

# De oorsprong der soorten en het afhankelijke opstalrecht



Mr. drs. T.E. Booms\*

## Introductie

Verstandskiezen. Spieren om de oren te kunnen bewegen. Het staartbeen. De appendix van de blinde darm. Vier voorbeelden van organen die de evolutionaire dans zijn ontsprongen. Normaal gesproken verdwijnen immers tijdens het natuurlijk selectieproces organen en kenmerken die geen selectief voordeel opleveren, maar in het geval van de zogenaamde ‘rudimentaire organen’, waar bovengenoemde vier een voorbeeld van zijn, is dat niet gebeurd.<sup>1</sup> Rudimentaire organen zijn niet alleen bij mensen te vinden, maar bij veel levende organismen. Zo bevinden zich bijvoorbeeld bij veel walvissen en slangen nog overblijfselen van pootjes in hun achterlichaam, waaraan te zien is hoe deze dieren in vroegere tijden hebben gefunctioneerd.

Als we de wet opvatten als een ‘levend’ instrument dan herkennen we eenzelfde evolutieproces. Normaal gesproken worden rechtsfiguren die in onbruik raken bij herziening van het wetboek geschrapt.<sup>2</sup> Voorbeelden daarvan binnen het goederrecht zijn de grondrente, het bekleemrecht en andere oude zakelijke rechten.<sup>3</sup> Andere rechtsfiguren ontspringen echter de dans en blijven, ondanks de marginale rol die zij spelen in het rechtsverkeer, toch bestaan. Een voorbeeld van een dergelijke ‘rudimentaire rechtsfiguur’ is het afhankelijke opstalrecht. Dit recht had nooit in zijn huidige vorm moeten bestaan, maar staat desondanks vanaf 1992 in het Burgerlijk Wetboek. In dit artikel bespreek ik de evolutiegeschiedenis van het afhankelijke opstalrecht (1), kom ik tot de constatering dat deze figuur in het ‘milieu’ van het BW na 1992 geen praktische waarde lijkt te hebben (2), kijk ik of er binnen het kader van de huidige wettelijke regeling richtingen zijn waarin het afhankelijke opstalrecht zich zou kunnen ontwikkelen om toch praktisch nut te hebben (3) en bekijk ik of de figuur van het afhankelijke opstalrecht met een kleine aanpassing van de wet nieuw leven ingeblazen zou kunnen worden (4).

## 1. De evolutie van het afhankelijke opstalrecht<sup>4</sup>

Een opstalrecht verleent aan de opstaller het recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen (art. 5:101 lid 1 BW).<sup>5</sup> Een opstalrecht kan worden gebruikt om de natrekking van art. 5:20 BW te doorbreken, waardoor het bijvoorbeeld mogelijk is om eigenaar te zijn van een

huis op andermans grond. Het BW van 1992 maakt twee verschillende varianten van het opstalrecht mogelijk: een zelfstandig opstalrecht en een opstalrecht dat afhankelijk is van een ander zakelijk recht of van een recht van huur of pacht op de onroerende zaak (art. 5:101 lid 2 BW). Het staat partijen vrij om te kiezen van welke variant zij gebruik maken. Het ligt voor de hand dat zij daarbij kiezen voor de meest aantrekkelijke figuur. Uit de toelichting bij art. 5:101 BW in de serie Tekst & Commentaar (druk van 2011) zou men de indruk kunnen krijgen dat de figuur van het afhankelijke opstalrecht vandaag de dag de meest populaire is:

Het opstalrecht kan als zelfstandig recht op de grond worden verleend, maar veelal wordt het als afhankelijk recht tezamen met een ander gebruiksrecht op de grond gevestigd. Dat andere gebruiksrecht kan een zakelijk recht zijn, bijvoorbeeld een erfpachtrecht, maar ook een persoonlijk recht. Zo komt de combinatie huur en opstalrecht betrekkelijk veel voor: de huurder wordt (voor de duur van het opstalrecht) eigenaar van de door hem opgerichte of overgenomen opstallen.<sup>6</sup>

\* Als promovendus verbonden aan het onderzoekscentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen. Hij doet onderzoek naar afhankelijkheid en afhankelijke rechten. ([t.booms@jur.ru.nl](mailto:t.booms@jur.ru.nl))

1. Zie in algemene zin: D.W. Fong, T.C. Kane en D.C. Culver, ‘Vestigialization and Loss of Nonfunctional Characters’, *Annual Review of Ecology and Systematics* 26 (1995), p. 249-268.
2. C.J.H. Jansen, ‘Charles Robert Darwin (1809-1882), het privaatrecht en de rechtswetenschap’, *NJB* 2009/21, p. 1320-1326, die deze gedachte samenvat met “een rechtsfiguur overleeft niet, indien het niet in staat is zich aan te passen aan de veranderende omgeving”.
3. Voor een overzicht: F.C.J. Ketelaar, *Oude zakelijke rechten* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.
4. Ik baseer me voor deze paragraaf deels op oude collegeaantekeningen van prof. mr. H.W. Heyman, waarvoor veel dank.
5. Heyman kwalificeert de eigendom die de opstalgerechtigde verkrijgt als economische eigendom: H.W. Heyman, ‘Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller’, in: W.G. Huijgen e.a., *2000 jaar eigendom en beperkte rechten* (Pleysier bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 19-32. Ik laat dat verder in het midden.
6. C.J.J.M. Stolker, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, commentaar op art. 101 Boek 5 BW, aantekening 2 (online, laatst bijgewerkt op 15 februari 2015).

De indruk die ontstaat is echter onjuist. De tekst van vorenstaande passage is sinds de eerste druk van de serie Tekst & Commentaar (1990) niet meer gewijzigd en gaat uit van een historische misvatting. Ik zal dat toelichten.

