

Nederlands Tijdschrift voor Kerk en Recht, Bijdrage, 1(2007), 16-34

Het Grafmonumentenarrest; kritiek zowel op basis van het goederenrecht als op basis van de Kerk-Staatverhouding in Nederland

M.L. Molenaar

HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 241

Het Grafmonumentenarrest neemt langzamerhand zijn plaats in tussen de belangrijke arresten van de 20^e en 21^e eeuw. Op het eerste oog lijkt het een logische uitspraak. Wie zich echter door de wirwar van het goederenrecht weet heen te werken, zal merken dat de gevolgen van deze uitspraak groter zijn dan de Hoge Raad waarschijnlijk had vermoed. Een kritische noot vanuit het goederenrecht en de Kerk-Staatverhouding in Nederland.

1. Inleiding

In augustus 1993 deed de rechtbank Breda een uitspraak in een aansprakelijkheidskwestie. Bij een bezoek aan een begraafplaats was de driejarige Angel gewond geraakt toen haar oma tegen een grafsteen leunde en deze vervolgens omviel. De rechtbank oordeelde dat de grafsteen duurzaam met de grond verenigd was en aldus door natrekking eigendom was geworden van de grondeigenaar. Op de grondeigenaar, in dit geval de Stichting die de begraafplaats beheerde, berustte een risico-aansprakelijkheid. De stichting werd aansprakelijk gesteld voor het ongeval.

In het hele land reageerden beheerders van begraafplaatsen verbaasd. Voor deze uitspraak was iedereen, zowel beheerders van begraafplaatsen als de rechthebbenden op grafmonumenten, ervan uitgegaan dat de grafmonumenten eigendom waren van de rechthebbenden. De verbazing was vooral groot op Rooms-Katholieke begraafplaatsen. Voor deze begraafplaatsen bestaat namelijk een Modelreglement voor het beheer van een begraafplaats van een Rooms-Katholieke Parochie, uitgegeven door de Nederlandse Rooms-Katholieke Kerkprovincie. Dit Modelreglement bepaalde in artikel 38 dat de graftekens eigendom zijn van de

rechthebbende.¹ Het Modelreglement spoort hen die een Rooms-Katholieke begraafplaats exploiteren aan, om bij het opstellen van hun reglement, de bepalingen van het Modelreglement zo veel mogelijk over te nemen. De eigendomsbepaling van artikel 38 is aldus opgetekend in vrijwel alle reglementen van Rooms-Katholieke begraafplaatsen. Zo ook in het reglement van Stichting Rooms-Katholieke Begraafplaats St. Barbara (hierna: St. Barbara).² St. Barbara besloot in overleg te treden met enkele rechthebbenden op haar grafmonumenten, waaronder het Aartsbisdom Utrecht. Er werd besloten om een proefprocedure te starten teneinde duidelijkheid te krijgen over de eigendom van de grafmonumenten. De Hoge Raad deed op 25 oktober 2002 uitspraak in deze proefprocedure.³

De gevolgen van het arrest zijn tweërlei. Het arrest brengt gevolgen met zich mee op het gebied van het goederenrecht. Zoals straks duidelijker wordt zorgt dit arrest voor meer onduidelijkheid en versnippering van het goederenrecht. Ook zijn er gevolgen op het gebied van de Kerk – Staatverhouding in Nederland. Hoewel de uitspraak gevolgen heeft voor alle begraafplaatsen, zou je in dit geval het standpunt kunnen innemen dat het om een kerkelijk geschil gaat. De partijen in kwestie zijn een kerkgenootschap en zijn gelovigen. De regelgeving opgesteld door een kerkgenootschap. Wanneer rechters in het verleden in kerkelijke geschillen uitspraken deden, waren zij over het algemeen terughoudend en hielden zij in ieder geval rekening te houden met de kerkelijke aspecten. De jurisprudentie van de afgelopen jaren laat echter steeds meer een lijn zien waarin de rechterlijke macht steeds minder oog heeft voor de bijzondere situatie van de kerkgenootschappen. Dit arrest past in die lijn. Een onvermijdelijk gevolg van de vergaande secularisering of minder aandacht voor de bijzondere positie van de kerkgenootschappen?

2. Het arrest

De Hoge Raad diende te beslissen wie er eigenaar was van de grafmonumenten; de Stichting of de rechthebbenden op de graven. De relevante wetgeving op het gebied van eigendom is te vinden in

¹ Modelreglement voor het beheer van een begraafplaats van een R.-K.Parochie van de Nederlandse R.-K. Kerkprovincie, 1991.

² Reglement behorende bij de grafakte van de R.-K. Begraafplaats St. Barbara, Utrecht, 1999.

³ HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 241.

artikel 3:3 BW en artikel 5:20 BW. Artikel 3:3 BW omschrijft wanneer er sprake is van een onroerend goed. Artikel 5:20 bevat een overzicht van elementen die vallen onder de eigendom van een onroerend goed. Volgens deze twee bepalingen zijn gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, onroerend goed en aldus eigendom van de eigenaar van de grond. In het Portacabin-arrest heeft de Hoge Raad deze bepaling nader ingevuld.⁴ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad als volgt:

- a. Een gebouw kan duurzaam met de grond zijn verenigd in de zin van artikel 3:3 BW doordat het naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven. Niet van belang is dan meer dat technisch de mogelijkheid bestaat om het bouwsel te verplaatsen.
- b. Bij beantwoording van de vraag of een gebouw of een werk bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven moet worden gelet op de bedoeling van de bouwer voor zover deze naar buiten kenbaar is. Onder de bouwer moet hier mede worden verstaan, degene in wiens opdracht het bouwwerk wordt aangebracht.
- c. De bestemming van een gebouw of een werk om duurzaam ter plaatse te blijven dient naar buiten kenbaar te zijn. Dit vereiste vloeit voort uit het belang dat de zakenrechtelijke verhoudingen voor derden kenbaar dienen te zijn.
- d. De verkeersopvattingen kunnen – anders dan voor de vraag of iets bestanddeel van een zaak is in de zin van artikel 3:4 BW – niet worden gebezigd als een zelfstandige maatstaf voor de beoordeling van de vraag of een zaak roerend of onroerend is. Zij kunnen echter wél in aanmerking worden genomen in de gevallen dat in het kader van de beantwoording van die vraag onzekerheid blijkt te bestaan of een object kan worden beschouwd als duurzaam met de grond verenigd, en voor de toepassing van die maatstaf nader moet worden bepaald wat in een gegeven geval als “duurzaam” onderscheidenlijk “verenigd” en in verband daarmee als “bestemming” en als “naar buiten kenbaar” heeft te gelden.

