

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/157037>

Please be advised that this information was generated on 2021-03-09 and may be subject to change.

VI Erfpacht en opstal (titels 7 en 8)

If it ain't broke, don't fix it

*Prof. mr. S.E. Bartels, prof. dr. V. Sagaert, mr. V. Tweehuysen
en mr. F.J. Vonck*

1 Inleiding

Is wijziging van de regelingen van erfpacht en opstal in het Nederlandse BW dringend nodig? Gebeuren er (anders) ongelukken? Vormt Boek 5 op dit moment een obstakel voor het realiseren van gerechtvaardigde wensen van de praktijk? Is er sprake van fnuikende rechtsonzekerheid waaraan alleen de wetgever een einde kan maken? Nee hoor, wees gerust. Onze indruk is dat de praktijk heel behoorlijk uit de voeten kan met de wettelijke regeling. De rechtsonzekerheden die er zijn, zijn inherent aan elke regeling. Elke alternatieve regeling zal een bron zijn van nieuwe twijfelgevallen. Open normen en vage normen zijn onvermijdelijk en nuttig en leiden ertoe dat je niet steeds op voorhand met zekerheid zult kunnen vaststellen of een bepaalde constructie ‘het zal houden’. Kort samengevat is er wat ons betreft geen reden om Boek 5 met de sloophamer te lijf te gaan. Wie niet al te strikt in de dogmatische leer is, kan met de bestaande wettelijke regeling goed uit de voeten.

Het voorgaande betekent niet dat we in het geheel geen wensenlijstje hebben. In deze bijdrage staan we stil bij enkele mogelijke knelpunten in de regeling van erfpacht en opstal en onderzoeken we op welke wijze de wet gewijzigd zou kunnen worden teneinde gesignaleerde knelpunten op te lossen. De ideeën die we daarbij ontwikkelen, zijn deels geïnspireerd door het Belgische recht. Aan dat rechtsstelsel ontleen we bijvoorbeeld de principiële gedachte dat de erfpachter – voor de duur van het erfpachtrecht – eigenaar wordt van de gebouwen, werken en beplantingen die zich op of in de in erfpacht gegeven onroerende zaak bevinden. Het recht van opstal heeft dan geen zelfstandig bestaansrecht meer en kan worden afgeschaft. Deze gedachte werkt uiteraard door in tal van andere vraagstukken. Deze bijdrage is te beschouwen als een verkenning van een wettelijke regeling, zoals wij die zouden opstellen als we niet te maken zouden hebben met een behoorlijk functionerend wettelijk stelsel. Anders

gezegd: als we op een wit vel papier zouden beginnen, hoe zouden wij de regeling dan vormgeven? We doen daarnaast suggesties voor enkele wat minder ingrijpende aanpassingen van de wet, voor het geval de wetgever wel open mocht staan voor kleine retouches, maar niet voor een meer fundamentele ombouw.

2 De opzet van dit preadvies en wat we niet bespreken

Er zijn rechtsvragen van goederenrechtelijke aard die *kunnen* spelen als een erfpacht- en/of opstalrecht betrokken is, maar die niet specifiek zijn voor deze beperkte rechten. Gedacht kan worden aan de relativering van het tenietgaan van beperkte rechten door vermenging, aan rangwisseling en aan stapeling van beperkte rechten. We hebben besloten sommige van deze rechtsvragen wel te behandelen en andere niet. We hebben een soft criterium beslissend laten zijn: hebben wij het gevoel dat de kwestie in de praktijk in het bijzonder van belang is als erfpacht en opstal in het spel zijn? Bij de keuze van de onderwerpen hebben wij ons bovendien laten inspireren door de suggesties die ons vanuit het notariaat bereikten: M. Straatman en L. Hartman vestigden onze aandacht op het belang van rangwisseling tussen andere beperkte rechten dan hypotheek; G. van Driel en G. Mulder benadrukten het belang van een duidelijker opzeggings- en vergoedingsregime in art. 5:87 BW. De door hen aangedragen pijnpunten komen hierna goeddeels aan bod. Wij bespreken achtereenvolgens de noodzaak en het nut van een afzonderlijke regeling van het opstalrecht (par. 3), het zogenoemde stapelverbod (par. 4), de vermeende onmogelijkheid van rangwisseling (par. 5) en de wenselijke wijzigingen in de opzeggingsregeling (par. 6).

Er zijn ook vragen waarover in de praktijk zenuwachtigheid bestaat, maar die naar onze mening niet door de wetgever kunnen of zouden moeten worden beantwoord. Zo wordt er verschillend gedacht over het antwoord op de vraag of het appartementsrecht 'exclusief' is in die zin dat men niet door middel van opstalrechten een quasi-splitsing tot stand kan brengen. Naar onze mening bestaat een dergelijke exclusiviteit niet; de wet bepaalt dat immers nergens en het vloeit evenmin voort uit het wettelijk systeem. Elk van de regelingen – opstal (titel 8) en appartementsrechten (titel 9) – hebben hun eigen toepassingsgebied dat wordt afgegrensd door de wet-

telijke omschrijving. Blijft men daarbinnen, dan is het oké.¹ Het is onwettelijk de niet-exclusiviteit met zoveel woorden in de wet op te nemen, omdat dat de gedachte zou kunnen doen postvatten dat allerlei andere goederenrechtelijke rechten wel hun eigen exclusieve domein hebben. En dat is niet zo. Een overbouw kan op tal van manieren goederenrechtelijk legaal zijn: omdat er een erfdiensbaarheid is gevestigd, of een opstalrecht of een erfpachtrecht. Er is geen reden de wetgever te vragen een voorkeur uit te spreken. De vraag kan ook rijzen óf men binnen de kaders van de wettelijke omschrijving en het wettelijk systeem blijft. Is het mogelijk een erfpachtrecht te vestigen op de grond met als inhoud het genotsrecht van de bovenste verdieping van een flatgebouw? Kan dezelfde bovenste verdieping worden verzelfstandigd door het vestigen van een opstalrecht? De antwoorden op deze vragen liggen besloten in de begrippen 'gebouwen' en 'werken' en de feiten van het concrete geval. Wij menen dat het niet wijs zou zijn om te proberen door middel van wetgeving een duidelijke grens te trekken. Dit zou de praktijk en de rechtsontwikkeling alleen maar in de weg zitten.