Voordat in 1992 het nieuwe Burgerlijk Wetboek werd ingevoerd bestond er inderdaad aanleiding om een opstalrecht te koppelen aan een gebruiksrecht op een perceel. Dit gebeurde om twee redenen. Ten eerste kon de gebruiker op deze manier aanspraak maken op bepaalde rechten op het moment dat zijn gebruiksrecht eindigde. De opstaller had namelijk de bevoegdheid om op dat moment de door hem aangebrachte zaken weg te halen (art. 761 OBW) dan wel de waarde van de zaken die hij achterliet vergoed te krijgen (art. 762 OBW). Andere rechten brachten deze bevoegdheden niet steeds van rechtswege met zich (al konden zij wel afzonderlijk bedongen worden).<sup>7</sup> Zo bestond de mogelijkheid om een vergoeding van de waarde van de aangebrachte opstallen te krijgen onder het oud BW niet voor de erfpachter (thans geregeld in art. 5:99 BW). Ook was het voor de gerechtigde tot een erfdiensbaarheid niet mogelijk om de door hem aangebrachte zaken weg te halen (thans art. 5:75 lid 3 BW).<sup>8</sup> Een huurder of pachter had deze bevoegdheden in het geheel niet, terwijl het in sommige streken wel gebruikelijk was om de waarde van een door de huurder of pachter gebouwd huis aan hem te laten toekomen door hem het huis te laten verkopen bij het einde van de huur (direct aan de opvolgend gebruiker of indirect via de verhuurder of verpachter).<sup>9</sup> De praktijk bediende zich daarom van *zelfstandige* opstalrechten naast het recht van erfpacht, erfdiensbaarheid of een huur- of pachtovereenkomst om de daaruit voortvloeiende rechten aan te vullen. Zo konden deze gebruiksgerechtigden door het vestigen van een opstalrecht in staat gesteld worden om de waarde van de door hen aangebrachte opstallen te verzilveren.<sup>10</sup>

Een tweede reden om gebruik te maken van een opstalrecht bestond er in dat door het vestigen van een opstalrecht een huurder van een perceel een gebouw dat hij op dat perceel neerzette kon financieren door aan de financier een hypotheekrecht te verlenen op het opstalrecht. Op een zelfstandig opstalrecht kon men immers ook onder het oud BW een hypotheekrecht vestigen (art. 759 en 1210 sub 3 OBW). In het geval een hypotheekrecht op een opstalrecht werd gevestigd door een huurder deed zich echter een probleem voor. De eigendom van de opstal is in dergelijke gevallen alleen van waarde in combinatie met een gebruiksrecht op de grond. Daarom werd in dergelijke gevallen in de huurovereenkomst bepaald dat de verhuurder een eventuele executiekoper van het opstalrecht als huurder zou aanvaarden.<sup>11</sup> Ook bevatte het huurcontract een clause die er zorg voor droeg dat het huurrecht niet tussentijds kon eindigen zonder toestemming

van de hypotheekhouder. Dergelijke opstalrechten werden steeds als aanvulling op de huurovereenkomst gevestigd. Hoewel de term ‘huuraanvullend opstalrecht’ het meest voor de hand lag (en wel werd gebruikt), werd in de praktijk vaak ook gesproken van een ‘huurafhankelijk opstalrecht’. In navolging daarvan zijn veel schrijvers dergelijke opstalrechten als daadwerkelijk van de huur afhankelijk gaan beschouwen.<sup>12</sup> Het ging echter steeds om zelfstandige opstalrechten, waarvoor in de huurovereenkomst voorzieningen waren getroffen. Zo blijkt ook uit verschillende arresten die onder het oud BW gewezen zijn over ‘afhankelijke’ opstalrechten: hoewel steeds gesproken wordt van een ‘afhankelijk opstalrecht’, gaat het om opstalrechten die ter aanvulling op de huur bedoeld zijn. Dat blijkt uit het feit dat het opstalrecht niet automatisch tenietgaat bij het eindigen van de huurovereenkomst.<sup>13</sup> Ook vandaag de dag is dat criterium bepalend om vast te stellen of een opstalrecht afhankelijk dan wel zelfstandig is.<sup>14</sup>

Doordat praktijk en leer zo uiteenliepen ontstond een verwarrende situatie.<sup>15</sup> In de praktijk werden hypotheekrechten verleend op ‘afhankelijke’ (maar in werkelijkheid zelfstandige, aanvullende) opstal-

7. Zie bijvoorbeeld Asser/Beekhuis 3-II 1977, p. 229; Pitlo/Brahn 1977, *Zakenrecht*, p. 293.
8. Zie Pitlo/Reehuis en Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, p. 490.
9. Zie voor de oorsprong van deze praktijk de Blécourt/Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, Groningen: J.B. Wolters 1967, p. 181 e.v.
10. Het was overigens onduidelijk of de aanspraak op vergoeding mee overging indien het verhuurde verkocht werd (zie art. 1612 OBW).
11. H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 208; M.J.A. van Mourik & A.J.H. Pleysier, *Het landbouwkrediet en het Nieuwe burgerlijk wetboek* (preadvises Vereniging voor Agrarisch Recht), Den Haag: Stichting De Pacht 1977, p. 176.
12. Zie bijvoorbeeld Asser/Beekhuis 3-II 1977, p. 231; Pitlo/Brahn 1977, *Zakenrecht*, p. 293.
13. Gerechtshof Den Haag 4 februari 1983, V-N 1984/278 waar het hof vaststelt dat het opstalrecht blijft bestaan na beëindiging van de huurovereenkomst maar dat de nieuwe opstaller afhankelijk is van het sluiten van een huurovereenkomst met de bloot eigenaar voor een gebruiksrecht op de grond; president Rechtbank Rotterdam 10 januari 1983, KG 1983, 99 waarin het opstalrecht na einde van de huur overgedragen kan worden met toestemming van de verhuurder.
14. J. de Jong & H.D. Ploeger, *Erfpacht en opstal* (Mon. BW), Deventer: Kluwer 2008, p. 75; F.J. Vonck, *Groene serie Zakelijke rechten*, art. 1 5:101, aantekening 2 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2013); Gerechtshof Leeuwarden 25 oktober 2011, WR 2013/67 m.nt. Ploeger.
15. Zie de rechtsvragenrubriek in WPNR 1993/6086, waarin A.A. van Velten een vraag beantwoordt van een notaris die zich afvraagt of het mogelijk is om een hypotheekrecht te vestigen op een huuraanvullend opstalrecht.