De natrekkingsregel van artikel 5:20 BW, geldt "voor zover de wet niet anders bepaalt". De Hoge Raad constateerde dat er geen bijzondere wetgeving bestaat die de natrekking van grafmonumenten doorbreekt. Het Modelreglement van de Rooms-Katholieke Kerk is geen wetgeving. Artikel 38 van het Modelreglement, die stelt dat de eigendom van het grafmonument bij de rechthebbende op het graf

⁴ HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 97

berust, kan de natrekkingsregels in de wet dus niet doorbreken. Ook de Wet op de Lijkbezorging bepaalt niets omtrent de eigendom van op graven geplaatste graftekens. De gewone regels met betrekking tot natrekking gelden dus. De Hoge Raad oordeelde dat 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. Met in achtneming van de maatstaven van het Portacabin-arrest kunnen zij dus geschaard worden onder het onroerend goed begrip van artikel 3:3 BW. De combinatie met artikel 5:20 BW maakt dat de graftekens eigendom zijn van de grondeigenaar. St. Barbara bracht nog naar voren dat dit oordeel niet in overeenstemming is met de verkeersopvattingen. De Hoge Raad beriep zich echter wederom op het Portacabin-arrest. Volgens hem was er geen onzekerheid over de duurzame verbondenheid van de grafmonumenten met de grond. De verkeersopvattingen kunnen dus ook niet in aanmerking worden genomen.

Aldus oordeelde de Hoge Raad dat grafmonumenten onroerende zaken zijn in de zin van artikel 3:3 BW en op grond van artikel 5:20 BW in eigendom toebehoren aan de eigenaar van de begraafplaats.

3. Kritiek op basis van het goederenrecht

3.1 Inleiding

De kritiek vanuit het goederenrecht is te verdelen in vier segmenten. Allereerst past dit arrest niet in het juridische systeem van het onroerend-goedbegrip. Ten tweede is dit arrest in strijd met jurisprudentie inzake bestanddelen. Ten derde gaat de rechter volledig voorbij aan de verkeersopvattingen op dit terrein. Hiermee is het arrest sociologisch zwak onderbouwd. Tot slot wijkt het arrest sterk af van het Europese goederenrecht. Elk van deze onderdelen zal hieronder besproken worden.

3.2 Juridisch systeem

Wanneer we dit arrest plaatsen binnen het juridische systeem, dan valt op dat het arrest een afwijkende positie inneemt binnen dit systeem. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat graftekens onroerende goederen zijn in de zin van artikel 3:3 BW.

Een korte blik op de geschiedenis van het begrip onroerend goed laat echter zien dat dit geen vanzelfsprekend oordeel is. Of een gebouw

of werk duurzaam met de grond is verenigd en aldus een onroerend goed is, is altijd afhankelijk geweest van de mate van verbondenheid met de grond. Deze mate van verbondenheid is ten gevolge van de voortschrijding van de techniek in de loop van de geschiedenis steeds anders ingevuld. Het oude burgerlijk wetboek kende een onroerend goedbegrip dat uitging van de verbondenheid van het goed met de grond. Zo stond er in de Asser-uitgave van 1945 (auteur: P. Scholten) de volgende bepaling met betrekking tot een onroerende constructie:

‘Het gebouwde moet niet alleen op de grond geplaatst, maar daarop gevestigd zijn; de fundamenten moeten in den grond rusten. Op het meer of min duurzame van het doel der verbinding komt het niet aan.’

Deze bepaling is, in ongeveer gelijke bewoordingen, bewaard gebleven tot de uitgave van 1985. Het criterium dat hier gebruikt werd om vast te stellen of iets duurzaam met de grond was verenigd werd het fundamentencriterium genoemd.

In 1985 werd het fundamentencriterium aangevuld met het bestemmingscriterium. Dit criterium is afkomstig uit het Amercentrale-arrest.⁵ Vanaf nu kan een gebouw of werk ook duurzaam met de grond zijn verenigd als het naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven. Het bestemmingscriterium werd nadien bevestigd door nieuwe uitspraken van de Hoge Raad.⁶

In het nieuwe burgerlijk wetboek is, vervolgens in aansluiting op de inmiddels gewezen jurisprudentie gekozen voor een begrip dat voorts uitging van de bestemming van het goed. Bij de ontwikkeling van het nieuwe burgerlijk wetboek is veel aandacht besteed aan de formuleringen van artikel 3:3 BW en artikel 5:20 BW. Eén oogopslag op beide artikelen maakt duidelijk dat de bepalingen 3:3 en 5:20 BW op elkaar zijn aangepast. Dit is heel bewust gebeurd. Aanvankelijk was dit niet zo. In het oorspronkelijke voorstel luidde art. 3:3 lid 1 BW:

⁵ HR 13 juni 1975, *NJ* 1975, 509.

⁶ HR 23 februari 1994, *NJ* 1995, 464; HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998, 97.

Onroerend zijn de grond, de nog niet gewonnen delfstoffen, de door hun wortels met de grond verbonden bomen en planten, alsmede de opstallen met hun hulpzaken.

