een spanning van 50 kV aangevoerd naar het bedrijventerrein van Chemours. Gezien vanuit het station is net vóór de transformatoren (de ‘primaire zijde’ van de transformatoren) een beveiliging aangebracht. In de transformatoren wordt de spanning teruggebracht tot 12,5 kV. De elektriciteit met verlaagde spanning wordt vanuit de transformatoren (de ‘secundaire zijde’ van de transformatoren) over twee railsystemen vervoerd naar een ‘Power Purchase Station’ (PPS), van waaruit de elektriciteit via kabels en leidingen over het bedrijventerrein wordt getransporteerd naar Chemours en een ander bedrijf.

In 1997 is op initiatief van Chemours de commanditaire vennootschap Dordrecht Energy Supply Company (‘Desco’) opgericht met het doel om in een warmtekrachtcentrale (WKC) ten behoeve van Chemours elektriciteit op te wekken en om zorg te dragen voor de distributie van elektriciteit op het bedrijventerrein via een op dat terrein aanwezig net van kabels en leidingen. Op basis van een door Chemours aan Desco verleend opstalrecht behoren in elk geval het PPS, de WKC en de daartussen gelegen leidingen in eigendom toe aan (de vennoten van) Desco.

In de loop van 2009 is met betrekking tot de transformatoren een geschil ontstaan tussen enerzijds Chemours en Desco en anderzijds Stedin. Chemours en Desco hebben zich op het standpunt gesteld dat de transformatoren als gevolg van natrekking aan Chemours toebehoren. Uit het arrest volgt overigens niet of het daarbij gaat om natrekking dan wel bestanddeelvorming door de grond van Chemours of het netwerk van Desco. Uiteindelijk hebben de betrokken partijen een drietal overeenkomsten

gesloten: (1) een overeenkomst van verhuur met betrekking tot de transformatoren tussen Stedin als verhuurster en Chemours als huurster (‘Verhuurovereenkomst’), waarin Chemours zich jegens Stedin verbindt tot medewerking aan de vestiging van een opstalrecht voor Stedin met betrekking tot de transformatoren; (2) een overeenkomst tussen Stedin en Chemours betreffende de aansluiting op het door Stedin beheerde openbare elektriciteitsnet en transport van elektriciteit naar die aansluiting door Stedin van elektriciteit (‘Aansluit/Transportovereenkomst’);⁹ en (3) een vaststellingsovereenkomst (‘Vaststellingsovereenkomst’) die mede is ondertekend door Desco en waarin onder meer is bepaald dat Chemours en Desco niet langer het eigendomsrecht van Stedin op de transformatoren en toebehoren betwisten en op het eerste verzoek zullen meewerken aan het vestigen van een zakelijk recht. Omdat Desco eerst zou worden geliquideerd, is Chemours als contractspartij bij de drie overeenkomsten opgetreden. Van dat liquideren is later afgezien.

Stedin heeft in conventie een vordering ingesteld tot veroordeling van Chemours tot het meewerken aan de vestiging van een opstalrecht met betrekking tot twee transformatoren. Chemours heeft daarop in reconventie een vordering ingesteld tot verklaring voor recht dat drie hiervoor genoemde overeenkomsten¹⁰ in strijd zijn met de wet, te weten de EW, de TarievenCode Elektriciteit (‘TC’) en art. 5:20 lid 2 BW.

3. Kern van de vordering in reconventie

Het arrest waarin de vordering in reconventie wordt beoordeeld gaat onder meer over de vraag of de transformatoren behoren tot een netwerk. Het antwoord op deze goederenrechtelijke vraag is uiteraard van belang voor de vraag wie de eigenaar is van de transformatoren. De transformatoren kunnen door natrekking dan wel bestanddeelvorming (art. 5:20 lid 1 jo 3:3 BW respectievelijk art. 3:4 jo 5:3 BW) eigenaar zijn van de eigenaar van de grond. Dat zou in dit geval Chemours zijn. Het is echter ook denkbaar dat de transformatoren door bestanddeelvorming onderdeel uitmaken van het netwerk van Stedin of van het netwerk van Desco (art. 5:20 lid 2 jo 3:4 BW). Of de transformatoren onderdeel uitmaken van een net van kabels en leidingen als bedoeld in art. 5:20 lid 2 BW, is ook van belang voor de verbintenisrechtelijke vraag of Chemours aan Stedin de vergoedingen verschuldigd is die zij in de Aansluit/Transportovereenkomst en de Verhuurovereenkomst heeft toegezegd aan Stedin

