

WIJZIGING VAN BEPERKTE RECHTEN

Kirsten Everaars*

Het Burgerlijk Wetboek geeft nergens expliciet regels voor een wijziging van de inhoud van een beperkt recht door partijen. Daardoor lijkt niet duidelijk te zijn welke vereisten voor een dergelijke wijziging gelden en wat de gevolgen daarvan zijn. Uit het wettelijk systeem zijn deze vereisten en gevolgen echter wel af te leiden. In deze bijdrage sta ik daarbij stil.



Kirsten Everaars
Wijziging van beperkte rechten
 Diss. RU, Serie Onderneming en Recht 123, Deventer: Wolters Kluwer 2021, 448 p., € 87,51

Op 31 maart 2021 promoveerde Kirsten Everaars aan de Radboud Universiteit Nijmegen met haar proefschrift *Wijziging van beperkte rechten*. Promotor was prof. mr. S.E. Bartels.

1 Inleiding

Er zijn tal van voorbeelden te noemen waarin een wijziging van een beperkt recht centraal staat. Om een beeld te kunnen schetsen noem ik de uitbreiding van de bevoegdheden van een vruchtgebruiker, de wijziging van de rangorde van pandrechten, de verhoging van het maximumbedrag verbonden aan een hypotheekrecht, de verlegging van een recht van erfdiensbaarheid, de verhoging van de canon verbonden aan een erfpachtrecht en de verlenging van de duur van een opstalrecht.

In mijn proefschrift hanteer ik drie categorieën van wijziging: een wijziging door de rechter, een wijziging door partijen en een wijziging van rechts-

wege.¹ Binnen elke categorie bespreek ik verschillende gronden voor wijziging. Het onderzoek biedt daardoor inzicht in het bestaan, de vereisten en de rechtsgevolgen van allerlei gronden voor wijziging. Het onderzoek is afgebakend tot wijziging van de inhoud en rangorde van beperkte rechten.²

In tegenstelling tot regelingen voor het ontstaan, de overdracht en het tenietgaan van beperkte rechten door partijen, kent de wet geen expliciete algemene regeling voor een wijziging van een beperkt recht door partijen

In deze bijdrage licht ik de wijziging door partijen uit. In tegenstelling tot regelingen voor het ontstaan, de overdracht en het tenietgaan van beperkte rechten door partijen, kent de wet geen expliciete algemene regeling voor een wijziging van een beperkt recht door partijen.³ De wet regelt wel expliciet een wijziging van de rang van hypotheekrechten onderling of van een hypotheekrecht met een ander beperkt recht (art. 3:262 BW) en de verlegging van een recht van erfdiensbaarheid (art. 5:73 lid 2 BW).

* Mr. K. Everaars is als universitair docent burgerlijk recht verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit.

- 1 De indeling in categorieën is niet helemaal sluitend, zie K. Everaars, *Wijziging van beperkte rechten* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021, onder meer nr. 27, in het bijzonder voetnoot 77 en 78.
- 2 Zie Everaars 2021/14 e.v.
- 3 Zie bijvoorbeeld art. 3:81 en 3:98 BW.
- 4 In deze bijdrage vat ik de regels samen; voor nuances verwijs ik naar mijn proefschrift, zie Everaars 2021, par. 3.2.
- 5 Zie Everaars 2021/199 e.v. Vgl. ook E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers 1948, p. 106; W.C. Treurniet, *Erfpacht en Erfpachtsvoorwaarden. Preadviezen Broederschap der Candidaat-Notarissen*, s.l.: s.n. 1957, p. 113-114 en F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 191-192.

6 Hieronder valt ook een wijziging waar bijvoorbeeld wel in een akte van vestiging van een beperkt recht op gewezen wordt, maar waarbij nog steeds wilsovereenstemming tussen partijen is vereist. Vgl. Everaars 2021/262.