In het voorlopig verslag II uitte de commissie echter kritiek op deze formulering. Men was bang dat met name de laatste zinsnede ertoe zou leiden dat het opstal-begrip teveel werd uitgedijd. Dit was niet gewenst, want het zou leiden tot onpraktische consequenties en ging in tegen de verkeersopvatting. De commissie stelde voor om de werking van de natrekking en het onroerend zijn van een opstal geheel parallel te regelen. Een complete parallelle regeling was niet haalbaar. Wel sluiten beide bepalingen nu mooi op elkaar aan.

Onder het oude Burgerlijk Wetboek bestonden er nog 'hulpzaken'. Hulpzaken waren zaken die bestemd waren om een bepaalde hoofdzaak duurzaam te dienen, zonder dat zij als bestanddeel daarvan konden worden aangemerkt. Zij waren vrijwel steeds naar aard en inrichting bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven. Een hulpzaak had de potentie om onroerend door bestemming te worden (art. 563 BW-oud). De categorie van hulpzaken is door de wetgever bewust geschrapt en niet in het huidige BW opgenomen, zulks met het gevolg dat zij daarin thans als volledig zelfstandige roerende zaken hebben te gelden.⁷

Als de uitspraak van de Hoge Raad in het licht van deze geschiedenis wordt gezien, dan valt op dat de Hoge Raad bij zijn beoordeling van het onroerende dan wel roerende karakter van grafmonumenten, enkel het Portacabin-arrest als aanknopingspunt heeft aangenomen. Wanneer grafmonumenten getoetst zouden worden aan het fundamenteencriterium, dan zouden zij de toets niet doorstaan. De Hoge Raad gaat in dit geval uit van het bestemmingscriterium. Aan de hand van de criteria die de Hoge Raad heeft ontwikkeld in het Portacabin-arrest worden de grafmonumenten aangemerkt als onroerende goederen. De oplettende lezer zal aanvoelen dat ergens in de geschiedenis iets misgegaan is. Het bestemmingscriterium en het fundamenteencriterium zijn in de loop van de tijd uit elkaar gegroeid. Dit is niet voorzien en waarschijnlijk ook niet bedoeld toen de Hoge Raad bij het Amercentrale-arrest het bestemmingscriterium

⁷ Zeben, du Pon, *Parlementaire Geschiedenis Boek 3*, Deventer: Kluwer, 1981, p. 87.

ontwikkelde. In het Amercentrale-arrest was de zaak in kwestie een tank. Deze tank was door middel van zuigleidingen, stoomleidingen, een vulleiding, een condensaatleiding en een achttal aardelectroden verbonden met diverse andere gebouwen en daarmee indirect met de grond. De tank woog 400 ton en had een inhoud van ca. 20.000 m³.⁸ Naar verkeersopvattingen zou een ieder deze tank als onroerend goed aanmerken. Er was echter één probleem. De tank was in theorie verplaatsbaar. Het voldeed aldus niet aan het fundamentencriterium. In deze situatie is het bestemmingscriterium ontwikkeld. Het fundamentencriterium was in zichzelf niet meer dekkend voor het onroerend goed-begrip. De criteria konden echter wel als een eenheid worden gezien. Er waren niet twee soorten onroerende goederen, die elk hun eigen criterium hadden. Er was één onroerend goed. Als dit niet op basis van het fundamentencriterium kon worden aangemerkt als onroerend goed, dan kon het bestemmingscriterium eventueel uitweg bieden. Voor beide criteria gold dat het bouwsel en de grond als een eenheid aangemerkt konden worden.

Vervolgens werd in 1997 het Portacabin-arrest gewezen. Mede op basis van hetgeen bepaald werd in het Amercentrale-arrest, werd de portacabin als onroerend goed aangemerkt. De portacabin in kwestie was niet aard- en nagelvast bevestigd aan de grond. Hij was derhalve verplaatsbaar. Uit de feiten blijkt echter dat er een zekere mate van verbinding is. De portacabin was gefundeerd in betonpoeren en een stalen frame. Bovendien was hij door middel van leidingen aangesloten op het gas-, water- en elektriciteitsnet. Ook was er een telefoonaansluiting en een aansluiting op de riolering.⁹ Naar verkeersopvattingen valt de portacabin aan te merken als onroerend goed, zo blijkt uit het taxatierapport van de taxateur in onroerende goederen.

Het fundamentencriterium en het bestemmingscriterium sluiten niet meer zo naadloos aan als bij het Amercentrale-arrest het geval was. Toch lopen beide criteria nog vrij parallel. Er is nog geen sprake van een tweedeling in onroerende zaken.

⁸ HR 13 juni 1975, *NJ* 1975, 509.

⁹ HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998, 97.