rechten,<sup>16</sup> terwijl in de doctrine werd geleerd dat dat niet mogelijk was omdat afhankelijke opstalrechten (in de daadwerkelijke zin van het woord) niet voor verhypothekering vatbaar waren.<sup>17</sup> Dat men niet altijd onderscheidde blijkt wel uit het feit dat ook het verhypothekeren van *aanvullende* opstalrechten in de literatuur als onmogelijk werd beschouwd, omdat deze met de huurverhouding verbonden zouden zijn.<sup>18</sup> Zo groot kan de kracht van woorden zijn, dat men het ‘afhankelijke opstalrecht’ als aparte vorm van opstalrecht ging beschouwen, ook al was deze figuur niet in het oud BW geregeld. Het spraakgebruik snelde de werkelijkheid nog verder vooruit toen de wetgever in het huidige BW de mogelijkheid opnam om opstalrechten *afhankelijk* te maken van een recht van huur, pacht, of zakelijk recht. Het lijkt er op dat de wetgever zich bij het opstellen van het huidige art. 5:101 lid 2 BW heeft gebaseerd op de in de literatuur gesignaleerde (vermeende) praktijk om daadwerkelijk afhankelijke opstalrechten te vestigen.<sup>19</sup> In de toelichting wordt vermeld dat een recht van hypotheek slechts kan worden gevestigd op een *zelfstandig* recht van opstal.<sup>20</sup> Voor veel afhankelijke opstalrechten is dat niet problematisch: indien een opstalrecht bijvoorbeeld afhankelijk gemaakt is van een recht van erfpacht, dan kan financiering worden verkregen door het recht van erfpacht te verhypothekeren. Bij uitwinning van het erfpachtrecht krijgt de executiekoper automatisch het opstalrecht dat daarvan afhankelijk is. De wetgever lijkt er echter aan voorbij te gaan dat juist voor de huurder die een opstalrecht verkrijgt daarmee de hele ratio van het huuraanvullende opstalrecht tenietgedaan is. Op een afhankelijk opstalrecht, dat niet afzonderlijk kan worden overgedragen, kan immers geen beperkt recht worden gevestigd (art. 3:81 lid 1 BW),<sup>21</sup> terwijl (anders dan bij bijvoorbeeld een erfpachtafhankelijk opstalrecht) ook het hoofdrecht (het recht van huur) niet verhypothekerbaar is. Goed beschouwd is het afhankelijke opstalrecht dus geen vreemd overblijfsel van het oude recht dat met de invoering van het huidige BW niet is aangepast, maar juist een creatie van het nieuwe BW die niet heeft uitgepakt zoals voorzien: een soort goederenrechtelijke mutatie.

## 2. Praktische waarde van het afhankelijke opstalrecht

De praktische toepassing van het afhankelijke opstalrecht lijkt tegenwoordig zeer beperkt te zijn. Voor het huurafhankelijke opstalrecht is dat, zoals gezegd, omdat de belangrijkste reden om voor een opstalrecht naast de huur te kiezen – de financierbaarheid – er niet mee kan worden bereikt. Voor andere afhankelijke opstalrechten is dat omdat de bevoegdheden bij einde van het opstalrecht die vroeger slechts golden voor het opstalrecht (rechten op wegneming van of vergoeding voor de opstal) inmiddels in wet zijn opgenomen voor de goederenrechtelijke rechten waar het opstalrecht vroeger naast gebruikt werd.<sup>22</sup>

Wil men in de praktijk aan een gebruiksgerechtigde een opstalrecht doen toekomen, dan ligt het vandaag de dag het meest voor de hand om een zelfstandig opstalrecht te vestigen waarvan de levensduur wordt beperkt door afspraken in de vestigingsakte.<sup>23</sup> Naar mijn mening kan dat bijvoorbeeld door overeen te komen dat de eigenaar van de onroerende zaak het recht heeft het opstalrecht op te zeggen indien het gebruiksrecht wordt beëindigd.<sup>24</sup> Dit maakt het opstalrecht niet afhankelijk; het kan immers voortbestaan nadat de huurovereenkomst is geëindigd.<sup>25</sup> Op deze manier ontstaat voor de opstalgerechtigde een zelfstandig opstalrecht, dat kan worden verhypothekerd, terwijl de eigenaar niet langer dan noodzakelijk gebonden is aan het opstalrecht.

Beperkte rondvraag bij een drietal kantoren met een grote notariële vastgoedpraktijk leerde mij dat afhankelijke opstalrechten sinds 1992 welhaast niet meer gevestigd worden. In de jurisprudentie die beschikbaar is op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) zijn slechts 13

16. Hoge Raad (Belastingkamer) 7 maart 1979, *NJ* 1980, 116 m.nt. Kleyn, waaruit blijkt dat het ‘afhankelijke opstalrecht’ wordt gevestigd “als aanvulling op en verbonden aan een eerder, dan wel terzelfder tijd aangegane overeenkomst van huur en verhuur met betrekking tot het desbetreffende onroerend goed”, waarmee in casu beoogd wordt “dat zij de gestichte, en nog te stichten opstallen zou kunnen laten dienen, door middel van het verlenen van hypotheek, tot zekerheid van te sluiten geldleningen”.
17. Pitlo/Brahn 1977, *Zakenrecht*, p. 292.
18. Zie bijvoorbeeld Asser/Beekhuis 3-II 1977, p. 231.
19. C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire Geschiedenis Boek 5 BW*, Deventer: Kluwer 1981, p. 355.
20. Idem.
21. Dat dit soms toch lijkt te gebeuren blijkt impliciet uit Hoge Raad 12 juli 2013, *RvdW* 2013/893. In deze zaak probeert een curator een op een huurafhankelijk recht van opstal gevestigd hypotheekrecht te vernietigen met een beroep op de actio Pauliana (dit blijkt uit de conclusie van A-G Hammerstein, de Hoge Raad doet de zaak zelf af op art. 81 RO). Geen van de betrokkenen lijkt te merken dat het hypotheekrecht niet gevestigd had *kunnen* worden, omdat een afhankelijk opstalrecht geen hypotheekobject kan zijn.
22. Zie art. 5:99 BW voor de mogelijkheid van de erfpachter om de waarde van de door hem aangebrachte zaken vergoed te krijgen, art. 5:75 lid 3 BW voor de mogelijkheid van de gerechtigde tot een erfdienstbaarheid om de door hem aangebrachte zaken weg te halen.
23. Zie hierover P.L. Visser & F.J. Vonck, ‘De toegevoegde waarde van het huurafhankelijke opstalrecht’, *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte* 2013/2.
24. Andere opzeggingsgronden zouden kunnen zijn het faillissement van de opstaller, het niet betalen van de retributie voor een periode van twee jaren en het ernstig tekortschieten in andere verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst tot het vestigen van het opstalrecht.
25. J. de Jong & H.D. Ploeger, *Erfpacht en opstal* (Mon. BW), Deventer: Kluwer 2008, p. 75; F.J. Vonck, *Groene serie Zakelijke rechten*, art. 5:101, aantekening 2 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2013); Gerechtshof Leeuwarden 25 oktober 2011, *WR* 2013/67 m.nt. Ploeger.