3 Het bestaan van het opstalrecht naast het erfpachtrecht

3.1 Algemeen

Bij de totstandkoming van het huidige Burgerlijk Wetboek kwam reeds de vraag aan de orde wat de noodzaak is van het bestaan van het recht van opstal naast het recht van erfpacht.² Ook na de invoering van het BW in 1992 is de rechtvaardiging voor het bestaan van het recht van opstal in de rechtsliteratuur ter discussie gesteld.³ Inderdaad kan vanuit *juridisch*

- 1 Zie en vgl. voor eenzelfde benadering in het Belgische recht: V. Sagaert, 'Volume-eigendom. Een verkenning van de verticale grenzen van het eigendomsrecht', *TPR* 2009, p. 69-73.
- 2 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 355 e.v. De redenen waarom de wetgever ervoor heeft gekozen om het opstalrecht als afzonderlijke rechtsfiguur te handhaven, zijn, kort gezegd, erin gelegen dat de praktijk er behoefte aan heeft af te kunnen wijken van de regel van verticale natrekking en historisch gezien het opstalrecht betrekking heeft op eigendom van opstallen en het erfpachtrecht niet.
- 3 A. Slaski, 'Stapelning van beperkte rechten op onroerende zaken', *WPNR* 2009/6789, p. 200-207. Zie ook Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/247; H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 175-176.

oogpunt de vraag gesteld worden wat de meerwaarde is van het opstalrecht.

Tussen het erfpachtrecht en het opstalrecht bestaan veel overeenkomsten. Dit blijkt alleen al uit de overeenkomstige toepassing van diverse bepalingen uit titel 7 van Boek 5 betreffende erfpacht op het recht van opstal (art. 5:104 BW). Maar ook kunnen partijen, door de ruimte die de wet biedt, aan het recht van erfpacht en het recht van opstal vergelijkbare rechtsgevolgen verbinden.

De gerechtigde tot het recht van opstal verkrijgt de eigendom van de opstallen waarop het opstalrecht betrekking heeft (art. 5:101 lid 1 BW), maar de bevoegdheden van de opstaller in relatie tot de opstallen kunnen in de vestigingsakte worden beperkt (art. 5:102 BW). Voor het overige heeft de opstaller ten aanzien van de zaak waarop het opstalrecht rust, de bevoegdheden die voor het genot van zijn recht nodig zijn, maar ook hiervan kan in de vestigingsakte worden afgeweken (art. 5:103 BW), waarbij de bevoegdheden kunnen worden beperkt of uitgebreid. Het erfpachtrecht geeft de erfpachter hetzelfde genot van de zaak als een eigenaar (art. 5:89 lid 1 BW), maar ook daarvoor geldt dat van dit uitgangspunt in de akte van vestiging kan worden afgeweken, waardoor de bevoegdheden van de erfpachter kunnen worden ingeperkt.⁴

De erfpachter is dus in beginsel gerechtigd tot het volledige genot van de gehele onroerende zaak – dat wil zeggen de eigendom van de grond, die de opstallen omvat (art. 5:20 lid 1 onder e en f BW) – terwijl het recht van de opstaller primair ziet op de opstallen en slechts in beperkte mate op de grond. Deze uitgangspunten kunnen door middel van een regeling in de vestigingsakte echter geheel worden verlaten, zo volgt uit de zojuist besproken wetsartikelen. Zo kan een erfpachtrecht, hoewel het rust op de gehele zaak, inhoudelijk beperkt zijn tot bevoegdheden met betrekking tot een bepaald gebouw. En zo kan een opstalrecht net als een erfpachtrecht het genot van de zaak als een eigenaar geven, niet alleen ten aanzien van de opstal, maar ook ten aanzien van de grond.⁵ Ook tussenvarianten zijn denkbaar en mogelijk. Het doet daarvoor niet ter zake of het

4 Vgl. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/221, 247, 252-254. Zie ook F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2013, p. 141-145.

5 Mits deze bevoegdheden maar in voldoende verband staan met het opstalrecht, zie *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 361.

een erfpacht- of opstalrecht betreft. De constatering dat in een bepaald geval een erfpachtrecht of juist een opstalrecht is gevestigd, zegt daarom nog niet zo veel; steeds zal aan de hand van de vestigingsakte moeten worden bepaald wat de precieze inhoud van het recht is.

Niettemin bestaat er natuurlijk wél een verschil tussen erfpacht en opstal. Het verschil tussen het erfpachtrecht en opstalrecht is gelegen in de eigendom van de opstallen die het opstalrecht – in tegenstelling tot het erfpachtrecht – met zich brengt. De verticale natrekking van art. 5:20 lid 1 onder e en f BW kan door het opstalrecht worden doorbroken en de gerechtigde tot het opstalrecht verkrijgt de eigendom van de betrokken gebouwen, werken of beplantingen.⁶

Dat is althans het wettelijke kader. In de literatuur is erop gewezen dat het eigendomsrecht van de opstaller wel een merkwaardige – atypische – vorm van eigendom is. Heyman karakteriseert het als economische eigendom. Het eigendomsrecht van de opstaller is namelijk afhankelijk van het opstalrecht (art. 3:7 BW). De eigendom van de opstallen kan niet zelfstandig overgedragen of bezwaard worden. Beschikken over dat eigendomsrecht kan alleen door overdracht of bezwaring van het opstalrecht. Het eigendomsrecht gaat teniet wanneer het opstalrecht tenietgaat. Voorts kan, zoals gezegd, op grond van art. 5:102 BW het eigendomsrecht van de opstaller inhoudelijk en in tijd beperkt worden. Deze kenmerken laten zien dat het hier geen normaal eigendomsrecht betreft; de opstaller verkrijgt *eigenaarsbevoegdheden*, maar in zekere zin niet de normale, juridische eigendom.⁷

Hét kenmerkende verschil met het erfpachtrecht, het eigendomsrecht, is bij nader inzien dus toch niet zo kenmerkend voor het opstalrecht. Zowel het erfpachtrecht als het opstalrecht kan *eigenaarsbevoegdheden* ver-

- 6 Het opstalrecht kan ook gebruikt worden als bevoegdheidsgrondslag voor het in eigendom hebben van gebouwen of werken die ook zonder het opstalrecht aan een andere eigenaar dan de eigenaar van de grond zouden toebehoren, zoals in geval van een horizontaal nagetrokken overbouw (Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/248), maar daarin is de meerwaarde van het opstalrecht niet gelegen, omdat dit resultaat ook door middel van (bijvoorbeeld) een erfdiensbaarheid kan worden bereikt.
- 7 H.W. Heyman, 'Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller', in: W.G. Huijgen (red.), *2000 jaar eigendom en beperkte rechten. Bundel ter gelegenheid van het afscheid van mr. A.J.H. Pleysier*, Deventer: Kluwer 2005, p. 19-31. Zie ook A. Slaski, 'Stapelning van beperkte rechten op onroerende zaken', *WPNR* 2009/6789, p. 200-207.

schaffen; het uitgangspunt is dat het opstalrecht dat doet ten aanzien van de opstallen en dat erfpacht dat doet ten aanzien van de onroerende zaak (dat wil zeggen, de grond inclusief daarmee duurzaam verenigde opstallen) in zijn geheel,⁸ maar van deze uitgangspunten kan door partijen worden afgeweken. Doordat het opstalrecht in zekere zin geen échte eigendom aan de opstaller verschaft, kan ieder resultaat dat met het opstalrecht wordt beoogd ook met het erfpachtrecht worden bereikt: beide rechten bieden absolute, faillissementsbestendige en door partijen vorm te geven gebruiks- en genotsrechten ten aanzien van object.