Tot slot wordt in 2002 dit arrest gewezen. De feiten zijn hier weer anders. De grafmonumenten zijn helemaal niet bevestigd met de grond. Zij zijn vrij makkelijk verplaatsbaar. In deze twee feiten schuilt het grootste onderscheid met de vorige twee arresten. In zowel het Amercentrale-arrest als het Portacabin-arrest was de zaak door middel van leidingen e.d. verbonden met de grond. De tank die 400 ton woog, was niet makkelijk verplaatsbaar. Een portacabin weegt geen 400 ton, maar is ook niet met menselijke handen te verplaatsen. Een grafmonument daarentegen is op geen enkele wijze verbonden met de grond. Hij wordt los op de grond geplaatst. Afhankelijk van de grootte is hij wel met menselijke kracht te verplaatsen. Een derde feit waarin dit arrest verschilt van de andere twee arresten is dat de verkeersopvattingen nu niet overeenstemden met de uitspraak van de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft in dit arrest dus wel de criteria uit eerdere rechtspraak toegepast, maar daarbij de situatie waarin de criteria zijn ontwikkeld, veronachtzaamd. Dit heeft ertoe geleid dat er nu twee soorten onroerende goederen gaan ontstaan. Ten eerste zij die op basis van het fundamenteencriterium onroerend zijn. Dit zijn bijvoorbeeld huizen. Ten tweede zij die op basis van het bestemmingscriterium onroerend zijn. Hierbij valt te denken aan grafmonumenten, maar ook aan standbeelden of kunstwerken. De eenduidigheid van onroerende goederen komt hierdoor in gevaar. Allerlei zaken die men op basis van gezond verstand roerend zou noemen, kunnen dan onroerend worden. Dit lijkt niet wenselijk. Zeker niet in het licht van de discussie die gevoerd is bij invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek. De commissie wilde er destijds voor waken dat het opstalbegrip teveel werd uitgedijd. Dit is hen gelukt door het oorspronkelijke wetsvoorstel te wijzigen. Nu wordt het opstalbegrip alsnog uitgedijd. Niet door de wet, maar door de jurisprudentie. Het laatste criterium van de Hoge Raad in het Portacabin-arrest is in dit opzicht niet zo gunstig. De Hoge Raad bepaalde: “De verkeersopvattingen kunnen – anders dan voor de vraag of iets bestanddeel van een zaak is in de zin van art. 3:4 – niet worden gebezigd als een zelfstandige maatstaf voor de beoordeling van de vraag of een zaak roerend of onroerend is (...)”. Kortmann zag dit ten tijde van het Portacabin-arrest al in. Hij verwoordde dit als volgt:

“Naar mijn oordeel dient niet iedere machine, installatie of andere werken die feitelijk duurzaam met de grond zijn verenigd als duurzaam met de grond verenigd *in de zin van artikel 3:3 lid 1 BW* (en derhalve als onroerend) aangemerkt te worden. Slechts indien

deze objecten bestanddeel van de grond zijn geworden (zijn ‘nagetrokken’) vormen zij met de grond een onroerende zaak. Zij behoren dan tot de eigendom van de grond (vgl. art. 5:20, sub e, BW). Anders dan de Hoge Raad zou ik aan de verkeersopvatting niet alleen een ondersteunende rol willen toekennen. Aan de hand van de verkeersopvatting zal moeten worden beoordeeld of een gebouw dat duurzaam met de grond is verenigd, onroerend is en daarmee bestanddeel is van de grond.”¹⁰

Indien de Hoge Raad in dit arrest het criterium van Kortmann had gevolgd, was de uitslag een hele andere geweest. Het Modelreglement van de Rooms-Katholieke Kerk had dan meer betekenis gekregen. Hij was dan immers een bron geweest voor de verkeersopvattingen.

Ook de rechtszekerheid wordt met dit arrest niet gediend. In dit kader verwijs ik naar hetgeen Heyman ten tijde van het Portacabin-arrest reeds concludeerde. Heyman keerde zich tegen de tendens dat in de jurisprudentie het onroerend goed-begrip wordt uitgedijd. Hij verwijst in dit kader naar de oorsprong van de natrekkingsregels. De ratio van de superficies-regel is volgens hem rechtszekerheid. Men mag er van uit gaan dat zaken die met de grond zijn verenigd, aan de eigenaar van de grond toebehoren. Uitgaande van deze ratio, rechtszekerheid, is volgens hem een natrekkings-criterium dat leidt tot resultaten die haaks staan op de verkeersopvattingen ondeugdelijk.¹¹

Op grond van zijn conclusies is de uitspraak van de Hoge Raad in de onderhavige zaak evenmin juist.

Al met al worden we geconfronteerd met een uitspraak waarbij onder het oud burgerlijk wetboek een andere eigenaar zou zijn aangewezen als onder het nieuwe burgerlijk wetboek is gedaan. Er heeft derhalve op grond van de wet een verandering van eigenaar plaatsgevonden. Volgens het overgangsrecht zou dit evenwel niet

¹⁰ S.C.J.J. Kortmann, ‘De portacabin’, AA, 1998, p. 105.

¹¹ H.W. Heyman,, ‘Wanneer is een gebouw of werk ‘duurzaam met de grond verenigd’? Een kritische noot bij het Portacabin-arrest’, in: S.E. Bartels, J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2000, p. 96-101.

mogen gebeuren. De rechtszekerheid is hiermee in het geding gekomen.¹²

3.3. *Jurisprudentie inzake bestanddelen*

Het onderhavige arrest is eveneens in strijd met de jurisprudentie op het gebied van bestanddelen. Wat bestanddelen zijn en wie de eigenaar ervan is, wordt omschreven in artikel 3:4 en artikel 5:3 BW. De verhouding tussen de artikelen 3:4, 5:3 en 5:20 BW is ingewikkeld. In de artikelen 3:4 en 5:3 wordt gesproken over bestanddelen. Art. 5:20 spreekt hier niet over. In beide gevallen is het resultaat echter hetzelfde. De eigenaar van de grond wordt eigenaar van ofwel de bestanddelen (art. 3:4 en 5:3) ofwel van de opstallen en beplantingen (art. 5:20 sub e en f). De vraag die nu rijst is of de opstallen en beplantingen van 5:20 bestanddelen genoemd kunnen worden in de zin van art. 3:4 en 5:3. Juristen zijn het hier niet over eens.