7. Zie HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1, r.ov. 3.4.1 en 3.4.2.

8. Zie beide arresten, r.ov. 3.1; voor een uitgebreidere beschrijving en het procesverloop, zie de conclusies van A-G Wuisman vóór de arresten (ECLI:NL:PHR:2017:1204 en ECLI:NL:PHR:2017:1205), randnummers 1.1 t/m 1.11 respectievelijk 1.1 t/m 1.12.

9. Met betrekking tot de Aansluit/Transportovereenkomst en de Verhuurovereenkomst is terugwerkende kracht tot het jaar 2000 overeengekomen.

10. Te weten, de Verhuurovereenkomst, de Aansluit/Transportovereenkomst en de Vaststellingsovereenkomst.

te zullen betalen.¹¹ Zoals hieronder zal blijken, staat de beantwoording van deze vragen los van elkaar. Uit de conclusie vóór het arrest¹² blijkt dat Chemours het uitgangspunt heeft aangehouden dat de twee transformatoren onderdeel zijn van een net, dat krachtens art. 5:20 lid 2 BW in eigendom aan Stedin toebehoort en door Stedin wordt beheerd respectievelijk aan Desco toebehoort en dat Desco exploiteert, en waarop het regime van de EW en de daarop gebaseerde regelingen, waaronder de TC, van toepassing zijn. Chemours heeft in verband met de Verhuurovereenkomst aangevoerd dat de daarin voor haar opgenomen verplichting om aan Stedin vergoedingen voor het ter beschikking stellen en onderhouden van de transformatoren te betalen, in strijd zou zijn met de bepalingen in de EW en TC inzake de door de netbeheerder aan te houden tarieven (art. 23, 24 en 28 EW). De aan de transformatoren verbonden kosten zijn kosten die een investering in het door Stedin beheerde net betreffen en zijn daarmee zogeheten 'diepe aansluitkosten', en deze kosten dienen volgens Chemours te worden verwerkt in het transporttarief, dat Stedin in rekening brengt aan allen die bij haar elektriciteit afnemen, en mogen niet afzonderlijk aan Chemours alleen in rekening worden gebracht (art. 27 lid 2 aanhef en sub e EW).¹³ Ter zake van de Aansluit/Transportovereenkomst voert Chemours kort gezegd aan dat niet zij, maar Desco als eigenaar van het net een aansluiting op het door Stedin beheerde net heeft, en daarom niet Chemours, maar Desco afnemer van elektriciteit van Stedin is, en daarom Stedin haar verplichting jegens Chemours tot aanvoer van elektriciteit niet kan nakomen (en dus geen aansluit- en transportkosten in rekening mag brengen).¹⁴ Omdat de voorgaande twee overeenkomsten in strijd met de wet zijn, komt ook de daarop gebaseerde Vaststellingsovereenkomst geen gelding toe.¹⁵

4. Eigendom van transformatoren, omvang van het netwerk en afzonderlijke verhuur van transformatoren

4.1. Oordeel van het hof

Het hof heeft de kwestie rondom de Verhuurovereenkomst als volgt beoordeeld. Het hof heeft geoordeeld dat Stedin krachtens de Vaststellingsovereenkomst eigenaar van de transformatoren is en

Chemours deze transformatoren van Stedin heeft gehuurd. Volgens het hof zijn de transformatoren noch krachtens art. 5:20 lid 2 BW, noch krachtens art. 3:4 BW bestanddeel geworden van 'een net van kabels en leidingen als bedoeld in art. 5:20 lid 2 BW' (het netwerk van Stedin). Het hof heeft in dat kader overwogen dat de begripsomschrijving van 'net' in de EW slechts van toepassing is binnen de reikwijdte van de EW. De overeenkomsten zijn derhalve, voor zover zij ertoe strekken de eigendom van de transformatoren vast te leggen, niet in strijd met de EW (r.ov. 6).