3.2 Samenvoeging erfpacht en opstal tot één beperkt recht?

Nu het opstalrecht *juridisch* geen meerwaarde biedt ten opzichte van erfpacht, is de vraag gerechtvaardigd of dit beperkte recht afgeschaft dient te worden, of dat het opstalrecht en het erfpachtrecht op enigerlei wijze 'ineengeschoven' moeten worden tot één type. Beide oplossingen zijn in de literatuur bepleit.⁹ Uiteraard is de derde mogelijkheid dat het opstalrecht naast het erfpachtrecht blijft voortbestaan.

Alleen al omdat de rechtspraak vertrouwd is met het opstalrecht en dit beperkte recht naar behoren functioneert, zien wij geen reden tot afschaffing ervan. Het opstalrecht is bovendien vanuit *praktisch* oogpunt wél van waarde. Het eigendomsrecht van de opstaller is op dogmatische gronden weliswaar geen gewoon eigendomsrecht, maar desalniettemin wordt in de praktijk waarde toegekend aan het eigenaar zijn op grond van een opstalrecht.¹⁰ Alleen al om die reden moet het opstalrecht in enigerlei

8 Ploeger ziet in dit verschil een rol voor het opstalrecht weggelegd: bij het opstalrecht staat, in tegenstelling tot bij het erfpachtrecht, niet de exploitatie van de grond centraal, maar van de opstal, zie Ploeger 1997, p. 177-178.

9 Slaski pleit voor afschaffing, A. Slaski, 'Stapelning van beperkte rechten op onroerende zaken', *WPNR* 2009/6789, p. 200-207. Van Velten bepleit dat de erfpachter eigenaar zou moeten worden van de door hem gestichte opstallen, A.A. van Velten, 'Privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht', in: A.A. van Velten e.a., *Erfpacht. Preadvies (...) voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap te houden te Nijmegen op 22 september 1995*, Lelystad: Koninklijke Vermande B.V. 1995, p. 77-78. Zie ook Asser/Mijnsen, Van Velten & Bartels 5* 2008/221; F.J. Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, Boek 5, Titel 8, Algemeen, aant. 14.1 (online, laatst bijgewerkt op 28 september 2015).

10 F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2013, p. 54-55.

vorm behouden blijven. Zou men toch overwegen het opstalrecht geheel af te schaffen, dan zou onderzoek nodig zijn naar de consequenties van die afschaffing voor het gedrag van, met name buitenlandse, actoren die waarde hechten aan het zijn van eigenaar op grond van hun opstalrecht. Sterker nog, dat in de praktijk waarde wordt toegekend aan het predicaat *eigenaar* dat de opstaller heeft, roept de vraag op of de erfpachter niet ook die titel verdient. Hiervoor bleek immers dat de positie van de erfpachter en de opstaller niet wezenlijk verschilt. De erfpachter kan net zo goed als de opstaller een positie hebben die te kwalificeren is als economische eigendom.¹¹ Van Velten wees er in het preadvies van 1995 al op dat het voor een niet-jurist niet goed te begrijpen is dat hij als erfpachter geen eigenaar van de door hem gestichte opstallen wordt. Hij bepleitte dat de wet in deze zin gewijzigd zou moeten worden.¹²

In het Belgische recht verkrijgt de erfpachter al van rechtswege eigendom van de opstallen.¹³ Dit was ook voorzien in het ontwerp voor een nieuw Nederlands BW uit 1898.¹⁴ Voor het huidige BW heeft de wetgever bewust van een dergelijke regeling afgezien, overigens zonder al te overtuigende toelichting.¹⁵ Indien Boek 5 BW gewijzigd wordt, verdient

11 F.J. Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, Boek 5, Titel 7, Algemeen, aant. 25 (online, laatst bijgewerkt op 28 september 2015).

12 A.A. van Velten, 'Privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht', in: A.A. van Velten e.a., *Erfpacht. Preadvies (...) voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap te houden te Nijmegen op 22 september 1995*, Lelystad: Koninklijke Vermande B.V. 1995, p. 77-78.

13 Zie par. 3.5.

14 In een opstalrecht was in het ontwerp uit 1898 niet voorzien. Art. 54 lid 2 van het ontwerp bepaalde: 'Niettemin is hij, die den grond van een ander krachtens zakelijk of persoonlijk recht onder zich heeft, eigenaar van de met dien grond verbonden zaken, indien en zolang hij het recht heeft ze weg te nemen.' *Ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek der Koningin aangeboden door de Staatscommissie tot voortzetting der herziening ingesteld bij Besluit van wijlen Zijne Majesteit Koning Willem III van 22 augustus 1887, no. 24. Tweede boek*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1899, p. 155.

15 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 355: 'Het is ongewenst dat bestanddelen van een onroerende zaak een afzonderlijke eigenaar zouden kunnen hebben zonder dat daarvan naar buiten blijkt. Daarom kan volgens het ontwerp, behalve in enkele speciale gevallen (erfdienstbaarheid, mandeligheid) een afzonderlijk eigendomsrecht van gebouwen, werken en beplantingen slechts ontstaan als een recht van opstal in de openbare registers is ingeschreven.' Het door de wetgever genoemde bezwaar doet zich slechts voor bij de persoonlijke rechten, die in art. 54 lid 2 van het ontwerp van 1898 werden genoemd, maar niet ingeval de erfpachter eigenaar wordt gemaakt. Dan blijkt immers uit de openbare registers dat er een erfpachter is.

het aanbeveling de erfpachter alsnog de eigendom van de opstallen toe te kennen. Dit doet recht aan de economische en maatschappelijke positie van de erfpachter. Een wetsbepaling die dit mogelijk maakt, zou kunnen worden toegevoegd aan art. 5:85 BW als nieuw lid 3 en zou als volgt kunnen luiden:

Artikel 85

“1. Erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken.

2. In de akte van vestiging kan aan de erfpachter de verplichting worden opgelegd aan de eigenaar op al dan niet regelmatig terugkerende tijdstippen een geldsom – de canon – te betalen.