7 Zie Everaars 2021/201 e.v. Zie ook N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'Het verleggen van grenzen bij het bepalen van de rangorde van rechten van pand of hypotheek', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid*, Deventer: Kluwer 2010, p. 168-169; F.J. Vonck, 'Reactie op "Erfpachtconversie bij appartamenten en de rechtsgevolgen daarvan voor de betrokken lasten en beperkingen" van prof. mr. W.G. Huijgen in WPNR (2010) 6859', *WPNR* 2011, afl. 6874, nr. 7; A. Steneker, *Pandrecht* (Monografieën BW B12a), Deventer: Kluwer 2012/16; Vonck 2013, p. 192-193; P.H.N. Quist, 'Verpanding van BV-aandelen, toekomstige aandelen en rangwisseling', *TOP* 2016/568, par. 6; S.E. Bartels & A.A. van Velten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Zakenrecht. Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/218a; en A. Steneker, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 5. Beslag en executie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/514.

8 *Parl. Gesch. BW Boek 3*, 1981, p. 406 (MvA II).

9 Zie Everaars 2021/203. Zie ook Vonck 2013, p. 192-193 en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/218a.

10 Op grond van art. 5:89 lid 2 BW mag de erfpachter zonder toestemming van de eigenaar niet een andere bestemming aan de zaak geven. Toestemming van de eigenaar om wel een andere bestemming aan de onroerende zaak te geven, leidt mijns inziens niet tot wijziging van het erfpachtrecht. Zie Everaars 2021, par. 3.4.4.

11 De inhoud van een beperkt recht kan ook bestaan uit verplichtingen van de beperkt gerechtigde of uit bevoegdheden en verplichtingen van de eigenaar. Ook een wijziging daarvan past in het systeem van een aanvullende vestiging en/of gedeeltelijke afstand, zie Everaars 2021/207-211.

12 Zie Everaars 2021/201 en 216-217. Zie ook Vonck 2013, p. 191-192 en 194.

13 Zie Vonck 2013, p. 191.

14 Zie Everaars 2021/218-226 voor de afbakening tussen een toepassing van de bestaande voorwaarden en een aanvullende vestiging en/of gedeeltelijke afstand.

15 Zie ook Vonck 2013, p. 194.

16 Zie Everaars 2021/227 e.v.

17 Zie Everaars 2021/227 e.v.

18 Zie Everaars 2021/230 e.v.

Ook andere voorbeelden zijn denkbaar. Een recht van erfpacht kan bijvoorbeeld in duur worden verlengd, waarbij de canon wordt verhoogd, de erfpachter er een aantal bevoegdheden bij krijgt en wellicht ook een aantal bevoegdheden verliest. De wet geeft eigenlijk nergens expliciet regels voor dergelijke wijzigingen. Daardoor is niet duidelijk hoe die wijzigingen moeten worden gekwalificeerd, welke vereisten ervoor gelden en wat de gevolgen ervan zijn. In deze bijdrage vat ik het wettelijk systeem van een wijziging van de inhoud van een beperkt recht door partijen samen.⁴ Ik schets het karakter (par. 2), geef aan welke vereisten gelden (par. 3), zet uiteen wat de gevolgen zijn (par. 4) en sluit af met een conclusie (par. 5).

2 Karakter

Er bestaan drie 'smaken' van wijziging.⁵ Ten eerste een wijziging die na de vestiging van het beperkte recht tot stand komt doordat partijen daarover wilsovereenstemming bereiken.⁶ Nu is er bijvoorbeeld een recht van erfdiensbaarheid gevestigd waarbij de eigenaar van het dienend erf niet hoger dan vijf meter mag bouwen en dit wordt gewijzigd naar vier meter. Ten tweede een wijziging die na de vestiging van het beperkte recht tot stand komt, maar waarbij een van de partijen reeds bij de vestiging ermee heeft ingestemd die wijziging te zullen dulden. Een erfpachter heeft bijvoorbeeld blijkens de (oorspronkelijke) erfpachtvoorwaarden de bevoegdheid zijn erfpachtrecht met een bepaalde termijn te verlengen. Ten derde een wijziging die na de vestiging van het beperkte recht als het ware automatisch tot stand komt, omdat daarvoor geen wilsovereenstemming meer tussen partijen is vereist. Er is bijvoorbeeld een opstalrecht gevestigd en uit de opstalvoorwaarden vloeit voort dat de retributie elk jaar wordt geïndexeerd.