Het hof lijkt te veronderstellen dat Stedin op grond van de Vaststellingsovereenkomst de eigenaar is van de transformatoren. Indien een vaststellingsovereenkomst een vaststelling van een goederenrechtelijke situatie inhoudt, doet de vaststellingsovereenkomst niet zelf die goederenrechtelijke situatie ontstaan, maar verplicht zij tot het verrichten van die handelingen die nodig zijn om die rechtstoestand te doen ontstaan.¹⁶

De verhuur van de transformatoren door Stedin aan Chemours is volgens het hof niet in strijd met de EW. Het hof overweegt dat partijen blijkens de Aansluit/Transportovereenkomst zijn overeengekomen dat het overdrachtspunt van de elektriciteit zich na de elektriciteitsmeter bevindt. Daarom behoren volgens het hof de transformatoren niet tot het net van Stedin. De EW verzet zich niet tegen een dergelijke overeenkomst. Dit leidt ertoe dat de kosten van de transformatoren niet tot de zogenaamde diepe aansluitkosten behoren (r.ov. 7). De verhuur door Stedin van de transformatoren is niet in strijd met art. 17 EW. De wetgever heeft uitdrukkelijk beoogd eventuele extra's die nodig zijn om bijzondere aansluitingen mogelijk te maken, zoals transformatoren, niet te reguleren en de netbeheerder van die markt niet uit te sluiten. Gelet daarop heeft de (toenmalige) directeur van de Dienst uitvoering en toezicht Elektriciteitswet 1998 in zijn Toetsingskader Aansluittarieven opgenomen dat het plaatsen van een transformator tussen de beveiliging en de installatie van de afnemer wordt gezien als een vrije activiteit die door de netbeheerder kan worden uitgevoerd en waarvan de kosten niet door middel van het aansluittarief worden gedekt (r.ov. 8).

Omdat Stedin de eigenaar van de transformatoren is krachtens de Vaststellingsovereenkomst en de transformatoren niet onderdeel uitmaken van haar netwerk als bedoeld in de EW, kan Stedin (mede) hierom deze transformatoren afzonderlijk verhuren aan Chemours en daarvoor zogenaamde diepe aansluitkosten in rekening brengen zonder in strijd met de EW te handelen, zo lijkt uit het arrest te volgen.

11. Zie de conclusie van A-G Wuisman vóór het arrest (ECLI:NL:PHR:2017:1204), randnr. 2.9.

12. Zie de conclusie (ECLI:NL:PHR:2017:1204), randnr. 1.4. Uit het arrest volgt dit onvoldoende.

13. Zie de conclusie (ECLI:NL:PHR:2017:1204), randnr. 1.4.1.

14. Zie de conclusie (ECLI:NL:PHR:2017:1204), randnr. 1.4.2.

15. Zie de conclusie (ECLI:NL:PHR:2017:1204), randnr. 1.4.3.

16. Zie Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/158 e.v.; vlg. de conclusie (ECLI:NL:PHR:2017:1204), randnr. 2.21.1.