procedures te vinden waarin een afhankelijk opstalrecht (zijdelings) aan de orde komt.<sup>26</sup> Laat ik de rariteiten even buiten beschouwing,<sup>27</sup> dan blijven over:

- A. Twee gevallen waarin gewerkt wordt met van huur afhankelijke opstalrechten voor kleine opstallen: huisjes op een recreatiepark<sup>28</sup> en een GSM-antenne op gehuurd land.<sup>29</sup>
- B. Zes gevallen waarin een afhankelijk opstalrecht is gekoppeld aan erfpacht van een iets groter vastgoedobject: een huis,<sup>30</sup> een auto-wasstraat<sup>31</sup> of een woon/winkelcomplex met ondergrondse parkeergarage.<sup>32</sup>
- C. Vier gevallen waarin gepoogd wordt door middel van een erfpachtconstructie voor de eigen woning fiscaal voordeel te bewerkstelligen.<sup>33</sup>

Bij nadere bestudering blijkt dat voor géén van de bovengenoemde zaken het afhankelijk opstalrecht voordelen zou hebben geboden boven een zelfstandig opstalrecht (of, in sommige gevallen, het recht van erfpacht waar het aan gekoppeld was). Ik zal dat per categorie uitleggen.

#### A. *Huur plus opstal*

Het nadeel van een afhankelijk opstalrecht ten opzichte van een zelfstandig opstalrecht bestaat er in dat op een afhankelijk opstalrecht geen hypotheekrecht gevestigd kan worden. Bij relatief kleine opstallen, zoals kleine stacaravans en vakantie-huisjes speelt dat nadeel wellicht een kleinere rol. Een huurafhankelijk opstalrecht zou dan gebruikt kunnen worden om de opstal relatief gemakkelijk van eigenaar te doen verwisselen. De verhuurder laat dan de huurcontracten van vertrekkende huurders via contractoverneming overgaan op de nieuwe huurders, waardoor slechts éénmaal een afhankelijk opstalrecht hoeft te worden gevestigd.<sup>34</sup> Nadien gaat de opstal steeds over op de opvolgend huurder. In zulke constructies is de huurder minder zeker van zijn eigendom dan hij waarschijnlijk denkt. Zou men bijvoorbeeld de opstal willen verkopen, dan kan dat alleen door het contract op de opvolgende huurder te doen overgaan. Daartoe zullen afspraken gemaakt dienen te worden in de huurovereenkomst, waarin vaak bij recreatieparken juist bepaald is dat de verhuurder enige mate van zeggenschap heeft over wie mag komen huren.<sup>35</sup> De huurder kan zijn opstal niet zelf aan de opvolgende huurder overdragen, omdat de opstal afhankelijk is van de huur en daarom geen zelfstandig overdraagbare zaak is. Praktisch komt het er dan op neer dat de huurder die zijn recreatiebungalow wil verkopen met de koper een prijs overeenkomt om het huurcontract van de onderliggende grond op deze opvolgend huurder over te doen gaan door middel van contractoverneming (waarbij al dan niet instemming van de verhuurder vereist zal zijn). De meerwaarde van een dergelijk arrangement boven een zelfstandig opstalrecht is het uitsparen van de notariskosten bij het doen overgaan van de opstal.

Deze meerwaarde is echter betrekkelijk; om een eventueel beroep op derdenbescherming (art. 3:24 BW) aan de zijde van een koper van de eigendom van de onderliggende grond uit te sluiten zal de gerechtigde tot de opstal zijn afhankelijke opstalrecht toch willen doen inschrijven (art. 3:17 BW).<sup>36</sup> Notaris-kosten zijn dan onvermijdelijk. Daarnaast zal ook een notaris benodigd zijn indien de huur eindigt en nog geen opvolgend huurder gevonden is. Het

26. Ik heb een overzicht gemaakt van alle uitspraken tussen 01-01-1992 en 28-05-2015 waarin de volgende termen voorkomen: 'afhankelijk opstalrecht', 'afhankelijk recht van opstal', 'accessoir opstalrecht', 'accessoir recht van opstal' (voor alle vier ook met andere woordvolgorde, zoals in de samstelling 'opstalrecht dat afhankelijk is van...'), 'huurafhankelijk', 'erfpachtafhankelijk', 'pachtafhankelijk' en 'vruchtgebruikafhankelijk'. Uit deze lijst heb ik alle resultaten verwijderd die betrekking hebben op zelfstandige opstalrechten, heb ik procedures in meerdere instanties samengevoegd en heb ik de uitspraken verwijderd waarin afhankelijke opstalrechten worden beschreven die vóór 1992 werden gevestigd, zoals in Rechtbank Utrecht 21 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:7327 en Rechtbank Midden-Nederland 9 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4010.
27. Het reeds aangehaalde Hoge Raad 12 juli 2013, *RvdW* 2013/893, waarin bedoeld zal zijn geweest een zelfstandig opstalrecht te vestigen.
28. Rechtbank Rotterdam 8 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA027.
29. Rechtbank Utrecht 18 september 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AU7775.
30. Gerechtshof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2020; Gerechtshof Arnhem 30 oktober 2012, *NJF* 2013/196, ECLI:NL:GHARN:2012:BZ6245; Rechtbank Overijssel 18 september 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2364; Rechtbank Arnhem 11 juli 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX6404.
31. Rechtbank Utrecht 24 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5878.
32. Rechtbank Arnhem 2 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU3569, ook kenbaar uit Rechtbank Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4451.
33. Hoge Raad 10 oktober 2014, *BNB* 2015/83, ECLI:NL:HR:2014:2927 (eerdere instantie Gerechtshof Amsterdam 2 mei 2013, *V-N* 2013/37.2.4, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA0082), Hoge Raad 19 september 2014, *BNB* 2015/11, ECLI:NL:HR:2014:2694 (eerdere instanties Gerechtshof Den Haag 24 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3132 en Rechtbank Den Haag 4 november 2011, *V-N* 2012/16.2.1, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU9747), Hoge Raad 17 februari 2012, *NTFR* 2012/476, ECLI:NL:HR:2012:BV0651 (eerdere instanties Gerechtshof Den Bosch 17 december 2010, *NTFR* 2011/814, ECLI:NL:GHSHE:2010:BQ0397 en Rechtbank Breda 7 september 2009, *NTFR* 2009/2332, ECLI:NL:RBBRE:2009:BJ8786) en Gerechtshof Den Haag 13 november 2013, *V-N* 2014/41.2.1, ECLI:NL:GHDHA:2013:4301 (eerdere instantie Rechtbank Den Haag 20 april 2011, *V-N* 2011/36.2.2, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ5590).
34. Zie voor een voorbeeld de huurvoorwaarden van Watersport centrum De Brekken, te raadplegen via <https://www.brekken.nl/files/Downloads/Prijzen/prijslijst%20wsc.pdf>.
35. Zo ook in bovenstaand geval, waar schriftelijke instemming van de verhuurder vereist is voor indeplaatsstelling.
36. F.J. Vonck, *Groene serie Zakelijke rechten*, art. 5:101, aantekening 2 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2013).