De eerste twee gevalstypen van wijziging zijn te kwalificeren als een aanvullende vestiging, een gedeeltelijke afstand of een combinatie van beide in de zin van artikel 3:98 jo. 3:84 BW.⁷ Artikel 3:98 BW bepaalt dat de wetsartikelen in afdeling 3.4.2 BW omtrent de overdracht van goederen van overeenkomstige toepassing zijn op de vestiging, de overdracht en de afstand van een beperkt recht op een zodanig goed. Artikel 3:98 BW noemt niet de wijziging van de inhoud van een beperkt recht, maar uit de memorie van antwoord bij artikel 3:98 BW blijkt dat in het stelsel van dit artikel ligt besloten dat de inhoud van een beperkt recht kan worden gewijzigd.⁸ Zoals het toekennen van bevoegdheden aan een beperkt gerechtigde wordt gekwalificeerd als de vestiging van een beperkt recht, zo wordt het uitbreiden van de bevoegdheden van de beperkt gerechtigde na de vestiging gekwalificeerd als een aanvullende vestiging van het beperkte recht. Zoals het teruggeven van bevoegdheden door de beperkt gerechtigde aan de moedergerechtigde wordt gekwalificeerd als een afstand van het beperkte recht, zo wordt het beperken van de bevoegdheden van de beperkt gerechtigde na de vestiging gekwalificeerd als een gedeeltelijke afstand van het beperkte recht.⁹

Stel, een erfpachtrecht met bestemming winkelruimte wordt gewijzigd in een erfpachtrecht met bestemming kantoorruimte.¹⁰ Er is sprake van een

aanvullende vestiging en een gedeeltelijke afstand. Een gedeeltelijke afstand, omdat sprake is van een beperking van de bevoegdheid van de erfpachter om de onroerende zaak volgens de bestemming winkelruimte te gebruiken; een aanvullende vestiging, omdat sprake is van een aanvulling van de bevoegdheid van de erfpachter om de onroerende zaak volgens de bestemming kantoorruimte te gebruiken. Kortom, wat eerst mocht, mag nu niet meer en wat eerst niet mocht, mag nu wel.¹¹

Het derde gevalstype van wijziging is te kwalificeren als een toepassing van de bestaande voorwaarden.¹² Een dergelijke wijziging is niet gelijk te stellen aan een aanvullende vestiging, een gedeeltelijke afstand of een combinatie van beide. Een dergelijke wijziging 'loopt' dus ook niet via het stelsel van artikel 3:98 jo. 3:84 BW. Volgens Vonck is 'goed beschouwd van een echte wijziging geen sprake'.¹³ Van een toepassing van de bestaande voorwaarden is sprake als de verandering voldoende 'bepaald' is in die zin dat voor de verandering een basis is te vinden in de voorwaarden en de verandering intreedt onafhankelijk van latere wilsovereenstemming tussen partijen.¹⁴ Dat is bijvoorbeeld het geval bij een indexering van de canon in het kader van een erfpachtrecht of de retributie in het kader van een opstalrecht.¹⁵

De wijziging van de inhoud van een beperkt recht is ofwel aan te merken als een aanvullende vestiging en/of een gedeeltelijke afstand ofwel als een toepassing van de bestaande voorwaarden

3 Vereisten

De wijziging van de inhoud van een beperkt recht is ofwel aan te merken als een aanvullende vestiging en/of een gedeeltelijke afstand ofwel als een toepassing van de bestaande voorwaarden. In het eerste geval is sprake van een juridische wijziging en volgen de vereisten uit artikel 3:98 jo. 3:84 BW.¹⁶ Voor een juridische wijziging is vereist een 'levering' krachtens een geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken. In het tweede geval is sprake van een feitelijke wijziging en is artikel 3:98 jo. 3:84 BW niet van toepassing.¹⁷ Voor een feitelijke wijziging is 'slechts' vereist dat de verandering is neergelegd in de voorwaarden en dus tot inhoud van het beperkte recht is gemaakt. Uiteraard moet in het kader van de vestiging van het beperkte recht aan de vereisten van artikel 3:98 jo. 3:84 BW zijn voldaan.