4.2. Hoge Raad over bestanddeelvorming en de rol van begripsvorming in bijzondere wetten

In cassatie komt Chemours op tegen het oordeel van het hof dat de transformatoren geen bestanddeel zijn van een net van kabels en leidingen als bedoeld in art. 5:20 lid 2 BW. Chemours klaagt dat het hof ten onrechte de EW niet van belang heeft geacht voor het antwoord op de vraag of de transformatoren bestanddeel zijn van zodanig net en op die grond in eigendom toebehoren aan de eigenaar van dat net. De Hoge Raad is het hiermee eens.¹⁷ Volgens de Hoge Raad betoogt het onderdeel terecht dat de EW van belang is voor het antwoord op de vraag wie eigenaar is van de transformatoren. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 5:20 lid 2 BW volgt dat de vraag wat behoort tot een net waarvan een definitie in een bijzondere wet is opgenomen, dient te worden beantwoord aan de hand van die definitie in die bijzondere wet. Deze definitie geeft in zoverre uitdrukking aan de heersende verkeersopvatting betreffende de vraag wat als bestanddeel van een net aangemerkt moet worden.¹⁸ Voor een net dat valt onder het regime van de EW, is derhalve de begripsomschrijving in art. 1 lid 1 onder i EW bepalend voor beantwoording van de vraag wat op grond van de verkeersopvatting als bestanddeel van dat net aangemerkt moet worden en op die grond in eigendom toebehoort aan de in art. 5:20 lid 2 BW aangewezen eigenaar van dat net, aldus de Hoge Raad. In art. 1 lid 1 onder i EW wordt de volgende begripsomschrijving van 'net' gegeven: '[E]én of meer verbindingen voor het transport van elektriciteit en de daarmee verbonden transformator-, schakel-, verdeel- en onderstations en andere hulpmiddelen, behoudens voor zover deze verbindingen en hulpmiddelen onderdeel uitmaken van een directe lijn of liggen binnen de installatie van een producent of van een afnemer.' In deze begripsomschrijving is uitdrukkelijk bepaald dat transformatoren, behoudens de vermelde uitzondering, behoren tot een net onder het regime van de EW. Ook voor beantwoording van de vraag wat naar verkeersopvatting behoort tot een

net dat is bestemd voor het transport van elektriciteit, maar dat niet valt onder het regime van de EW, kan betekenis toekomen aan het bepaalde in art. 1 lid 1 onder i EW. Die begripsomschrijving is in dat geval echter niet beslissend, aldus de Hoge Raad. Aldus kleurt de Hoge Raad de verkeersopvattingen – afhankelijk van het soort netwerk – dwingend in aan de hand van de beschrijving in de toepasselijke bijzondere wet. Op dezelfde wijze zullen ook bij andere netwerken, zoals telecommunicatienetten en waterleidingen, de bijzondere wetten die voor een sector gelden steeds invulling geven aan de verkeersopvatting bij de toepassing van art. 5:20 lid 2 jo. art. 3:4 BW.¹⁹

Het oordeel laat *in casu* de mogelijkheid open dat de transformatoren in eigendom toebehoren aan en tot het netwerk van Stedin behoren op grond van art. 5:20 lid 2 jo. 3:4 BW.

4.3. Hoge Raad over verhuur

Aan het gegeven dat de transformatoren mogelijk tot het netwerk van Stedin behoren verbindt de Hoge Raad niet de conclusies dat de Verhuurovereenkomst in strijd met de EW en EC is. Volgens de Hoge Raad kan de klacht over de bestanddeelvorming niet tot cassatie leiden wegens gebrek aan belang. De Hoge Raad overweegt dat het hof in rov. 8 heeft geoordeeld dat het plaatsen van een transformator tussen de beveiliging en de installatie van de afnemer, zoals in de Verhuurovereenkomst afgesproken, op zichzelf niet in strijd is met art. 17 EW en blijkens de wetsgeschiedenis een niet gereuleerde activiteit vormt, die ook door een netbeheerder kan worden uitgevoerd en waarvan de kosten niet door het aansluittarief worden gedekt. Daarom is de verhuur van de transformatoren door Stedin niet in strijd met art. 17 EW, aldus het hof. Tegen deze rechtsoverweging heeft Chemours geen klacht aangevoerd. Chemours heeft volstaan met de stelling dat r.ov. 8 voortbouwt op het oordeel van het hof over wat tot de eigendom van een net als bedoeld in art. 5:20 lid 2 BW behoort. Volgens de Hoge Raad staat het oordeel over – kort gezegd – wat tot de eigendom van een net behoort²⁰ echter los van de vraag of de verhuur van transformatoren door een netbeheerder in strijd is met art. 17 EW, waarover r.ov. 8 van 's hofs arrest gaat.²¹