opstalrecht eindigt dan automatisch, waardoor het opnieuw zal moeten worden gevestigd (met de bijbehorende kosten) voor een nieuwe huurder. De voordelen van het huurafhankelijke opstalrecht in deze constructie zijn dan ook miniem.

### B. *Erfpacht plus opstal*

Voor opstalrechten die afhankelijk zijn gemaakt van erfpacht geldt het bovengenoemde kostenbesparingsargument sowieso niet; om het erfpachtrecht over te schrijven is hoe dan ook een notaris vereist. Een meerwaarde boven het erfpachtrecht heeft het afhankelijke opstalrecht niet; in het erfpachtrecht kunnen dezelfde bevoegdheden geregeld worden die de afhankelijk opstalgerechtigde heeft. Dit geldt voor vakantiehuisjes, maar ook voor grotere onroerende zaken zoals een autowasstraat. Ook in het aangehaalde voorbeeld van een woon/winkelcomplex met een ondergrondse parkeergarage biedt het opstalrecht geen meerwaarde naast het erfpachtrecht. Als de parkeergarage toekomt aan de erfpachter kan hij op basis van zijn erfpachtrecht gebruik maken van de garage; indien de parkeergarage toekomt aan een ander dan de erfpachter kan deze ander een eigen, zelfstandig opstalrecht verkrijgen (dat juist niet gekoppeld is aan de erfpacht, omdat hij anders niet over de garage zou kunnen beschikken).

### C. *Fiscale motieven plus opstal*

Een laatste categorie zaken waarin gebruik gemaakt is van een afhankelijk opstalrecht heeft betrekking op fiscale constructies die er op gericht zijn de canon van een recht van erfpacht van de inkomstenbelasting af te kunnen trekken. Dit kan gebeuren in overleg met een externe financier, zoals het zogenaamde 'Grondwaardeplan' dat MeesPierson in het verleden aanbod. In deze constructie verkochten huiseigenaren hun onroerend goed en kregen daarop tegen betaling van een jaarlijkse erfpachtcanon het perceel weer in erfpacht terug. Het is ook mogelijk om de constructie 'zelf' op te tuigen, door gebruik te maken van een eigen BV of stichting waarvan de woning in erfpacht (terug) wordt verkregen. Een opstalrecht is nodig om de woning in (economische) eigendom doen toe te komen aan de bewoner, zodat deze de kosten van de erfpachtcanon af kan trekken van de inkomstenbelasting (een recht van erfpacht kwalificeert namelijk niet als eigen woning).<sup>37</sup> De jurisprudentie laat zien dat deze constructies vaak niet werken.<sup>38</sup> De rechter prikt door deze constructies heen, omdat de daadwerkelijke eigendom van de woning nog steeds bij de erfpachter ligt<sup>39</sup> of omdat de canonbetaling feitelijk neerkomt op het betalen van rente over een geldlening in plaats van kosten voor de eigen woning.<sup>40</sup> Hoe dan ook is het voor deze constructies niet noodzakelijk dat een opstalrecht afhankelijk gemaakt wordt; de aard van het opstalrecht is voor deze constructies niet van belang, omdat het er simpelweg om gaat de woning in (economische) eigendom te hebben.

### 3. **Nieuwe toepassingen voor het afhankelijke opstalrecht binnen de huidige regelgeving?**

In de jurisprudentie is dus geen voorbeeld te vinden van een afhankelijk opstalrecht dat meerwaarde geboden zou hebben boven een zelfstandig opstalrecht. Dat werpt de vraag op of er nog toekomst is voor het afhankelijke opstalrecht. Om te kunnen overleven als rechtsfiguur zal een toepassing gevonden moeten worden die andere rechtsfiguren niet (net zo goed) bieden.<sup>41</sup> Ik ben benieuwd of die bestaat; ik nodig eenieder uit om zijn of haar ideeën hierover met mij te delen. Zelf zal ik een aanzet doen, te beginnen met mogelijke toepassingen binnen de bestaande regelgeving.