De juridische wijziging vereist ten eerste een levering.¹⁸ De levering of leveringshandeling moet in het kader van een wijziging van de inhoud van een beperkt recht gezien worden als de wijziging of wijzigingshandeling. Zolang de wijziging(shandeling) niet is voltooid, is het beperkte recht in goederenrechtelijke zin niet gewijzigd. De wijziging van bijvoorbeeld een stil pandrecht op een vordering of een vuistloos pandrecht op een roerende zaak geschiedt door het opmaken van een authentieke

of geregistreerde onderhandse akte (art. 3:237 lid 1 respectievelijk art. 3:239 lid 1 BW).¹⁹ De wijziging van een recht van erfdienstbaarheid, erfpacht, opstal, hypotheek of vruchtgebruik op een onroerende zaak komt bijvoorbeeld in goederenrechtelijke zin pas tot stand na inschrijving van een notariële (wijzigings)akte in de openbare registers (art. 3:89 lid 1 BW).

De juridische wijziging vereist ten tweede een geldige titel.²⁰ De titel houdt in het kader van een wijziging van de inhoud van een beperkt recht de rechtsverhouding in die aan de wijziging ten grondslag ligt en deze rechtvaardigt. Dit is doorgaans een verbintenisscheppende overeenkomst tussen partijen. Deze overeenkomst kan ontstaan doordat partijen na de vestiging van het beperkte recht wilsovereenstemming bereiken over de wijziging. Er is bijvoorbeeld een erfpachtrecht gevestigd voor de duur van 75 jaar en partijen komen voor afloop van de termijn overeen het recht met 50 jaar te verlengen. De overeenkomst kan echter ook ontstaan doordat een van de partijen een wilsrecht uitoefent (zie art. 6:219 lid 3 BW). In de erfpachtvoorwaarden is bijvoorbeeld voor de erfpachter de bevoegdheid neergelegd zijn erfpachtrecht met een bepaalde termijn te verlengen. De uitoefening van deze bevoegdheid leidt tot het ontstaan van de overeenkomst die als grondslag dient voor de wijziging. In beide gevallen dient de titel te worden geëffectueerd door uitvoering van de wijziging(shandeling).²¹

De juridische wijziging vereist ten derde beschikkingsbevoegdheid.²² Als sprake is van een aanvullende vestiging, dan dient de eigenaar beschikkingsbevoegd te zijn. Als sprake is van een gedeeltelijke afstand, dan dient de beperkt gerechtigde beschikkingsbevoegd te zijn. Uiteraard is het ook mogelijk dat de beperkt gerechtigde er een bevoegdheid bij krijgt, maar tegelijkertijd ook een bevoegdheid verliest. Als een erfpachtrecht met bestemming winkelruimte wordt gewijzigd in een erfpachtrecht met bestemming kantoorruimte, dan is sprake van een gedeeltelijke afstand in combinatie met een aanvullende vestiging. Zowel de erfpachter als de eigenaar dient beschikkingsbevoegd te zijn.

Een wijzigingshandeling, een geldige titel en beschikkingsbevoegdheid zijn niet vereist als de wijziging gekwalificeerd wordt als een toepassing van de bestaande voorwaarden, bijvoorbeeld als het gaat om een canonindexering in het kader van een erfpachtrecht. De feitelijke wijziging ligt in een dergelijk geval reeds besloten in het gevestigde erfpachtrecht, mits uiteraard de vestiging van het erfpachtrecht voldoet aan de vereisten van artikel 3:98 jo. 3:84 BW. Inschrijving van een notariële wijzigingsakte is niet nodig, maar in feite ook niet mogelijk. Niet nodig, omdat uit de ingeschreven notariële vestigingsakte is af te leiden wat de rechtstoestand is;²³ niet mogelijk, omdat geen sprake is van een rechtshandeling in de zin van artikel 3:17 lid 1 sub a BW.²⁴