17. Zie HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1, r.ov. 3.5.2 en 3.5.3.

18. Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 29 834, nr. 9, p. 7, *Kamerstukken II 2005/06*, 29 834, nr. 12, p. 2, 5 en 15, en *Kamerstukken I 2006/07*, 29 834, C, p. 2-3. Vgl. B.A.M. Janssen, "Horizontale" eigendom netten heeft wettelijke basis. Artikel 5:20 lid 2 BW, een lust of last voor de rechtspraktijk?, *NTBR 2007/45*, par. 4; J.P. van Loon & H.D. Ploeger, 'Registratie van de eigendom van kabel- en leidingnetwerken', in: *Energie en Eigendom* (Tweede Preadvies Nederlandse Vereniging voor Energierecht), Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2011, par. 5 (p. 62-63); P. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 5.4, die wel aandacht besteedt aan de verkeersopvattingen, maar niet ingaat op de rol van een bijzondere wet in het kader van de verkeersopvattingen.

19. S.E. Bartels in zijn noot in *JOR 2018/114* en *JOR 2018/115*, onder 3.

20. Of in de woorden van de Hoge Raad (r.ov. 3.6.2): 'het bestreden uitgangspunt van het hof dat de EW niet beoogt de eigendom van elektriciteitsnetten in de zin van de EW te regelen en dat de overeenkomsten derhalve, voor zover zij ertoe strekken de eigendom van de transformatoren vast te leggen, niet in strijd zijn met art. 1 lid 1 onder i EW.'

21. Zie HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1, r.ov. 3.6.2.

5. Gebruik door en elektriciteitsvoorziening aan een ander dan de contractspartij (huurder / afnemer) is mogelijk

Ten aanzien van de Aansluit/Transportovereenkomst heeft Chemours aangevoerd dat niet zij, maar Desco als eigenaar van het net een aansluiting op het door Stedin beheerde net heeft, en daarom niet Chemours, maar Desco afnemer van elektriciteit van Stedin is, en daarom Stedin haar verplichting jegens Chemours tot aanvoer van elektriciteit niet kan nakomen (en dus geen aansluit- en transportkosten in rekening mag brengen). Het hof gaat niet mee in deze zienswijze. Volgens het hof staat het aan de geldigheid van de overeenkomsten niet in de weg als niet Chemours, maar Desco de afnemer is van de elektriciteit. Het Burgerlijk Wetboek staat er niet aan in de weg dat partijen een overeenkomst sluiten met betrekking tot een zaak waarover zij niet zelf de beschikking hebben,²² of een verbintenis aangaan die betrekking heeft op zaken die aan een ander worden geleverd. Ter zake van de Aansluit/Transportovereenkomst, die op initiatief van Chemours op haar naam is gesteld, geldt dat daarin weliswaar Chemours als afnemer is aangemerkt, maar dat nergens is bepaald dat dat begrip is gebruikt in de betekenis die daaraan in de EW is gegeven, aldus het hof. Chemours heeft zich verbonden tot nakoming van de verplichtingen die uit de overeenkomst voor de afnemer voortvloeien, zoals het betalen van vergoedingen voor de aansluiting, het transport en de systeemdiensten in verband met transport van elektriciteit ten behoeve van de afnemer in de zin van de EW. Hetzelfde geldt voor de betalingsverplichtingen met betrekking tot de gehuurde transformatoren, die Chemours in de Verhuurovereenkomst op zich heeft genomen. Het BW verbiedt het aangaan van dergelijke verbintenissen niet en ook de EW verbiedt Chemours niet zich te verbinden tot het nakomen van de ingevolge die wet toegelaten betalingen voor door die wet geregelde diensten. Chemours moet daarom de verbintenissen nakomen die zij op zich heeft genomen (rov. 9). Dat Stedin niet rechtstreeks aan Chemours elektriciteit ter beschikking kan stellen, is het gevolg van de omstandigheid dat het concern waartoe Chemours en Desco beide behoren, ervoor heeft gekozen een deel van het elektriciteitsvoorzieningsstelsel van de onderhavige vestiging in een afzonderlijke rechtspersoon onder te brengen en de Aansluit/ Transportovereenkomst en de Verhuurovereenkomst op naam van Chemours aan te gaan. Dat kan in redelijkheid niet aan Stedin worden toegeworpen (rov. 10). Chemours heeft ook tegen rechtsoverweging r.ov. 9 van het hof geen klacht aangevoerd en volstaan met de stelling dat r.ov. 9 voortbouwt op het oordeel