Volgens Wolfert is de heersende leer dat art. 5:20 BW een *lex specialis* is van art. 3:4 BW. “Opstallen of beplantingen worden op grond van art. 5:20 BW *bestanddeel* van de grond.”¹³

Indien dit inderdaad de heersende leer is, zoals Wolfert stelt, dan past het onderhavige arrest niet in de heersende leer. De Hoge Raad bepaalt immers:

Graftekens kunnen niet worden aangemerkt als bestanddeel – in de zin van art. 3:4 BW – van de grond van de begraafplaats.¹⁴

De Hoge Raad geeft in het arrest geen fundamenteel standpunt ten aanzien van *lex generalis* – *lex specialis*-theorie. Hij bepaalt enkel dat graftekens geen bestanddeel zijn in de zin van art. 3:4, maar wel onroerend goed zijn in de zin van art. 3:3 en 5:20 BW. Waarschijnlijk is de Hoge Raad zich onvoldoende bewust geweest van de samenhang tussen de drie bepalingen. Indien de Hoge Raad deze samenhang wel in ogenschouw had genomen, dan had de uitspraak heel anders geluid. Zowel op basis van het eerste als het tweede lid van art. 3:4 BW hadden grafmonumenten niet

¹² Zie ook: T.J. van der Ploeg, ‘Overgang van eigendom door wijziging van de definitie van ‘onroerend’, in: *NJB*, jaargang 78, 20 juni 2003, p. 1287 – 1289.

¹³ E.C.M. Wolfert, ‘Bestanddeel of zaak? Over het onderscheid en de samenhang tussen de artikelen 3:4 en 5:20 BW (I), *WPNR*, 2003, p. 191.

¹⁴ HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003, 241, overweging 3.2.

aangemerkt kunnen worden als bestanddeel van de grond. Indien het grafmonument geen bestanddeel van de grond is, behoort het derhalve ook niet tot de eigendom van de grond in de zin van art. 5:20 BW. Hij is dan ook niet onroerend in de zin van art. 3:3 BW.

Als de Hoge Raad de *lex generalis* – *lex specialis*-theorie bewust heeft verlaten heeft dit grote consequenties. In diverse arresten heeft de Hoge Raad een oordeel gevormd over bestanddeelvorming.¹⁵ De Hoge Raad oordeelde bij herhaling 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. De Hoge Raad oordeelde in ‘Depex/Curatoren’ dat het distilleerapparaat geen bestanddeel was van het fabrieksgebouw en derhalve geen onroerend goed door natrekking, maar een roerend goed was. Indien in deze, en soortgelijke zaken geen beroep was gedaan op art. 3:4, maar op art. 3:3 en 5:20 BW, dan had de Hoge Raad op basis van de criteria uit het Portacabin-arrest moeten vaststellen dat het apparaat wordt aangemerkt als een werk dat duurzaam met de grond is verenigd in de zin van art. 5:20 BW in verbinding met art. 3:3 BW en derhalve een onroerend goed is. Het Portacabin-arrest evenals het onderhavige arrest is dus in strijd met jurisprudentie van de Hoge Raad over bestanddeelvorming.¹⁶ Het is juridisch niet juist dat de uitkomst van een proces afhangt van de weg die gekozen wordt. Hiermee komt de eenheid van het rechtssysteem in gevaar. Bovendien, indien de jurisprudentie m.b.t. bestanddeelvorming moet wijken voor het Portacabin-arrest e.v., heeft dit ernstige gevolgen voor het financieringsverkeer. Denk bijvoorbeeld aan leveringen onder eigendomsvoorbehoud.

3.4 Verkeersopvattingen

De Hoge Raad oordeelde in dit arrest, in navolging van het Portacabin-arrest dat de verkeersopvattingen – anders dan voor de vraag of iets bestanddeel van een zaak is in de zin van artikel 3:4 BW – niet kunnen worden gebezigd als een zelfstandige maatstaf voor de beoordeling van de vraag of een zaak roerend of onroerend is. Zij kunnen echter wél in aanmerking worden genomen in de

¹⁵ Zie bijv. HR 26 maart 1936, *NJ* 1936, 757 (Sleepboot Egberta); HR 15 november 1991, *NJ* 1993, 316 (Depex-Curatoren).

¹⁶ S.C.J.J. Kortmann, ‘Het nagetrokken grafteken’, *AA*, 2003, p. 295-296; H.W. Heyman, 2000, p. 101-105.

gevallen dat in het kader van de beantwoording van die vraag onzekerheid blijkt te bestaan of een object kan worden beschouwd als duurzaam met de grond verenigd, en voor de toepassing van die maatstaf nader moet worden bepaald wat in een gegeven geval als “duurzaam” onderscheidenlijk “verenigd” en in verband daarmee als “bestemming” en als “naar buiten kenbaar” heeft te gelden. Nu er volgens de Hoge Raad over deze begrippen geen onzekerheid bestond, vond men het niet nodig om rekening te houden met de verkeersopvattingen. Had hij dit wel gedaan, dan was een heel andere uitspraak waarschijnlijk het gevolg geweest. De verbazing en onrust die is ontstaan na de uitspraak geeft een indicatie van de verkeersopvattingen op dit gebied. Uit navraag bij begraafplaatsen bleek dat in de periode na de uitspraak er voortdurend ongeruste nabestaanden opbelden, die hun eigendom wilden veiligstellen. Ook de diverse organisaties die op dit terrein werkzaam zijn, bijvoorbeeld de Landelijke Organisatie van Begraafplaatsen, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, de Algemene Nederlandse Bond van Natuursteenbedrijven en het Interkerkelijk Contact in Overheidszaken, hebben laten weten dat zij het niet eens zijn met de uitspraak. Het Interkerkelijk Contact in Overheidszaken heeft zelfs de Minister van Binnenlandse Zaken verzocht de Wet op de Lijkbezorging aan te vullen met een uitzonderingsbepaling op de natrekking van grafmonumenten.