4 Gevolgen

Een wijziging van de inhoud van een beperkt recht leidt tot voortzetting van het beperkte recht in gewijzigde vorm en niet tot het ontstaan van een

(gedeeltelijk) nieuw beperkt recht.²⁵ Irrelevant is of de wijziging moet worden gekwalificeerd als een aanvullende vestiging en/of een gedeeltelijke afstand of als een toepassing van bestaande voorwaarden.²⁶ In het eerste geval volgt onder andere uit het systeem dat de wijziging leidt tot een voortzetting van het beperkte recht.²⁷ Het bestaan van een mogelijkheid van wijziging zou doelloos zijn als dat zou betekenen dat een nieuw recht tot stand zou komen. In het tweede geval is van een wijziging in feite geen sprake, zodat voortzetting van het beperkte recht ook voor de hand ligt.

Een wijziging van de inhoud van een beperkt recht leidt tot voortzetting van het beperkte recht in gewijzigde vorm en niet tot het ontstaan van een (gedeeltelijk) nieuw beperkt recht

Het gevolg van voortzetting van het beperkte recht gaat niet op als geen sprake is van een toepassing van de bestaande voorwaarden of een aanvullende vestiging en/of een gedeeltelijke afstand, maar van een tenietgaan van het oude beperkte recht en de totstandkoming van een nieuw beperkt recht. Daarvan is in twee gevallen sprake.²⁸ Ten eerste als partijen voor die constructie kiezen, bijvoorbeeld doordat geen wijzigingsakte van een erfpachtrecht wordt ingeschreven in de openbare registers, maar een afstand van het oude erfpachtrecht en de vestiging van een nieuw erfpachtrecht.²⁹ Ten tweede als partijen weliswaar een wijzigingsakte inschrijven in de openbare registers, maar juridisch gezien toch sprake is van een tenietgaan van het oude beperkte recht en de totstandkoming van een nieuw beperkt recht. Mijns inziens is dat het geval als het beperkte recht een zodanig andere inhoud heeft verkregen dat naar verkeersopvatting niet meer gesproken kan worden van voortzetting van het beperkte recht in gewijzigde vorm.³⁰ Daarvan is bijvoorbeeld sprake als een erfpachtrecht wordt 'gewijzigd' in een opstalrecht.

Voortzetting van het beperkte recht in gewijzigde vorm houdt bijvoorbeeld in geval van een wijziging van een erfpachtrecht in dat het erfpachtrecht blijft bestaan en ook zijn oorspronkelijke rang behoudt. Dat is vooral van belang als er ook andere beperkte rechten zijn gevestigd. Als bijvoorbeeld op het erfpachtrecht een hypotheekrecht rust, dan blijft dit hypotheekrecht op het erfpachtrecht rusten als het erfpachtrecht in gewijzigde vorm wordt voortgezet. Als bijvoorbeeld op de onroerende zaak na de vestiging, maar voor de wijziging van het erfpachtrecht een hypotheekrecht is gevestigd, dan blijft dit hypotheekrecht in rang staan na het erfpachtrecht als het erfpachtrecht in gewijzigde vorm wordt voortgezet.

Dat wil niet zeggen dat een hypotheekhouder een wijziging ook tegen zich moet laten gelden. Om de wijziging van het erfpachtrecht tegen de hypotheekhouder in te kunnen roepen is namelijk toestemming van de hypotheekhouder vereist, tenzij de wijziging niet nadelig voor hem is.³¹ De

19 Is het pandrecht gevestigd bij een geregistreerde onderhandse akte, dan kan de wijziging ook plaatsvinden via een authentieke akte en vice versa, zie N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'Zekerheden en partijautonomie', in: G.J.L. Berger-voet e.a. (red.), *Financiering van de productieketen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 3.1.