3. *De erfpachter is eigenaar van de gebouwen, werken en beplantingen waarvan hij krachtens zijn erfpachtrecht het exclusieve genot heeft.*”

Hetzelfde resultaat is overigens op dit moment al te bereiken door een (van het erfpachtrecht afhankelijk) opstalrecht te vestigen, wat in belangrijke mate de urgentie aan ons idee ontnaemt. Helemaal zonder belang is toekenning van eigendom aan de erfpachter echter niet. Wanneer een erfpachter aan een derde eigendom van *bepaalde* opstallen zou willen verlenen, is een stelsel waarin hij dat zonder meer kan realiseren door het vestigen van een ondererfpachtrecht (hierover straks meer) minst genomen duidelijker dan een stelsel waarin men zich moet afvragen of het vestigen van een ondererfpacht tot gevolg heeft dat het reeds gevestigde opstalrecht wordt gesplitst als gevolg van het afhankelijke karakter.

Mocht de keuze worden gemaakt in de wet op te nemen dat de erfpachter eigenaar is van de zich op of in de grond bevindende gebouwen, werken en beplantingen, dan kan het opstalrecht in de vorm zoals dat nu bestaat afgeschaft worden, zodat niet meer twee sterk op elkaar gelijkende beperkte rechten naast elkaar bestaan. Er bestaat dan slechts één recht, het erfpachtrecht, waaraan op de gebruikelijke wijze door partijen invulling gegeven kan worden en dat van rechtswege eigendom van de opstallen die zich daarvoor lenen met zich brengt. De twee beperkte rechten worden dus samengevoegd tot één type. Dit is niet alleen een kwestie van systematische elegantie, maar bovendien wordt op deze manier het probleem van 'kruislingse stapeling', waarop in de volgende paragraaf ingegaan wordt, weggenomen.

Op dit moment bestaat namelijk onzekerheid over het antwoord op de vraag of een erfpachter een opstalrecht en een opstaller een erfpachtrecht kan vestigen,¹⁶ terwijl hieraan in de praktijk behoefte bestaat.¹⁷ Naar onze mening zou het mogelijk moeten zijn dat een erfpachter een (onder)opstalrecht vestigt op zijn erfpachtrecht (en andersom), uiteraard onder vergelijkbare beperkingen die thans gelden voor het recht van ondererfpacht en -opstal uit art. 5:93 BW, dat wil zeggen dat deze mogelijkheid bij de vestiging van de erfpacht uitgesloten kan worden en het opstalrecht in beginsel eindigt indien het erfpachtrecht eindigt. In het nemo plus-beginsel zien wij geen bezwaar, juist vanwege het feit dat het 'eigendomsrecht' dat de opstaller verkrijgt de atypische kenmerken heeft waarover wij eerder in deze paragraaf schreven.

Indien het erfpachtrecht en het opstalrecht op de beschreven wijze ineen-geschoven worden, doet de problematiek van de kruislingse stapeling zich niet meer voor. Er is dan immers alleen nog maar sprake van erfpachtrechten, en erfpachters kunnen op grond van art. 5:93 BW hun erfpachtrecht in ondererfpacht uitgeven. De erfpachter, die eigenaar is van de opstallen, kan dan een ondererfpachtrecht vestigen dat ook betrekking heeft op die opstallen.

In de hier beproefde gedachte wordt de erfpachter onder alle omstandigheden van rechtswege eigenaar van de opstallen die vatbaar zijn voor eigendom. Alternatieven zijn echter denkbaar. Wij hebben nagedacht over verschillende manieren waarop de eigendom van de erfpachter vorm gegeven zou kunnen worden en hoe dit uit zou werken. Zo zou de mogelijkheid van het verkrijgen van eigendom door de erfpachter kunnen worden beperkt, in die zin dat dit slechts mogelijk zou zijn, wanneer het door de erfpachter te stichten opstallen betreft (vgl. art. 5:118a BW voor het appartementsrecht), of wanneer de erfpachter een wegneemrecht (art. 3:89 lid 3 BW) of vergoedingsrecht (art. 5:99 BW) heeft. Dit laatste zou aansluiten bij de economische positie die de erfpachter in die gevallen heeft. Anderzijds worden dergelijke beperkingen ook niet aan het huidige opstalrecht gesteld. Om die reden zouden wij deze beperkingen ook niet

16 Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/248.

17 A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariusus 120), Deventer: Kluwer 2015, par. 12.11; H.W. Heyman, 'Kan een opstalrecht worden gevestigd door een erfpachter of een appartementseigenaar?', *WPNR* 1999/6542, p. 52.

willen stellen aan het eigendomsrecht van de erfpachter, indien daarmee een afschaffing van het huidige opstalrecht gepaard gaat.

We hebben ook overwogen het verkrijgen van eigendom van de opstallen door de erfpachter aan de keuze van partijen over te laten, door in de wet te bepalen dat dit in de vestigingsakte geregeld kan worden. Wij dachten daarbij vooral aan een regeling waarin de optie 'eigendom' in beginsel 'aan' staat, maar door partijen in de vestigingsakte 'uit' kan worden gezet. Ook dit idee hebben we laten varen. Naar onze mening is het om de genoemde redenen wenselijk dat erfpachters de eigendom verkrijgen van de opstallen. Daarmee rijmt niet dat partijen de keuze gegeven wordt om de erfpachter al dan niet eigendom te verschaffen. Naar ons idee geldt dit zowel voor bestaande erfpachtrechten als voor toekomstige erfpachtrechten. Om die reden zouden wij een uitzondering willen aanvaarden op het overgangsrechtelijke systeem dat voor de Boeken 3 tot 10 BW is neergelegd in art. 69 aanhef en onder a Overgangswet NBW en zou de voorgestelde regeling met onmiddellijke werking moeten worden ingevoerd.

Het is van belang op te merken dat de erfpachter die geen exclusief gebruiksrecht heeft van een object dat zich leent voor afzonderlijke eigendom, ook geen eigendomsrecht zal verkrijgen op grond van deze voorgestelde regeling. Hiermee bedoelen wij dat indien een erfpachter op grond van zijn erfpachtrecht bijvoorbeeld het genot heeft van slechts een kamer binnen een gebouw,¹⁸ de erfpachter géén eigenaar wordt van deze kamer, omdat dit geen object is dat zich leent voor zelfstandige eigendom. Evenals bij het huidige opstalrecht is voor het verkrijgen van eigendom vereist dat de bevoegdheden van de erfpachter betrekking hebben op een gebouw, werk of beplanting. Hebben die bevoegdheden daar geen betrekking op, dan heeft de erfpachter weliswaar een erfpachtrecht, maar is daaraan niet het eigendomsrecht van de opstallen verbonden.