Juist op het gebied van natrekking is het belangrijk dat er rekening wordt gehouden met de verkeersopvattingen. De natrekkingsregels zijn oorspronkelijk ontwikkeld om de rechtszekerheid te dienen. De rechtszekerheid is erbij gebaat dat duidelijk is aan wie de eigendom van bepaalde zaken toebehoort. Men veronderstelt bijvoorbeeld dat een huis eigendom is van de eigenaar van de grond. De natrekkingsregels zijn dus ontworpen om de gerechtvaardigde verwachtingen van mensen in overeenstemming te brengen met de realiteit. De gerechtvaardigde verwachtingen van mensen op het gebied van grafmonumenten zijn helder. Een ieder verwacht dat de duurgekochte steen die hij of zij op het graf van zijn ouders heeft laten plaatsen, van hem of haar is. Het is moeilijk uit te leggen dat hij of zij wel het recht op het graf heeft, maar dat de grafsteen vanaf het moment van plaatsing toebehoort aan de eigenaar van de begraafplaats. Dit arrest heeft er aldus voor gezorgd dat de natrekkingsregels zijn eigenlijke doel, zijnde rechtszekerheid, is voorbijgeschoten.

Het feit dat de Hoge Raad in deze uitspraak bewust geen rekening heeft gehouden met de verkeersopvattingen is de Hoge Raad wel degelijk aan te rekenen. Hij heeft zijn uitspraak sociaal gezien slecht onderbouwd. Bij zijn motivering had hij rekening dienen te houden met de gevolgen van de uitspraak voor de samenleving. Hij had oog moeten hebben voor de emotionele gevoelens die zijn uitspraak teweeg zou brengen.

3.5 Europese goederenrecht

De Europese Unie streeft naar steeds meer uniformering in de verschillende rechtssystemen. Dit kan alleen als de rechtssystemen in de Europese Unie niet al te ver uiteen liggen. In hiernavolgende zal blijken dat men in verschillende Europese landen heel anders denkt over de eigendom en het zakelijk karakter van grafmonumenten.

Wat Duitsland betreft, is in casu het begrip *Scheinbestandteilen* van belang. Paragraaf 95 van het Bürgerliches Gesetzbuch geeft een omschrijving van *Scheinbestandteile*. Er is bijvoorbeeld sprake van een *Scheinbestandteile* wanneer de partijen de bedoeling hebben om de zaak slechts tijdelijk te verbinden met de grond of met een gebouw. Ook is er sprake van *Scheinbestandteile* als er een zakelijke recht gevestigd is op een zaak. Wanneer er sprake is van een *Scheinbestandteile* vindt er geen natrekking plaats, aldus § 95. Men kan hierbij denken aan het Nederlandse opstalrecht.

In 1991 diende ook de Duitse rechter in Köln een oordeel te geven over het zakelijke karakter van grafstenen. Het Oberlandesgericht bepaalde dat grafstenen vallen onder de *Scheinbestandteilen* van § 95. Dat het grafteken in beton gestort is doet hier niet aan af. Het gerecht bepaalt aldus dat de grafsteen geplaatst wordt in het kader van de uitoefening van het gebruiksrecht. Veel waarde hecht het gerecht aan het feit dat dit gebruiksrecht slechts tijdelijk wordt gevestigd. Interessant in deze zaak is dat het gerecht veel aandacht besteedt aan de argumentatie van een van de partijen dat hij in zijn piëteitsgevoel is gekwetst.¹⁷ De grafstenen zijn in Duitsland aldus geen onroerende zaken. De eigenaar van de begraafplaats wordt geen eigenaar van de grafstenen.

¹⁷ OLG Köln 17 juli 1991, OLGZ 1993, p. 113–121.

Het Belgische rechtssysteem is een beetje vreemde eend in de bijt als het gaat om onroerende zaken. Al hetgeen zich bevindt op een erf kan onroerend goed zijn. Zelfs de kippen op een boerderij zijn onroerend.¹⁸ Het ligt aldus voor de hand om aan te nemen dat in België grafstenen ook wel onroerend zijn. Het tegendeel is echter waar. Waar de Duitse rechter oordeelde dat er geen sprake is van natrekking, omdat de grafsteen geplaatst werd in het kader van de uitoefening van een gebruiksrecht, gaat eenzelfde redenering op voor de Belgische wetgever. Artikel 25 van de Wet op de begraafplaatsen en de lijkbezorging, geeft aan eenieder het recht om op het graf van zijn verwant of vriend een grafteken te laten plaatsen. Wie een grafteken laat plaatsen blijft als opstalhouder eigenaar van het grafteken. Na het einde van de grafconcessie worden de niet weggenomen graftekens en de eventueel nog bestaande ondergrondse bouwwerken eigendom van de gemeente. Er kan mede-eigendom van graftekens ontstaan wanneer de eigendom na het overlijden van de eigenaar op zijn erfgenamen is overgegaan. Bij een dergelijke vererving maken de grafplaats en het grafmonument als een soort van *res sacrae* (heilige zaak), geen deel uit van de gewone nalatenschap van de vergunninghouder. De naaste verwanten bekomen deze zaken, ook bij verwerping van de nalatenschap, als een vorm van familieonverdeeldheid. De bijzondere aard van deze mede-eigendom verzet zich tegen iedere verdeling.¹⁹

¹⁸ Zie bijvoorbeeld artikel 524; Voorwerpen die de eigenaar van een erf voor de dienst of de exploitatie van dat erf daarop geplaatst heeft, zijn onroerend door bestemming. Zo zijn de navolgende voorwerpen onroerend door bestemming, wanneer de eigenaar deze geplaatst heeft voor de dienst en de exploitatie van het erf:

De aan het landbouwbedrijf verbonden dieren; het landbouwgereedschap; de aan de pachters of deelpachters gegeven zaden; de duiven van de duiventillen; de konijnen van de konijnenwaranden; de bijenkorven; de vissen van de vijvers; de persen, ketels, distilleerkolven, kuipen en tonnen; het gereedschap dat nodig is voor de exploitatie van smederijen, papierfabrieken en andere fabrieken; stro en mest.

Onroerend door bestemming zijn ook alle roerende voorwerpen die de eigenaar blijvend aan het erf verbonden heeft.

¹⁹ H. Vandenberghe, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht V, Zakenrecht*, Antwerpen: 1997, p. 66-68.