Ik zie momenteel twee (theoretische) toepassingen waarin een afhankelijk opstalrecht daadwerkelijk voordeel zou bieden boven een zelfstandig opstalrecht, waarbij ik direct aantekenen dat deze toepassingen me onwenselijk lijken. Beide toepassingen vinden hun oorsprong in het unieke karakter dat het huurafhankelijke opstalrecht heeft (hetzelfde geldt mutatis mutandis voor het pachtafhankelijke opstalrecht). Bij andere afhankelijke rechten wordt een meeromvattend hoofdrecht versterkt door een minder omvattend afhankelijk recht. Zo wordt bij de erfdiensbaarheid een heersend erf (volledig eigendomsrecht) versterkt door de erfdiensbaarheid (beperkt recht) en wordt bij een pandrecht de vorde-ring (als vermogensbestanddeel een volledig recht) versterkt door het pandrecht (beperkt recht). Bij het huurafhankelijke opstalrecht is dat andersom: een persoonlijke aanspraak wordt versterkt door een volledig (economisch) eigendomsrecht. De waarde van de opstal wordt bij een huurafhankelijk opstal-

37. Art. 3.111 Wet inkomstenbelasting 2001.

38. Een uitzondering vormt Hoge Raad 17 februari 2012, *NTFR* 2012/476, ECLI:NL:HR:2012:BV0651.

39. Hoge Raad 19 september 2014, *BNB* 2015/11, ECLI:NL:HR:2014:2694.

40. Hoge Raad 10 oktober 2014, *BNB* 2015/83, ECLI:NL:HR:2014:2927.

41. Een voorbeeld van een dergelijke toepassing zou kunnen bestaan indien men aanneemt dat het niet mogelijk is om een erfpachtrecht als onroerende zaak aan te merken voor de toepassing van art. 5:60 BW (mandeligheid). In dat geval kan een afhankelijk opstalrecht worden gebruikt om een soort quasi-mandeligheid te creëren; zie L.C.A. Verstappen, 'Enige beschouwingen over de juridische toepassingsmogelijkheden van de figuur van de mandeligheid naar nieuw BW (II, slot)', *WPNR* 1991/6009, p. 414. Ik ga op deze toepassing niet verder in, omdat omstrede is of het daadwerkelijk onmogelijk is om een erfpachtrecht mandelig te maken. Zie hierover de uiteenlopende opvattingen van J.G. Gräler, *Mandeligheid*, Deventer: Kluwer 2007, par. 14.6.2.1 (wél mogelijk) en F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom 2013, p. 52 (niet mogelijk).

recht daardoor deels 'verstopt'. Bij andere afhankelijke rechten komt de waarde van het afhankelijke recht tot uitdrukking in een betere verkoopbaarheid van het hoofdrecht. Zo wordt de waarde van een perceel ten gunste waarvan een recht van erfdiensbaarheid is gevestigd vergroot en is het gemakkelijker een koper te vinden voor een vordering die gezekeerd is door een pandrecht. Bij een huurafhankelijk opstalrecht kan deze waardevermindering lastig geëffectueerd worden, omdat de rechten uit een huurovereenkomst zich slecht laten overdragen. Dat kan voordelen bieden indien men vermogen wil verstoppen voor bijvoorbeeld de fiscus of schuldeisers. Een voorbeeld:

Een huurder van een stuk grond bedingt van de verhuurder dat deze laatste ten gunste van hem een huurafhankelijk opstalrecht vestigt waarvoor de retributie reeds in de huurprijs is verdisconteerd (en dus nul bedraagt). De huurder 'huurt' vervolgens van een bevriende partij een mobiele woning, die hij duurzaam met de gehuurde grond verenigt. Over het verkregen opstalrecht betaalt de huurder geen overdrachtsbelasting, omdat de waarde van de opstal (nu geen retributie wordt betaald) nul is.<sup>42</sup> Wordt vervolgens via natrekking de mobiele woning eigendom van de gerechtigde tot het opstalrecht, dan is hij wederom geen overdrachtsbelasting verschuldigd omdat de overdrachtsbelasting reeds 'geheven' is op het moment dat het opstalrecht werd gevestigd.<sup>43</sup>

Het voorbeeld is uiteraard academisch, maar laat zien wat eventueel mogelijk is: de belastbare waarde van de opstal voor de overdrachtsbelasting of onroerendzaakbelasting verminderen door gebruik van een huurafhankelijk opstalrecht. Nog een voorbeeld, ditmaal van het verstoppen van vermogen voor schuldeisers:

Een pensionado wenst de rest van zijn leven geen zorgen meer te hebben over schuldeisers die beslag zouden kunnen leggen op zijn woning. Hij huurt daarom een perceel en komt met de eigenaar overeen dat deze laatste een huurafhankelijk opstalrecht ten gunste van hem vestigt, zodat hij het op het perceel gebouwde huis in (economische) eigendom kan hebben. De huur betaalt hij in één keer af.<sup>44</sup> Een beslag op de opstal van de pensionado zal de beslaglegger niet baten: zou het al mogelijk zijn om het opstalrecht afzonderlijk te verkopen (hetgeen niet het geval is, omdat een afhankelijke opstalrecht niet los van het hoofdrecht kan worden overgedragen) dan is het opstalrecht zonder het recht om de huur voort te zetten nog steeds waardeloos. Het opstalrecht gaat immers teniet als de huur waar het afhankelijk van is eindigt. Een beslag op de huurovereenkomst zelf is niet mogelijk.

Ik besef me terdege dat de hiervoor gegeven toepassingen van het afhankelijke opstalrecht gekunsteld zijn. Voor een betere toepassing houd ik me van harte aanbevolen.

### 3. Nieuwe toepassingen voor het afhankelijke opstalrecht bij wetswijziging?

De toepassing van het afhankelijke opstalrecht wordt door de tekst van art. 5:101 lid 2 BW beperkt. Ten eerste kan het opstalrecht slechts worden verleend op een onroerende zaak.<sup>45</sup> Ten tweede is het aantal typen rechten waarvan het opstalrecht afhankelijk gemaakt kan worden gelimiteerd. Ten derde volgt uit het artikel dat een opstalrecht slechts kan worden gevestigd op dezelfde zaak als ten aanzien waarvan het gebruiksrecht van de opstaller bestaat.<sup>46</sup> Nu het afhankelijke opstalrecht in de huidige opzet geen maatschappelijke functie vervult, zou door het herschrijven van de bepaling zonder deze laatste twee beperkingen wellicht een nieuwe toepassing gevonden kunnen worden.<sup>47</sup> De afhankelijkheid van het afhankelijke opstalrecht kan dan worden gebruikt om twee rechten aan elkaar te koppelen die samen overgedragen kunnen worden. Een voorbeeld van een opstalrecht dat afhankelijk wordt gemaakt van een zakelijk recht dat géén betrekking heeft op de onroerende zaak waarop het opstalrecht wordt gevestigd:

Bij de aanleg van een ondergronds leidingennet wordt met alle 1000 eigenaren van de percelen waaronder de leidingen zullen lopen overeengekomen een opstalrecht te vestigen. Het opstalrecht dient niet om de leiding in eigendom aan de aanlegger van de leidingen te doen toekomen