20 Zie Everaars 2021/240.

21 Zie ook H.D. Ploeger & H. Bounjoh, *Erfpacht en opstal* (Monografieën BW B28), Deventer: Wolters Kluwer 2019/54 in het kader van een 'recht op heruitgifte' en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/218a in het kader van een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid. Vgl. ook Meijers 1948, p. 108 en Treurniet 1957, p. 113. Anders J.R. Beversluis, *Enige aspecten van de kwalitatieve verbintenis* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 376-377 naar aanleiding van HR 3 april 1963, *NJ* 1963/258, echter onterecht, zie Everaars 2021/237-239.

22 Zie Everaars 2021/224 e.v.

23 Zie Vonck 2013, p. 202 en Ploeger & Bounjoh 2019/26.

24 Zie Vonck 2013, p. 202.

25 Zie Everaars 2021/272. Zie ook Steneker 2012/16 en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/218a.

26 Zie Everaars 2021/272.

27 Het rechtsgevolg van voortzetting ligt ook om andere redenen voor de hand, zie Everaars 2021/272 e.v.

28 In het verleden werd het gevolg van de totstandkoming van een nieuw beperkt recht ook in andere gevallen aangenomen, echter onterecht, zie Everaars 2021/248-286. Zie HR 17 juni 1960, ECLI:NL:HR:1960:64, *NJ* 1962/60 voor een uitzondering in het kader van een verhoging van de geseceureerde vorderingen van een pandrecht. Zie ook Everaars 2021/279.

29 Zie Everaars 2021/289 en Ploeger & Bounjoh 2009/55: 'Er zal slechts sprake zijn van een nieuw erfpachtrecht [...] als partijen uitdrukkelijk blijken te geven van de wil een nieuw erfpachtrecht te vestigen.'

30 Zie Everaars 2021/287-288.

31 Zie Everaars 2021/250 e.v. Zie ook Steneker 2012/16 en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/218a.

hypotheekhouder is echter wel gebonden aan een nadelige wijziging als hij was gewaarschuwd, doordat het erfpachtrecht bijvoorbeeld voorzag in de wijziging.³² Onder voorziene wijzigingen vallen ten eerste de wijzigingen die gekwalificeerd moeten worden als een toepassing van de bestaande voorwaarden, zoals een canonindexering.³³ Onder voorziene wijzigingen vallen ten tweede ook sommige wijzigingen die gekwalificeerd moeten worden als een aanvullende vestiging en/of een gedeeltelijke afstand. Het gaat alleen om wijzigingen waarbij een van de partijen daar reeds aan gebonden is, bijvoorbeeld als de erfpachter blijkens de erfpachtvoorwaarden de bevoegdheid heeft zijn erfpachtrecht met een bepaalde termijn te verlengen.³⁴

Het ontbreken van toestemming (als toestemming is vereist) maakt de wijziging niet in goederenrechtelijke zin nietig. De wijziging van het beperkte recht heeft in goederenrechtelijke zin plaatsgevonden (mits aan de vereisten is voldaan), maar heeft geen werking jegens bijvoorbeeld bovengenoemde hypotheekhouder.³⁵ Het zal niet altijd eenvoudig zijn om te bepalen of een wijziging nadelig is voor bijvoorbeeld een hypotheekhouder. Dit zal met name het geval zijn als de wijziging een combinatie is van een aanvullende vestiging en een gedeeltelijke afstand. De erfpachter krijgt er bijvoorbeeld een bevoegdheid bij, maar tegelijkertijd ook een verplichting. Uiteindelijk gaat het erom of de wijziging per saldo nadelig is. Bij twijfel is praktisch gezien toestemming nodig, althans is het verkrijgen van toestemming aan te raden, maar juridisch gezien kunnen de kaarten anders liggen.³⁶