In 1993 speelde zich in Gent een geschil af dat erg lijkt op het geschil met betrekking tot de gevallen grafsteen in Breda. Het Hof van Beroep nam ook in dit geval aan dat de begraafplaatseigenaar aansprakelijk was.²⁰ De grond voor deze aansprakelijkheid berustte echter op de aansprakelijkheid voor de beheerder van roerende zaken (art. 1384 Belgisch Burgerlijk Wetboek).

Uit het voorgaande blijkt dat grafmonumenten in het Belgisch recht gezien worden als roerende zaken. De eigendom hiervan berust bij de nabestaanden.

In Frankrijk ten slotte kent men een soortgelijke natrekkingsregel als in Nederland geldt. De eigendom van een zaak omvat de eigendom van alles wat zich met deze zaak verenigt.²¹ Deze regel is echter niet van dwingend recht. Partijen hebben de mogelijkheid de natrekking uit te stellen of zelfs geheel uit te sluiten. Bij bepaalde gebruiksrechten wordt doorbreking van de natrekking automatisch aangenomen. Zo ook bij grafmonumenten, zo valt op te maken uit de Franse literatuur. In de jurisprudentie is bepaald dat de overdracht een familierechtelijk karakter heeft. Men staat toe dat de eigendom van grafmonumenten buiten de commercie is, maar erkent ook dat de eigenaren van de grafrechten tevens eigenaar zijn van de grafmonumenten.²²

Een vergelijking met deze drie Europese buurlanden laat dus zien dat het ook anders kan. Nederland staat alleen met haar stelling dat grafmonumenten onroerende zaken zijn, die in eigendom toebehoren aan de eigenaar van de begraafplaats. Het had voor de hand gelegen als Nederland ook een soort gebruiksrecht van toepassing had verklaart op de grafmonumenten. Daarmee had zij zichzelf en haar juristen een hoop ingewikkelde constructies bespaart.

Een terugblik op het voorgaande leidt immers tot de conclusie dat er veel kanttekeningen zitten aan het gewezen arrest van de Hoge Raad.

²⁰ Hof van Beroep Gent, 8 december 1993, RW 1994/1995, p. 716.

²¹ Artikel 551 Cc.

²² F. Chabas, M. De Juglart, *Leçons de Droit Civil*, Tome II, Paris: Biens, 1994, p. 418.

4 Kritiek op basis van de Kerk – Staatverhouding in Nederland

Nu is er niet alleen op juridische gronden kritiek te geven op de uitspraak van de Hoge Raad. Ook op basis van de Kerk – Staatverhouding in Nederland valt er het een en ander aan te merken op deze rechtspraak. De Nederlandse samenleving kenmerkt zich door een scheiding van kerk en staat. Hier wordt onder verstaan dat de staat niet mag ingrijpen in de interne verhoudingen van de kerk, evenmin als de kerk bevoegdheden heeft ten aanzien van staatszaken.²³ De Nederlandse staat heeft dit beginsel niet vastgelegd in enige wetgeving. Wel heeft hij de godsdienstvrijheid opgenomen in artikel 6 van de grondwet. Uit de godsdienstvrijheid vloeit voort dat de kerkgenootschappen ook organisatievrijheid hebben. Dit is immers essentieel in de uitoefening van veel godsdiensten. De scheiding tussen kerk en staat brengt met zich mee dat de wetgever de kerk niet behoort voor te schrijven hoe ze zich moet organiseren. Om deze onafhankelijkheid veilig te stellen heeft de wetgever art. 2:2 BW opgenomen in het Burgerlijk Wetboek. Volgens dit artikel mogen kerkgenootschappen en haar zelfstandige onderdelen worden geregeerd door hun eigen statuut, voor zover dit niet in strijd is met de wet. Met betrekking tot het begrip ‘wet’ in artikel 2:2 BW is veel discussie onder juristen. Ik noem enkele meningen:

Volgens de Tweede Kamer moet in eerste instantie onder wet, in dit artikel verstaan worden: het dwingende recht.²⁴ Bij opheldering omtrent dit begrip, lichtte de minister toe dat het om sterk dwingend recht moet gaan:

“Bij de vaststellingswet is, om te laten zien hoe sterk dwingend recht het wel betreft, gesproken over het verbod om mensenoffers te brengen en het verbod van polygamie. Die begrippen maken wel duidelijk dat er inderdaad aan zeer zwaarwegende dwingend-rechtelijke bepalingen is gedacht.”²⁵

Maeijer hanteert tevens een dergelijke beperkte opvatting. Volgens hem moet men onder wet verstaan ‘de fundamentele dwingende

²³ E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Staat en kerk, kerk en staat’, in: S.C. den Dekker-van Bijsterveld, e.a., *Kerk en staat. Hun onderlinge verhouding binnen de Nederlandse samenleving*, Baarn: Ambo, 1987, p. 11.

²⁴ Tweede kamer, Vergaderjaar 1984-1985, WO 17.725, bijl. Hand. Nr. 7, p. 13.