- 
42. J. Verbaan, *Cursus Belastingrecht* aantekening BvR.2.2.3.B.b2 (online, laatst bijgewerkt op 27 januari 2015).
43. Hoge Raad 24 december 2010, *BNB* 2011/83 m.nt. Van Straaten.
44. Ik ga er, evenals Gemeenschappelijk Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba 27 september 2002, *NJ* 2004/92 vanuit dat art. 7:201 BW dat mogelijk maakt.
45. Een uitzondering wordt gevormd door de mogelijkheid om een opstalrecht te vestigen op het privé-gedeelte van een appartementsrecht (art. 5:118a BW), dat geen zelfstandige onroerende zaak is.
46. Zie C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire Geschiedenis Boek 5 BW*, Deventer: Kluwer 1981, p. 356: "Voor de afhankelijke opstalrechten heeft artikel 3 [5:103 BW – TEB] slechts geringe betekenis omdat de opstaller gewoonlijk reeds krachtens het hem toekomende hoofdrecht een uitsluitend gebruiksrecht op de grond zal hebben."
47. D.L. Rodrigues Lopes, *Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 1.2.1 acht het mogelijk dat een opstalrecht afhankelijk gemaakt wordt van een recht van vruchtgebruik dat niet direct op de zaak rust (maar, naar ik aanneem, op een recht van erfpacht). Het praktisch nut daarvan zie ik niet, maar het is een voorbeeld van het minder strak vasthouden aan de tekst van art. 5:101 lid 2 BW.

(die is immers al eigenaar op grond van art. 5:20 lid 2 BW), maar om de aanlegger de bevoegdheid te verlenen om de leidingen in de grond van de percee-eigenaren te hebben liggen. In plaats van op elk van de percelen een zelfstandig opstalrecht te vestigen wordt het opstalrecht afhankelijk gemaakt van de eigendom van het leidingennet. Wordt de eigendom van het leidingennet overgedragen, dan gaan zonder dat daarvoor aparte leveringen zijn vereist automatisch alle opstalrechten mee over op de opvolgend verkrijger (art. 3:82 BW).<sup>48</sup>

Nog een voorbeeld van een opstalrecht dat afhankelijk gemaakt wordt van een ander hoofdrecht dan de in art. 5:101 lid 2 BW genoemde:

Een tuinder sluit een overeenkomst met een afnemer om een aantal hectare aan gewassen voor de afnemer te telen. Omdat de afnemer niet het risico wil lopen dat een eventueel faillissement van de tuinder voorafgaand aan de oogst de verkrijging van de gewassen doorkruist, wordt overgegaan tot de vestiging van een opstalrecht ten gunste van de afnemer. Dit opstalrecht wordt afhankelijk gemaakt van de overeenkomst om de gewassen te telen. Mocht daar aanleiding toe zijn, dan kan de afnemer door middel van contractsovername in één keer ook de eigendom van de gewassen doen overgaan op een andere afnemer.

Een laatste voorbeeld van twee rechten die gekoppeld kunnen worden als een opstalrecht op een andere onroerende zaak gevestigd kan worden dan die waarvoor het gebruiksrecht geldt:

Op een vakantiepark aan het water worden huisjes gebouwd voor de verkoop. De park-eigenaar heeft voor ieder huisje een stukje strand afgepaald. Omdat de huisjes en de stukjes strand niet altijd aan elkaar grenzen, wil de parkeigenaar de twee steeds aan elkaar koppelen: wordt het huisje verkocht, dan verkrijgt de opvolgend koper ook automatisch het bijbehorende stukje strand. Dit wordt bereikt door ieder stuk strand te verzelfstandigen en er een opstalrecht op te vestigen dat afhankelijk is van de eigendom van het huisje. Mochten de gebruikers overgaan tot het bouwen van strandhutjes of een aanlegsteiger, dan komen die in eigendom aan hen toe.

Uit de vorenstaande voorbeelden blijkt dat het soms nuttig kan zijn om twee (gebruiks)rechten aan elkaar te koppelen. In de praktijk wordt daarvoor momenteel onder andere gebruik gemaakt van erfdiensbaarheden en mandeligheden, maar deze twee figuren hebben ieder hun beperkingen. Zo kan de erfdiensbaarheid geen uitkomst bieden in het geval van het leidingennet, omdat er geen heersend

erf is aan te wijzen. De mandeligheid heeft als nadeel dat een eigenaar van een aandeel in een mandelige zaak zelf kan overgaan tot het overdragen van dit aandeel aan één van de andere deelgenoten. Dat kan onhandig zijn als de bedoeling juist is om rechten gekoppeld te houden: één huisje met één strandje, één appartement met één parkeerplaats. Het afhankelijke opstalrecht in enigszins aangepaste vorm zou aan deze bezwaren tegemoet kunnen komen.

Indien ooit zou worden overgegaan tot wetswijziging zouden mijns inziens de volgende gebreken in de huidige regeling kunnen worden meegenomen bij het herschrijven:

- De wet vereist nu niet dat de keuze tussen een afhankelijk en een zelfstandig opstalrecht expliciet in de vestigingsakte wordt genoemd.<sup>49</sup> Mijns inziens is dat wel vereist: zouden partijen in de vestigingsakte niets opnemen over de aard van het opstalrecht maar wel onderling afspreken dat het opstalrecht afhankelijk is, dan zou dat tot vreemde situaties leiden. Zo zou iemand het opstalrecht overgedragen kunnen krijgen, niet wetende dat het afhankelijk is (en dus los overgedragen zou kunnen worden). De grondeigenaar zou hem de nietigheid van de koop kunnen tegenwerpen, alsook het feit dat het opstalrecht is geëindigd als gevolg van het tenietgaan van het hoofdrecht. De bescherming die art. 3:24 BW biedt kan alleen maar effectief zijn in dit soort situaties als vereist is dat het afhankelijke karakter in de akte is vermeld.
- Derden zijn niet altijd beschermd tegen de overgang van een huurafhankelijk opstalrecht op een nieuwe (mede)huurder. Dit is het geval wanneer de echtgenoot of geregistreerd partner van een huurder bij deze laatste komt inwonen (art. 7:266 BW) en wanneer iemand die een gezamenlijk huishouden voerde met een overleden huurder de huur voortzet (art. 7:268 BW).<sup>50</sup> Omdat het hier steeds feitelijke (en dus geen rechts-)handelingen betreft, is het overgaan van het opstalrecht op de nieuwe (mede)huurder niet inschrijfbaar (art. 3:17

48. Het gebruik van een kwalitatieve verplichting – zoals gesuggereerd door A.A. van Velten in de rechtsvragenrubriek in *WPNR* 2008/6771 – heeft dat voordeel niet, omdat deze slechts kwalitatief is aan de kant van de eigenaren van de percelen.