Tenietgaan van het oude beperkte recht en de totstandkoming van een nieuw beperkt recht houdt bijvoorbeeld in geval van een erfpachtrecht in dat de oorspronkelijke rang niet blijft behouden. Het nieuwe erfpachtrecht heeft een nieuwe rang. Als partijen een afstand van het oude erfpachtrecht en de vestiging van een nieuw erfpachtrecht inschrijven in de openbare registers, dan worden de gevolgen daarvan voor bijvoorbeeld een hypotheekhouder bepaald door de regels die gelden voor afstand en vestiging. Dat wil zeggen dat afstand van het oude erfpachtrecht niet werkt ten nadele van bijvoorbeeld een hypotheekhouder met een hypotheekrecht op het erfpachtrecht (zie art. 3:81 lid 3 BW)³⁷ en op het nieuw gevestigde erfpachtrecht zal opnieuw een hypotheekrecht moeten worden gevestigd. Denkbaar is dat het oude erfpachtrecht niet tenietgaat door afstand, maar door opzegging. In dat geval werkt het tenietgaan van het erfpachtrecht wel ten nadele van bijvoorbeeld een hypotheekhouder met een hypotheekrecht op het erfpachtrecht.³⁸

Als partijen een wijzigingsakte inschrijven in de openbare registers, maar juridisch gezien toch sprake is van een tenietgaan van het oude

beperkte recht en de totstandkoming van een nieuw beperkt recht, dan is volgens mij juridisch gezien sprake van afstand en vestiging. Als bijvoorbeeld een erfpachtrecht wordt 'gewijzigd' in een opstalrecht, dan is juridisch gezien sprake van afstand van het erfpachtrecht en van vestiging van het opstalrecht. Een hypotheekrecht dat rustte op het erfpachtrecht, rust dus niet automatisch op het opstalrecht, tenzij aangenomen kan worden dat het erfpachtrecht zich heeft voortgezet in gewijzigde vorm, namelijk in de vorm van een opstalrecht. Alhoewel ik een dergelijke conclusie verdedigbaar acht, is het wat mij betreft geen geldend recht.³⁹

Als partijen een wijzigingsakte inschrijven in de openbare registers, maar juridisch gezien toch sprake is van een tenietgaan van het oude beperkte recht en de totstandkoming van een nieuw beperkt recht, dan is volgens mij juridisch gezien sprake van afstand en vestiging

5 Conclusie

Het Burgerlijk Wetboek geeft nergens expliciet regels voor een wijziging van de inhoud van een beperkt recht door partijen. In een notendop komt de wijziging van de inhoud van een beperkt recht door partijen op het volgende neer. Een wijziging is ofwel een aanvullende vestiging en/of een gedeeltelijke afstand van het beperkte recht ofwel een toepassing van de bestaande voorwaarden van het beperkte recht. In het eerste geval is sprake van een juridische wijziging en volgen de vereisten uit artikel 3:98 jo. 3:84 BW. In het tweede geval is sprake van een feitelijke wijziging en gelden de vereisten van artikel 3:98 jo. 3:84 BW niet. In beide gevallen leidt de wijziging tot voortzetting van het beperkte recht in gewijzigde vorm en niet tot het ontstaan van een nieuw beperkt recht, tenzij niet meer van hetzelfde recht kan worden gesproken of uit de partijbedoeling moet worden afgeleid dat partijen een (gedeeltelijk) nieuw beperkt recht hebben gevestigd. Om een wijziging tegen een derde met een beperkt recht in te kunnen roepen, is toestemming vereist als de wijziging voor de derde nadelig is. Een derde is echter wel gebonden aan een nadelige wijziging als het beperkte recht voorziet in de wijziging. In dat geval is de derde gewaarschuwd en kon hij weten wat hem boven het hoofd hing.

32 Zie Everaars 2021/260. Vgl. ook Meijers 1948, p. 106 en Treurniet 1957, p. 112-115.

33 Zie Everaars 2021/261.

34 Zie Everaars 2021/261. Het gaat niet om wijzigingen waar bijvoorbeeld wel in een akte van vestiging van een beperkt recht op gewezen wordt, maar waarbij nog steeds wilsovereenstemming tussen partijen is vereist. Zie Everaars 2021/262.

35 Zie Everaars 2021/266.

36 Zie Everaars 2021/263-265.

37 Zie over afstand als wijze van tenietgaan van beperkte rechten bijvoorbeeld S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013/15-17.

38 Zie over opzegging als wijze van tenietgaan van beperkte rechten bijvoorbeeld Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/18.

39 Zie Everaars 2021/289-299.