van het hof over wat tot de eigendom van een net als bedoeld in art. 5:20 lid 2 BW behoort. De Hoge Raad is van oordeel dat (r.ov. 8 en) r.ov. 9 zelfstandig het oordeel van het hof kan dragen dat de Aansluit/Transportovereenkomst en de Verhuurovereenkomst niet in strijd zijn met de wet. Deze oordelen zijn in cassatie aldus onvoldoende bestreden.²³

Ook de constatering van het hof dat Chemours geen afzonderlijke gronden heeft aangevoerd voor haar stelling dat de Vaststellingsovereenkomst in strijd met de wet is, is in cassatie niet bestreden, aldus de Hoge Raad.

Daarmee is gegeven dat de contractuele verplichting van Chemours jegens Stedin om een opstalrecht te vestigen *als zodanig* berust op geldige overeenkomsten tussen Chemours, Desco en Stedin. Deze vraag komt aan bod in het tweede arrest van de Hoge Raad.

6. Vordering in conventie: opstalrecht en eigendom van transformatoren

6.1. Oordeel van het hof

Het hof heeft de vordering van Stedin tot veroordeling van Chemours tot het meewerken aan de vestiging van een opstalrecht met betrekking tot de twee transformatoren, net als de rechtbank, toegevoegd. Volgens het hof is Stedin krachtens de Vaststellingsovereenkomst eigenaar van de transformatoren en zijn deze door Chemours gehuurd. De transformatoren zijn noch krachtens art. 5:20 lid 2 BW, noch krachtens art. 3:4 BW bestanddeel geworden van een net van kabels en leidingen als bedoeld in art. 5:20 lid 2 BW (rov. 5). De begripsomschrijving van 'net' in de EW is slechts van toepassing binnen de reikwijdte van de EW (rov. 6). Ook vormen de transformatoren zelf geen net in de zin van art. 5:20 lid 2 BW, zodat zij niet als net in aanmerking komen voor inschrijving door middel van een notariële akte in de openbare registers. Stedin heeft mede hierdoor belang bij de vestiging van het overeengekomen opstalrecht. Met de vestiging van het opstalrecht wordt niet alleen tegenover Chemours en Desco, maar ook tegenover derden een einde gemaakt aan de eigendomspretenties van eerstgenoemden (rov. 7). Blijkens het bij de Aansluit/Transportovereenkomst behorende principeschema zijn partijen overeengekomen dat het overdrachtpunt van de elektriciteit zich na de elektriciteitsmeter bevindt. De transformatoren behoren niet tot het net van Stedin. De EW verzet zich niet tegen deze overeenkomst (rov. 8).²⁴

22. De hof bedoelt met 'niet zelf de beschikking hebben' niet op Stedin, maar op Chemours, in de zin van: niet zelf de beschikking *zullen* hebben of krijgen over de zaak (als huurder).

23. Zie HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1, r.ov. 3.6.3.

24. Er is geen reden om voor de vestiging van het opstalrecht een canon (retributie) vast te stellen. Het is redelijk dat elke partij de helft van de notariskosten draagt. Die kosten zijn niet onredelijk hoog (r.ov. 9).

6.2. Oordeel van de Hoge Raad

In cassatie wordt opgekomen tegen de oordelen van het hof met betrekking tot de eigendom van de transformatoren en de daaraan te verbinden mogelijkheden tot vestigen van een opstalrecht. Chemours betoogt onder meer dat de EW (mede) bepalend kan zijn voor de eigendom van de transformatoren als behorend tot een net en dat de transformatoren ook een zelfstandig net kunnen vormen. Chemours klaagt voorts dat het niet mogelijk is om Stedin een opstalrecht te laten krijgen op de transformatoren, tenzij deze door inschrijving in de openbare registers een zelfstandige zaak zijn geworden. Ten slotte betoogt Chemours dat voor het onderhavige geschil niet relevant is dat partijen zijn overeengekomen dat het aansluitpunt zich na de elektriciteitsmeter bevindt.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. De Hoge Raad overweegt dat omdat uit het andere arrest, zoals hiervoor besproken, volgt dat het beroep van Chemours op nietigheid van de overeenkomsten faalt, vaststaat dat Chemours jegens Stedin verplicht is tot medewerking aan de vestiging van een recht van opstal.