²⁵ W.H.M. Reehuis, E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek; Invoering boeken 3, 5 en 6*, Deventer: Kluwer, 1991, p. 135.

regels van Nederlands recht'. Met wet wordt aldus bedoeld de voorschriften waarbij *zulke grote belangen* van de Nederlandse rechtsorde zijn betrokken, dat zij voorrang hebben boven het eigen statuut van het kerkgenootschap; deze "voorrangspretentie" moet volgen uit de aard van het desbetreffende voorschrift.²⁶

Vermeulen sluit zich bij Maeijer aan.²⁷

Meijers stelt dat de positie van kerkgenootschappen gelijk dient te zijn aan de positie van andere rechtspersonen. Daarom dient volgens hem onder 'wet' in casu verstaan te worden 'openbare orde' in de zin van artikel 20 boek 2 BW. Volgens Meijers zal, in het geval dat de rechter constateert dat bepalingen van kerkgenootschappelijk recht in strijd zijn met de openbare orde, dit niet leiden tot ontbinding van het kerkgenootschap. Wel blijven de toepasselijke bepalingen buiten toepassing.²⁸

Van Ee is echter van mening dat voorgaande auteurs de kerkgenootschappen een te grote vrijheid toekennen. Hij meent dat er geen argumenten aanwezig zijn om een kerkgenootschap in het Nederlandse recht een uitzonderingspositie te geven die het mogelijk maakt Nederlands burgerlijk recht terzijde te schuiven. Onder 'wet' moet volgens hem dan ook verstaan worden 'het gemeene recht en de goede zeden'.²⁹

Concluderend kan worden gesteld dat de meerderheid van de auteurs, waaronder de wetgever, van mening is dat het begrip 'wet' eng geïnterpreteerd moet worden. De bepalingen van het statuut zijn pas in strijd met de wet als er zodanig grote belangen met deze wet gemoeid zijn, dat de godsdienstvrijheid hiervoor moet wijken.

²⁶ J.M.M. Maeijer, *Rechtspersonen, godsdienst en levensovertuiging*, Amsterdam: Noord-Hollandse Uitgevers Maatschappij, 1986, p. 58.

²⁷ B.P., Vermeulen, 'Artikel 6', in: Akkermans, Koekkoek (red.), *De grondwet, een artikelsgewijs commentaar*, , Zwolle: Tjeenk Willink, 2000, p. 102.

²⁸ Meijers, A.P.H., in: A.P.H. Meijers; A.T.J.M. Jacobs; R. Torfs, E.C. Coppens, *Op het snijvlak van civiel en canoniek recht*, Zwolle: Tjeenk Wilink, 1994, p. 16.

²⁹ J.W. van Ee, 'In strijd met de wet. De betekenis van art. 2 lid 2 Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. De vrijheid van godsdienst in relatie tot de interne juridische organisatie van het kerkgenootschap. De reikwijdte van bepalingen in het kerkelijk statuut', *RMT*, 1996, p. 174-178.

Het Modelreglement is particulier recht in de zin van can. 8, § 2, CIC (Codex Iuris Canonici, het katholieke kerkelijk wetboek). Volgens de CIC 1983 vallen begraafplaatsen onder zogenoemde 'gewijde plaatsen'. Een gewijde plaats is een plaats die een geestelijke werking krijgt en daarmee wordt onttrokken aan zijn wereldlijke doelbestemming. Onder CIC 1917 waren de gewijde zaken van de katholieke kerk onttrokken aan de jurisdictiemacht van de staat. Inmiddels is dit niet meer het geval. Het Modelreglement vindt zijn oorsprong in de CIC, met name canon 1243:

Can. 1243 – Passende normen betreffende gedragsregels op de kerkhoven vooral om hun gewijd karakter te beschermen en te bevorderen, dienen door het particulier recht vastgelegd te worden.

Ook canon 27 is van belang:

Can. 27 – de gewoonte is de beste uitlegster van wetten.

Tot slot is het Modelreglement geënt op de Wet op de Lijkbezorging van 1 juli 1991.

Als we uitgaan van de enge uitleg van het begrip wet alsmede de status en oorsprong van het Modelreglement, dan kun je stellen dat de rechter in strijd met artikel 2:2 BW heeft geoordeeld dat het Modelreglement de natrekkingsregels niet kon doorbreken. Uit artikel 2:2 BW volgt immers dat een kerkgenootschap (in casu St. Barbara als zelfstandig onderdeel van de Rooms-Katholieke Kerk) geregeerd mag worden door zijn eigen statuut (in casu het Modelreglement), voor zover dit niet in strijd is met de wet. Onder een enge interpretatie van de wet vallen de artikelen 3:3 en 5:20 BW niet te scharen. Immers artikelen 3:3 en 5:20 BW vallen niet onder de artikelen die de openbare orde moeten bewaken, ook zijn er niet zodanig grote belangen mee gemoeid dat deze voorrang moeten hebben boven het recht van de kerkgenootschappen. Een uitzonderingspositie voor het kerkgenootschap is niet ondenkbaar en ook niet onmogelijk.

De wet zelf is, zoals we gezien hebben in de jurisprudentie, voor meerdere uitleg vatbaar. Een kerkvriendelijke benadering had met zich meegebracht dat de uitleg conform het Modelreglement voorrang had gekregen boven het Portacabinarrest.

Dat de rechter dit niet heeft gedaan, zegt iets over de kerk – staat-verhouding in Nederland. In het begin van de 20^e eeuw, had de Rooms-Katholieke Kerk de jurisdictie op heilige plaatsen, waaronder begraafplaatsen ook horen. Deze tijd is al lang voorbij. Desondanks hebben de kerkgenootschappen nadien een bijzonder plek gekregen in de Nederlandse samenleving. Deze bijzondere status die de Rooms-Katholieke Kerk en ook de andere grote kerkgenootschappen in het verleden hebben verworven, lijkt in de huidige tijd geen grote rol meer te spelen. Is artikel 2:2 BW wellicht een overblijfsel uit het verleden, een dode letter of heeft zij toch nog enige relevante betekenis? De tijd zal het leren.

5. Conclusie

De Hoge Raad stond met dit proefproces voor een zware taak. Het goederenrecht is een ingewikkelde materie en de jurisprudentie maakt het er niet makkelijker op. Ik ben bang dat de rechters deze wirwar niet konden ontrafelen. Het feit dat er ook nog sprake was van een kerkelijk geschil maakte de rechtspleging er niet makkelijker op. Een onbevredigende uitspraak is het gevolg, zowel op basis van het goederenrecht als uit het oogpunt van kerk-staatverhoudingen. Laten we hopen dat de wetgeving een en ander nog kan recht breien.