3.3 Eigendomsverlies erfverpachters niet in strijd met art. 1 EP

Het voorgaande betekent dat, indien een wetsebepaling zoals hiervoor geformuleerd in werking zou treden, erfverpachters hun eigendomsrecht van de opstallen verliezen. Hierbij moet echter bedacht worden dat het

¹⁸ Over of dit überhaupt mogelijk is, bestaat overigens discussie, zie hierover Vonck 2013, p. 64-65.

verkrijgen van eigendom door de erfpachter om commerciële of gevoelsmatige redenen voor partijen van belang kan zijn, maar, zoals besproken ten aanzien van het huidige opstalrecht, tegelijkertijd niet meer dan een 'label' is. De erfpachter die eigenaar van de opstallen wordt, verkrijgt niet ineens meer bevoegdheden dan hij had op grond van zijn erfpachtrecht. Bovendien is het eigendomsrecht dat de erfpachter verkrijgt afhankelijk van het erfpachtrecht, net zoals het eigendomsrecht dat de opstaller naar huidig recht verkrijgt afhankelijk is van het opstalrecht. Het eigendomsrecht van de erfpachter kan dus niet zelfstandig worden overgedragen of bezwaard, en het gaat ook teniet wanneer het erfpachtrecht tenietgaat. Wij voorzien om deze redenen geen problemen in het kader van art. 1 Eerste Protocol EVRM, maar dit punt zou nog wel nadere aandacht verdienen.

3.4 Wetswijziging geboden?

Als gezegd zijn wij van mening dat een wetswijziging geen prangende kwestie is. De titels over erfpacht en opstal kunnen zonder problemen naast elkaar blijven bestaan, zeker als men bereid is bij de toepassing ervan niet al te rigide te werk te gaan (zie hierna).

Naar ons idee zou het invoeren van een wetsbepaling op grond waarvan de erfpachter eigenaar wordt van de opstallen echter zeker het overwegen waard zijn, indien renovatie van Boek 5 op de agenda zou komen te staan. Dat zou dan gepaard moeten gaan met het afschaffen van het opstalrecht uit titel 8 van Boek 5, omdat dat die rechtsfiguur door de nieuwe regeling geïncorporeerd wordt in het erfpachtrecht. Het spreekt vanzelf dat in de wet dan ook een voorziening moet worden getroffen voor bestaande opstalrechten. Hiervoor zou kunnen worden bepaald dat zij worden geconverteerd in erfpachtrechten of dat op bestaande opstalrechten de oude regeling van de huidige titel 8 van Boek 5 van toepassing blijft.

Bij het afschaffen van het opstalrecht moet nog rekening gehouden worden met een (andere) bijzondere eigenschap van het huidige opstalrecht: anders dan erfpacht kan het afhankelijk gemaakt worden van een ander zakelijk recht of een recht van huur of pacht op onroerende zaken (art. 5:101 lid 2 BW, zie hierover ook par. 6). Onzes inziens zou, indien het opstalrecht als zelfstandig type beperkt recht wordt afgeschaft en de erf-

pachter eigenaar van de opstallen wordt, hetzelfde voor het erfpachtrecht dienen te worden bepaald.¹⁹

3.5 Erfpacht naast opstal in het Belgische recht

Ook naar Belgisch en Frans recht bestaat het recht van erfpacht naast het recht van opstal. En ook naar Belgisch recht is de co-existentie van die beide figuren problematisch. Erfpacht en opstal worden in het Belgische recht nog steeds geregeld door de twee ‘Hollandse’ wetten van 10 januari 1824, die nog in het oud-Nederlands zijn geschreven en nochtans bepalend zijn voor een zeer veelvuldig gebruik van deze figuren *anno* 2016.²⁰

Evenwel zijn de andere dan historische redenen voor het samenbestaan van deze rechten verre van evident. Het criterium van de doorbreking van de natrekking – dat in het Nederlands recht het verschilpunt uitmaakt – is in het Belgische recht alvast geen adequaat criterium. Het eigene van een opstalrecht is dat het de natrekking doorbreekt, waardoor de opstalhouder (tijdelijk) eigenaar blijft van de opgerichte opstallen. Ook een erfpachter blijft – anders dan naar huidig Nederlands recht – echter voor de duur van het recht van erfpacht eigenaar van de door hem opgerichte gebouwen, werken en beplantingen. Dit wordt verklaard op grond van een zogenoemd ‘accessoir opstalrecht’, dat gekoppeld is aan de hoedanigheid van erfpachter en aan de duurtijd van het erfpachtrecht. Dat accessoir opstalrecht is van rechtswege aan een erfpacht gekoppeld, maar kan contractueel worden uitgesloten. De uitsluiting van de natrekking vormt dus geen onderscheidingscriterium tussen erfpacht en opstal. Op dit accessoire opstalrecht wordt dieper ingegaan in par. 6.5 van dit preadvies.

- 19 T.E. Booms, ‘De oorsprong der soorten en het afhankelijke opstalrecht’, *WPNR* 2015/7075, p. 757-764 wijst erop dat het afhankelijk maken van een opstalrecht vaak geen toegevoegde waarde heeft ten opzichte van een zelfstandig opstalrecht. Desalniettemin zouden wij die mogelijkheid niet willen afsluiten. Zie hierna in par. 6.
- 20 De redenen voor het veelvuldig gebruik zijn vaak fiscaal ingegeven, aangezien er maar een overdrachtsbelasting van 2% geldt bij erfpacht en opstal, i.t.t. 10% bij eigendomsoverdracht. Zie V. Sagaert, *Goederenrecht*, in: *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen: Kluwer 2014, p. 552-556.

Op het vlak van het toepasselijke regime bestaat er nochtans één substantieel verschilpunt, met name op het vlak van de duurtijd: een opstalrecht heeft geen minimumduurtijd en een maximumduurtijd van 50 jaar, terwijl een recht van erfpacht een minimumduurtijd heeft van 27 jaar en een maximumduurtijd van 99 jaar.²¹ Het opstalrecht biedt dus perspectieven voor kortere termijn, een recht van erfpacht voor langere termijn. Maar tussen de 27 en 50 jaar bestaat er in de praktijk een grote overlap tussen beide.

Bestaan er geen verschillen qua bevoegdheden? Evenals naar Nederlands recht, ziet men ook in het Belgische recht de bevoegdheden van de erfpachter vooral op de grond, terwijl men die van de opstalhouder vooral situeert op het niveau van de opstallen. Een opstalhouder heeft in de traditionele zienswijze beperktere gebruiks- en genotsbevoegdheden op de grond dan een erfpachter. Hij heeft immers geen werkelijk recht van gebruik en genot op het onroerend goed, maar enkel het recht om gebouwen op te richten op de grond, waarvan hij dan tijdelijk eigenaar wordt.²² Die traditionele zienswijze zou tot gevolg hebben dat een opstalrecht altijd gepaard zou moeten gaan met het vestigen van een erfdiensbaarheid van overgang, die de opstalhouder zou moeten toelaten om het door hem opgerichte gebouw te bereiken.