49. Vergelijk de tekst van art. 5:101 lid 2 BW met de tekst van de art. 5:101 lid 3, 5:102, 5:103, 5:105 lid 2 BW, waarin steeds wordt verwezen naar de vestigingsakte.

50. Ik ga er hierbij vanuit dat de huur betrekking heeft op het perceel met woonhuis en dat daardoor de bepalingen van afdeling 7.4.5 van toepassing zijn.

- BW). De logische consequentie is dan dat de opvolgende (mede)huurder zijn afhankelijke opstalrecht in kan roepen tegen een opvolgend verkrijger van het onderliggende perceel, zonder dat deze laatste van de ware toestand op de hoogte had kunnen zijn (art. 3:24 BW).
- Naar de letter van de wet zou de partner die bij de huurder komt inwonen overdrachtsbelasting moeten betalen voor het verkrijgen van een gedeelte van de eigendom in de woning. Mocht deze situatie zich in de praktijk ooit voordoen dan zou ik – om het prille liefdesgeluk niet te verstoren – de fiscus aanraden een oogje toe te knijpen.<sup>51</sup>
  - De wetgever heeft het einde van het afhankelijke opstalrecht steeds gekoppeld aan het einde van het hoofdrecht. Ook daarbuiten kunnen er echter redenen zijn waarom het afhankelijke opstalrecht zou moeten eindigen.<sup>52</sup> Het zou in de rede liggen om de eigenaar van de met het afhankelijke opstalrecht belaste zaak de mogelijkheid te geven om het opstalrecht op te zeggen indien de retributie niet wordt betaald (vergelijk art. 5:87 BW voor het zelfstandig opstalrecht). Bij een afhankelijk opstalrecht heeft de eigenaar deze bevoegdheid echter niet (art. 5:104 lid 2 BW). De gedachte dat deze bevoegdheid niet nodig is, aangezien de vergoeding voor de eigenaar al verdisconteerd zit in het gebruiksrecht waarvan het opstalrecht afhankelijk wordt gemaakt (en dit hoofdrecht kan worden opgezegd) lijkt me onjuist. De wet laat immers de ruimte om voor afhankelijke opstalrechten apart retributie overeen te komen (art. 5:101 lid 3 BW). Voor de eigenaar van het perceel waarop de opstal zich bevindt kan dat voordelig zijn: misgelopen retributievorderingen kunnen – anders dan bijvoorbeeld de huurpenningen bij een huurafhankelijk opstalrecht – worden verhaald op een eventueel opvolgend rechthebbende van het opstalrecht (art. 5:104 lid 1 jo 5:92 lid 2 BW). Nu de eigenaar niet de bevoegdheid heeft om de opstal op te zeggen kan hij er bekaaid vanaf komen indien een lage gebruiksvergoeding is afgesproken en de retributie niet wordt betaald.
  - Voor het afhankelijke opstalrecht bestaat niet de mogelijkheid om dit recht omwille van onvoorziene omstandigheden door de rechter te laten wijzigen. Art. 5:97 BW is immers op afhankelijke opstalrechten niet van toepassing. Het lijkt alsof de wetgever de mogelijkheid tot wijziging heeft uitgesloten omdat deze in dezelfde bepaling staat als de mogelijkheid tot opheffing van het opstalrecht. Ik zie niet in waarom uit het afhankelijke karakter van het afhankelijke opstalrecht zou volgen dat een rechter een beperkt recht niet kan wijzigen waar het zou gaan om – bijvoorbeeld – de retributieverplichting. Bij het recht van

erfdienstbaarheid, dat eveneens afhankelijk is, kan een rechter dat immers ook (art. 5:78-80 BW). De vraag is of, nu de wet niet in een specifieke *imprévision*-bepaling voor het afhankelijke opstalrecht voorziet, aangeknoopt worden bij de algemene *imprévision*-regeling uit art. 6:258 BW.<sup>53</sup> Ik zou zeggen van wel, mits – net als bij een zelfstandig opstalrecht – 25 jaar verstreken is.

### Conclusie

Het afhankelijke opstalrecht is een ‘freak of nature’: eigenlijk zou het niet bestaan moeten hebben. Nu de figuur toch bestaat, is de vraag of er toepassingen zijn te bedenken die er voor zorgen dat het afhankelijke opstalrecht toegevoegde waarde heeft naast het zelfstandig opstalrecht en de rechten waarvan het afhankelijk gemaakt kan worden. Zoals de wettelijke regeling nu luidt zijn die er nauwelijks. Met een meer flexibele opvatting ten aanzien van de rechten waarvan een opstalrecht afhankelijk gemaakt kan worden zou het afhankelijke opstalrecht daadwerkelijk meerwaarde krijgen. Er kunnen dan om praktische of economische redenen rechten aan elkaar gekoppeld worden die niet op een andere wijze bij elkaar te houden zijn. Een evolutie in die richting zou het gebruik van het afhankelijke opstalrecht kunnen doen toenemen: aanpassen om te overleven.

- 
51. Hoewel een dergelijke verkrijging niet is uitgezonderd in de Wet op belastingen van rechtsverkeer meen ik dat aangesloten zou moeten worden bij het idee achter de bepaling in art. 3 lid 1 sub a van die wet, die bepaalt dat verkrijging krachtens boedelmenging wordt uitgezonderd van heffing.
  52. Dat blijkt ook al uit het feit dat de wetgever toegeeft dat partijen een afhankelijk opstalrecht voor een bepaalde tijd kunnen vestigen; zie C.J. van Zeven & J.W. du Pon, *Parlementaire Geschiedenis Boek 5 BW*, Deventer: Kluwer 1981, p. 363.
  53. In die zin voor het hypotheekrecht: P.H.M. Gerver, *Zijn regels wel regels?*, Deventer: Kluwer 1994, p. 8.