Voor de toewijsbaarheid van de vordering tot vestiging van een opstalrecht is volgens de Hoge Raad²⁵ niet van belang wie – Stedin, Desco of Chemours – op grond van art. 5:20 lid 2 jo 3:4 BW moet worden aangemerkt als de (huidige) eigenaar van de transformatoren. Die transformatoren bevinden zich op grond die aan Chemours in eigendom toebehoort, en Chemours heeft ten aanzien van deze grond en de ruimte daarboven het in art. 5:21 BW bedoelde, aan haar eigendomsrecht ontleende gebruiksrecht. Stedin heeft reeds belang bij de vestiging van het haar toegezegde recht van opstal teneinde – met werking tegen rechtsopvolgers van Chemours – dit in beginsel exclusieve gebruiksrecht te doorbreken. In verband hiermee is vestiging van een recht van opstal ten laste van Chemours ook mogelijk indien Stedin zelf eigenaar van de transformatoren zou zijn (op de grond dat deze deel uitmaken van haar openbaar net, dan wel op de grond dat deze zelf een net vormen, dan wel anderszins). Dat in zodanig geval de vestiging van een opstalrecht mogelijk is en dat daarbij een rechtens te respecteren belang bestaat, volgt ook uit het arrest *Gemeente Rotterdam/Eneco*.²⁶

25. Zie HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1, r.ov. 3.5.4.

26. Zie HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0727, NJ 2014/522. Vgl. voorts, o.a. W.G. Huijgen, 'Artikel 5:20 lid 2 BW en het opstalrecht', *WPNR* 2008/6771; J.P. van Loon & H.D. Ploeger, 'Registratie van de eigendom van kabel- en leidingnetwerken', in: *Energie en Eigendom* (Tweede Preadvies Nederlandse Vereniging voor Energierecht), Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2011, par. 4 (p. 59 e.v.); M.M.G.B. van Drunen, 'Verhouding opstalrecht tot geregistreerd telecommunicatienetwerk', *WPNR* 2012/6914; M.M.G.B. van Drunen, 'Kan een opstalrecht, gevestigd voor kabels en leidingen ten behoeve van meerdere nutsvoorzieningen, worden overgedragen voor zover dit op één nutsvoor-

In dat laatste arrest oordeelde de Hoge Raad dat het uit art. 5:20 lid 2 BW voortvloeiende eigendomsrecht van een netwerk nog niet de bevoegdheid meebrengt om dit netwerk in (of op) andermans grond te hebben en te houden, terwijl een recht van opstal aan de eigenaar van het netwerk wel dat gewenste 'ligrecht' zou verschaffen, en daaruit het rechtens te respecteren belang bij een recht van opstal (of de afwijzing daarvan) volgt.²⁷ De Hoge Raad herhaalde daarbij niet het oordeel van het hof dat de vestiging van een opstalrecht 'gevolgen heeft voor de eigendom' van het netwerk.

De Hoge Raad vervolgt²⁸ dat de vestiging van een opstalrecht ten laste van Chemours eveneens mogelijk is indien de transformatoren (nog) eigendom zouden zijn van Desco. Art. 5:101 BW sluit immers niet uit dat een opstalrecht wordt gevestigd met het oog op zaken die de opstalhouder nog zal verkrijgen, aldus de Hoge Raad. Indien de transformatoren deel uitmaken van het net van Desco – zijnde een zelfstandige, aan Desco toebehorende onroerende zaak –, kan de verkrijging door Stedin plaatsvinden door middel van een afzonderlijk door Desco (ter uitvoering van de vaststellingsovereenkomst) ten behoeve van Stedin te vestigen recht van opstal op dat net ter zake van die transformatoren. Ook dan behoudt Stedin het in de vorige alinea vermelde belang bij de vestiging van een opstalrecht door Chemours.