Die klassieke zienswijze wordt recenter betwist.²³ Wanneer men, zoals een opstalhouder, immers de bevoegdheid heeft om een gebouw op te richten waarvan men naderhand exclusief eigenaar wordt, houdt zulks dan niet a fortiori de bevoegdheid in om ook andere, beperktere gebruiks- en genotsrechten uit te oefenen? Men kan aan een opstalhouder niet het recht ontzeggen om gebruiksrechten uit te oefenen indien hij wel de bevoegdheid heeft om een volume op te richten waarvan hij exclusieve eigenaar wordt ('qui peut le plus, peut le moins'). In die zienswijze zouden de bevoegdheden van de opstalhouder op de grond ook een veel ruimere draagwijdte hebben.

21 Een erfpacht gevestigd voor kortere duur dan 27 jaren wordt geconverteerd in een huurrecht, terwijl een erfpacht voor een langere duur dan 99 jaren wordt herleid tot 99 jaren.

22 H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel: Bruylant 1954, VI, nr. 687; R. Derine, F. Van Neste & H. Vandenberghe, *Zakenrecht*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen: Standaard 1974, IIB, nr. 1024. Vgl. F. Laurent, *Principes de droit civil belge*, Brussel: Bruylant 1878, VIII, nr. 423.

23 Sagaert 2014, nr. 773.

4 Afscheid van de ‘constructie-Beekhuis’?

4.1 Algemeen

Een veel bediscussieerd thema met betrekking tot Boek 5 BW is het zogenoemde ‘stapelverbod’: de regel dat Boek 5-rechten slechts kunnen worden gevestigd op zaken en dus niet op elkaar. Deze rechten verschillen daarmee van de in Boek 3 BW geregelde figuren, die wel ook op vermogensrechten kunnen rusten. Uit dit onderscheid wordt bijvoorbeeld afgeleid dat een opstalrecht wel met een recht van vruchtgebruik of hypotheek kan worden bezwaard, maar niet met een recht van erfpacht.

Op verschillende plaatsen neemt de wet de materiële betekenis van het stapelverbod weer weg. Art. 5:84 BW regelt bijvoorbeeld dat beperkt gerechtigden wel degelijk een erfdienstbaarheid kunnen vestigen. Daarbij blijft de wettelijke systematiek overeind: deze erfdienstbaarheid wordt geacht niet te rusten op het beperkte recht, maar rechtstreeks op de onroerende zaak. Eenzelfde constructie geeft art. 5:93 BW voor de ondererfpacht. En omdat art. 5:104 BW die bepaling van overeenkomstige toepassing verklaart op het opstalrecht – en dus de opstalgerechtigde een recht van onderopstal kan vestigen – leidt het stapelverbod hooguit in een klein aantal gevallen daadwerkelijk tot praktische onmogelijkheden. ‘Hooguit’, omdat zelfs voor de niet in de wet geregelde combinaties omstreden is of de systematiek van Boek 5 hun verbiedt. Het gaat dan om de vestiging van een erfpachtrecht door een opstalgerechtigde en om de vestiging van een opstalrecht door een erfpachter. Onder anderen Snijders – tussen 1972 en 1995 regeringscommissaris voor Boek 5 BW – stelt bijvoorbeeld dat, hoewel een wettelijke grondslag daarvoor ontbreekt, een opstaller wat hem betreft een recht van erfpacht kan vestigen, rechtstreeks op de onroerende zaak.²⁴ De erfpachter kan daarmee

24 W. Snijders, ‘Boekbespreking Th.F. de Jong, De structuur van het goederenrecht, diss. Groningen, 2006’, *WPNR* 2006/6689, p. 835. Zie in dezelfde zin eerder al H.W. Heyman, ‘Kan een opstalrecht worden gevestigd door een erfpachter of een appartementseigenaar’, *WPNR* 1999/6342, p. 53, die pleit voor analogische toepassing van art. 5:93 jo. art. 5:104 BW, alsmede A. Slaski, ‘Stapelning van beperkte rechten op onroerende zaken’, *WPNR* 2009/6789, p. 200-207, naar wier oordeel uit het wettelijk systeem voldoende aanknopingspunten voortvloeien om te kunnen concluderen dat stapeling van Boek 5-rechten wel degelijk mogelijk is. Volgens T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 378 is er evenmin een



nog geen opstalrecht vestigen, maar dat volgt – als men de benadering van Sniijders volgt – niet uit het stapelverbod, maar uit het feit dat een erfpachter geen eigenaar is en dus ook geen eigendom kan verschaffen. Hierbij tekenen we nog aan dat volgens verschillende schrijvers zelfs dat geen bezwaar is tegen de geldigheid van een door de erfpachter gevestigd opstalrecht.²⁵

Wat er verder zij van het standpunt van Sniijders; het potentiële probleem van deze ‘kruislingse stapeling’ is eenvoudig op te lossen met de – in par. 3 besproken – toekenning van eigendom aan de erfpachter. Als we eenmaal aanvaardden dat de erfpachter eigenaar is van de opstallen waarvan hij het exclusieve genot heeft, zou hij die eigendom ook aan een ondererfpachter kunnen verstrekken. Aan een door de erfpachter te vestigen opstalrecht bestaat dan geen behoefte meer. Er lijkt daarom weinig reden voor een kritische beschouwing over het stapelverbod zelf. Wij achten die evenwel toch wenselijk. De reden daarvoor is het bezwaarlijke van de gekozen juridische constructie, waarin de beperkt gerechtigde het object van zijn recht bezwaart en niet zijn eigen recht zelf. Deze zogeheten ‘constructie-Beekhuis’²⁶ zou wat ons betreft – uiteindelijk – moeten wijken voor een systeem waarop alle beperkte rechten op dezelfde wijze rusten op het recht van degene die het vestigt.

bezwaar tegen de vestiging van een erfpachtrecht door een opstaller. Hij stelt dat voldoende is dat een dergelijk erfpachtrecht – in lijn met de in art. 5:85 BW gegeven definitie – indirect, betrekking heeft op een onroerende zaak. In de visie van Th.F. de Jong, *De Structuur van het Goederenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 93, waarin vestiging van een beperkt recht tot een gewijzigde machtsverhouding ten aanzien van het – uiteindelijke – object leidt, is de vestiging van een erfpachtrecht door een opstaller eveneens mogelijk. Vgl. ten slotte nog de Toelichting Meijers bij art. 5:85 BW: ‘De onroerende zaak die in erfpacht wordt gegeven, kan een al of niet bebouwd stuk grond zijn, doch ook een afzonderlijk gebouw dat ten gevolge van een recht van opstal voorwerp van afzonderlijke eigendom is. Aangezien nooit behoefte is gebleken aan erfpacht op rechten, is dit recht beperkt tot zaken.’ Zie *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 300 en hierna in par. 4.2.

25 Zie bijv. K.J.H. Hoofs, *Doorbreking van de natrekking* (diss. Maastricht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 116 en A.F. Mollema, *Het beperkte recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 203-208. Die gedachte hangt dan samen met de door Heyman ontwikkelde idee dat een opstaller geen echte, maar slechts economische eigendom van de opstallen heeft. Zie H.W. Heyman, ‘Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller’, in: W.G. Huijgen (red.), *2000 jaar eigendom en beperkte rechten. Bundel ter gelegenheid van het afscheid van mr. A.J.H. Pleysier*, Deventer: Kluwer 2005, p. 19-31.

26 Deze term wordt onder meer gehanteerd door Van Velten 2015, par. 2.3.2.

4.2 Herkomst en rechtvaardiging van de constructie-Beekhuis

De constructie-Beekhuis wordt veelal gepresenteerd als een poging van regeringscommissaris Beekhuis om enerzijds het systeem van Boek 5 – met enkel rechten die rechtstreeks op zaken rusten – te redden en anderzijds tegemoet te komen aan de behoefte van de rechtspraak aan Boek 5-rechten die zijn gevestigd door beperkt gerechtigden.²⁷ Die benadering doet niet helemaal recht aan de historische werkelijkheid, nu de systematiek van deze constructie al ver vóór Beekhuis' geboorte werd gevolgd voor door beperkt gerechtigden gevestigde erfdiensbaarheden. Art. 711 BW (oud) bepaalde:

“Hij [een erfpachter; auteurs] is bevoegd om zijn regt te vervreemden, met hypotheek te belasten, en den grond, in erfpacht uitgegeven, met erfdiensbaarheden te bezwaren, voor het tijdvak van zijn genot.”²⁸

Die bepaling stamt al uit de in 1825 ingevoerde Erfpachtwet, terwijl ook de – nooit ingevoerde – ontwerpen voor een Burgerlijk Wetboek die J.M. Kemper in 1815 en 1820 voorbereidde, ervan uitgingen dat een door de erfpachter gevestigde erfdiensbaarheid rustte op ‘het goed’, terwijl een hypotheekrecht zou rusten op ‘dit regt’.²⁹

27 Vgl. bijv. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/9. Nog strenger is Mijnssen in zijn – nog mede door Beekhuis geschreven – eerste bewerking van het Asserdeel over het goederenrecht. Zie Asser/Beekhuis, Mijnssen & De Haan 3-I 1985/48: ‘Anderzijds kon niet voorkomen worden dat ook beperkte rechten op rechten in Boek 5 NBW een regeling vinden. Erfdiensbaarheid rustend op erfpacht, vruchtgebruik of opstal (art. 5.6.10) heeft immers niet een zaak maar een recht tot voorwerp. Hetzelfde geldt t.a.v. ondererfpacht dat rust op erfpacht (art. 5.7.1.5b). Ten aanzien van deze figuren merkt men op dat ook in deze gevallen de grond met erfdiensbaarheid of ondererfpacht is belast en tracht daarmee deze figuren in het systeem van de zakelijke rechten in te passen. Een verdediging van het systeem die weinig overtuigend voorkomt.’

28 Vgl. over deze regel ook Mollema 2013, p. 195 e.v. Eenzelfde regel gaf art. 759 BW (oud) voor het opstalrecht.

29 Zie M.J.E.G. van Gessel-de Roo, *Zakenrecht 1978-1820*, Zutphen: Walburg Pers 1991, p. 286. Vgl. ook art. 205 van het Ontwerp 1898: ‘De erfpachter is bevoegd om op de in erfpacht uitgegeven zaak, voor zoolang zijn recht duurt, erfdiensbaarheden te vestigen.’ In de toelichting op deze bepaling wordt het als volgt gezegd: ‘[...] dat erfpacht met vruchtgebruik en hypotheek kan worden bezwaard. Met betrekking tot het vestigen van erfdiensbaarheden moet men



De oorspronkelijke gedachte achter de keuze om een door de erfpachter gevestigde erfdienstbaarheid – anders dan een hypotheekrecht of een recht van vruchtgebruik – direct op de zaak te laten rusten, is niet helemaal duidelijk. Snijders rechtvaardigt deze systematiek met een beroep op het feit dat deze aansluit bij wat onder het voorafgaande recht was bepaald of werd aangenomen en dat bij beperkte rechten als erfdienstbaarheden, ondererfpacht en onderopstal de nadruk overwegend ligt op het gebruik of het genot van de zaak:

“Maar diezelfde constructie leidt bij pand of hypotheek op een beperkt genotsrecht tot onnodige hersengymnastiek en doet geen recht aan wat zich in werkelijkheid voordoet: het toekennen van een bevoegdheid aan een schuldeiser om zich bij voorrang te verhalen op het *beperkte recht* en niet ook op de zaak waarop dat recht rust.”³⁰

Dat we in deze construering inderdaad niet meer moeten zoeken dan een aansluiting bij de fysieke werkelijkheid is aannemelijk. Bij het opstellen van de stapelingsbepalingen lijkt men niet steeds even goed voor ogen te hebben gehad dat de fysieke zaak en het eigendomsrecht dat daarop rust, doorgaans met elkaar vereenzelvigd worden. Die gedachte komt nog sterker op bij lezing van art. 5:118 BW.³¹ Volgens die bepaling rust de door een appartementsgerechtigde gevestigde erfdienstbaarheid op het privégedeelte waarvan de betreffende appartementsgerechtigde het exclusieve genot heeft. Waar men bij art. 5:93 BW nog kan denken dat de beperkt gerechtigde die een erfdienstbaarheid vestigt kennelijk het

aannemen, dat eene erfdienstbaarheid, bij voorbeeld die van inbalking, kan worden gezegd te rusten op *de in erfpacht uitgegeven zaak* [...]. Zie *Ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek der Koningin aangeboden door de Staatscommissie tot voortzetting der herziening ingesteld bij Besluit van wijlen Zijne Majesteit Koning Willem III van 22 augustus 1887, no. 24. Tweede boek*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1899.