6.3. Analyse

Op grond van het hiervoor besproken arrest is het aannemelijk dat de transformatoren onderdeel uitmaken van het net van Stedin. De Hoge Raad lijkt echter ook de mogelijkheid open te laten dat niet Stedin, maar Desco de eigendom van de transformatoren krachtens art. 5:20 lid 2 jo 3:4 BW heeft. De Hoge Raad lijkt daar verschillende gevolgtrekkingen aan te verbinden. In het eerste geval zou Stedin reeds de eigendom van de transformatoren hebben op grond van art. 5:20 lid 2 jo 3:4 BW als onderdeel van haar net (bestanddeelvorming) en is op grond van het opstalrecht in ieder geval voortaan (ook) gerechtigd tot het hebben en houden van transformatoren op de grond van Chemours (het zogenoemde 'ligrecht'). In het tweede geval zou Stedin door de vestiging van een door Chemours te vestigen opstalrecht niet alleen gerechtigd zijn tot het hebben en houden van transformatoren op de grond van Chemours, maar ook de eigendom van de transformatoren kunnen verkrijgen door vestiging van een afzonderlijk, andersoortig door Desco te vestigen opstalrecht. In dat laatste geval dienen aldus twee opstalrechten te worden gevestigd.²⁹

ziening betrekking heeft?', *WPNR* 2013/6976, met reactie Van Velten en naschrift Van Drunen, *WPNR* 2013/6984.

27. Zie HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0727, NJ 2014/522, rov. 3.6.2.

28. Zie HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1, r.ov. 3.5.4.

29. In gelijke zin S.E. Bartels in zijn noot in *JOR* 2018/114

Het eerstbedoelde opstalrecht kan meteen worden gevestigd ten gunste van Stedin op de grond van Chemours als de transformatoren van Desco zouden zijn. Het opstalrecht wordt ingezet zodat Chemours (de eigenaar van de grond) de eigendom van een bestaand of nog toekomstig netwerk (van Stedin) in, op of boven zijn grond dient te dulden, zoals ook aan de orde in het hiervoor genoemde arrest *Gemeente Rotterdam/Eneco*.

Door de vestiging van het opstalrecht in de tweede bedoelde zin verkrijgt een ander (Stedin) dan de eigenaar van het netwerk (Desco) de eigendom van de transformator die tot het moment van vestiging nog een bestanddeel is van dat netwerk. De transformator is een werk zoals bedoeld in art. 5:101 BW. Het is niet nodig dat de transformator als zodanig als registergoed is ingeschreven in de openbare registers, wil het opstalrecht daarop betrekking hebben. Het opstalrecht dient juist om de natrekking door het netwerk te doorbreken, zodat de opstaller de eigendom verkrijgt van de transformator.³⁰ Het opstalrecht wordt als registergoed in de openbare registers ingeschreven. Het gaat bij dit opstalrecht dus niet om een 'ligrecht' van de eigenaar van een netwerk ten opzichte van de eigenaar van de grond, maar om de verkrijging van de eigendom van een onderdeel van het netwerk.

7. Afsluiting

Hoewel de Hoge Raad belangwekkende oordelen heeft gegeven over de bestanddeelvorming bij netwerken, en in dat kader heeft geoordeeld dat de begripsomschrijving in een bijzondere, toepasselijke wet de verkeersopvattingen van art. 5:20 lid 2 jo 3:4 BW (dwingend) inkleurt, blijkt in beide arresten de eigendomsvraag dan wel de vraag of een transformator onderdeel uitmaakt van een elektriciteitsnetwerk uiteindelijk niet van belang te zijn voor de geldigheid van bijvoorbeeld een overeenkomst waarin de transformator afzonderlijk van het netwerk wordt verhuurd of de vraag of een belang bestaat bij de vestiging van een opstalrecht op de grond waarop de transformator staat en/of bij de vestiging van een opstalrecht op de transformator zelf om de natrekking te doorbreken.

en JOR 2018/115, onder 5.

30. Vgl. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/247-248c.