30 W. Snijders, ‘Boekbespreking Th.F. de Jong, De structuur van het goederenrecht, diss. Groningen, 2006’, *WPNR* 2006/6689, p. 835. Vgl. ook Mollema 2013, p. 195.

31 Voor de goede orde zij hier opgemerkt dat art. 5:118 BW niet stamt uit het in 1955 gepubliceerde Ontwerp Meijers, maar uit het Regeringsontwerp dat niet veel later – op 17 januari 1957 – aan de Tweede Kamer werd voorgelegd. Materieel werd deze bepaling al op 7 september 1972 ingevoerd als art. 875n BW (oud), in het kader van de herziening van het appartementsrecht.

eigendomsrecht bezwaart, heeft art. 5:118 BW duidelijk uitsluitend een fysiek object voor ogen. Het privégedeelte van een appartementsrecht is in de regel immers geen zaak waarvan iemand eigendom kán hebben. Ook de Toelichting Meijers bevat een aanwijzing voor de stelling dat men de genoemde vereenzelvingsgedachte niet steeds even scherp voor ogen heeft gehad. Die vermeldt enerzijds expliciet de – thans algemeen aanvaarde – regel dat een opstaller 'geen beschikkingen kan treffen over het eigendomsrecht op de opstallen los van het opstalrecht'.³² Een hypotheek vestigt de opstalgerechtigde dus niet rechtstreeks op (de eigendom van) de opstallen, maar op zijn opstalrecht. Anderzijds wordt echter aangegeven dat, hoewel een erfpacht slechts op zaken kan rusten, ook een opstalgerechtigde een erfpachtrecht kan vestigen op de *opstallen*.³³ Beide opmerkingen zijn óf inconsistent óf zij geven er blijk van dat reeds in de visie van Meijers³⁴ bepaalde beschikkingshandelingen – namelijk de vestiging van een erfdiensbaarheid of een erfpachtrecht – steeds de fysieke zaak betroffen, zonder dat daarmee ook werd gezegd dat deze handelingen ook steeds op het eigendomsrecht betrekking hadden waarmee die zaak doorgaans wordt vereenzelvd.³⁵

Nu de hier besproken elementen reeds in het wetsontwerp besloten lagen voordat Beekhuis op 1 mei 1964 tot regeringscommissaris voor Boek 5 BW werd benoemd, lijkt het niet geheel zuiver om de aan art. 5:84 en art. 5:93 BW ten grondslag liggende systematiek volledig aan hem toe te schrijven. Wel heeft Beekhuis dit systeem verder uitgewerkt en uitgebouwd. Daarmee begon hij al in het jaar vóór zijn benoeming, in zijn bewerking van het Asser-deel over zakenrecht.³⁶ Hij bespreekt daar de

32 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 356 (TM).

33 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 300 (TM).

34 Voor de goede orde zij hier aangetekend dat de Toelichting Meijers is voltooid door het zogeheten 'driemanschap', bestaande uit Drion, Eggens en De Jong; het is niet meer te reconstrueren in hoeverre iedere passage uit de Toelichting Meijers ook daadwerkelijk aan Meijers is toe te schrijven. Omdat echter Meijers de toelichting voor zijn overlijden grotendeels had voltooid en omwille van de leesbaarheid van deze bijdrage, schrijven wij de in de Toelichting Meijers verdedigde opvattingen steeds toe aan Meijers zelf.

35 W. Snijders, 'Boekbespreking Th.F. de Jong, 'De structuur van het goederenrecht, diss. Groningen, 2006', *WPNR* 2006/6689, p. 835 geeft aan dat het wat hem betreft ook bij de stapelingsbepalingen geen goede zin heeft te onderscheiden tussen zaak en eigendom, in die zin dat men de zaak zou kunnen bezwaren, maar niet de eigendom.

36 Asser/Beekhuis, *Zakenrecht. Bijzonder deel. Eerste stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1963, p. 263.

discussie die onder het oude recht bestond over de vraag of een erfpachtrecht behalve op 'lichamelijke onroerende zaken' ook op 'onlichamelijke zaken' (bijvoorbeeld een recht van tol, een recht van veer of een visrecht) kon worden gevestigd. Hij sluit zich aan bij Opzoomer-Goudekete en Land, die deze vraag ontkennend hadden beantwoord. Echter:

“Praktisch schijnt de vraag van gering belang te zijn, omdat het vestigen van een recht van erfpacht op een recht niet meer schijnt voor te komen. Wel wijzen de latere schrijvers in dit verband op het bestaan van z.g. ondererfpacht, [...] maar men kan het recht van de ondererfpachter op één lijn stellen met dat van de onderhuurder. Evenzeer, als men bij onderhuur aanneemt, dat de onderhuurder een recht heeft op de oorspronkelijk verhuurde zaak en niet op het recht van huur, zou men ondererfpacht kunnen beschouwen als een recht, rechtstreeks rustend op de in erfpacht uitgegeven grond. [...]. Intussen is het Ontw. B.W. de opvatting van Opzoomer-Goudekete en Land gevolgd. [...] Onder de werking van het nieuwe B.W. is ondererfpacht dus nog slechts geoorloofd, indien men de hierboven verdedigde opvatting huldigt.”

Onder verwijzing naar deze passage houdt de minister vervolgens – reeds voordat hij het latere art. 5:93 BW aan het wetsvoorstel toevoegt – de vestiging van een recht van ondererfpacht voor mogelijk.³⁷ Hij stelt dat de erfpachter op grond van (thans) art. 5:89 BW het genot heeft van de zaak als een eigenaar, inclusief – zo redeneert de minister – de bevoegdheid om de zaak in erfpacht te geven. Dit mag op het eerste oog aandoen als een nogal gekunstelde redenering: een beschikkingshandeling van de erfpachter heeft niet zozeer betrekking op zijn genot, maar veeleer op het erfpachtrecht zelf. Echter, gekunsteld of niet, deze benadering is niet veel verder gezocht dan die waarin een opstalgerechtigde – los van zijn opstalrecht – kan beschikken over de opstallen door daarop een recht van erfpacht te vestigen. In wezen sluit de benadering van Beekhuis – regeringscommissaris ten tijde van het opstellen van de memorie van antwoord – naadloos aan op verschillende onderdelen die al vóór Beekhuis' aantreden in het ontwerp waren terug te vinden.

37 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 301 (MvA II).

Dat vervolgens toch art. 5:93 BW aan het wetboek is toegevoegd, hangt samen met de twijfel die na deze memorie van antwoord desalniettemin is blijven bestaan over de aanvaardbaarheid van een ondererfpacht zonder wettelijke grondslag.³⁸ Die twijfel heeft de minister willen wegnemen met een expliciete bepaling, passend in de systematiek die volgens de parlementaire geschiedenis ook zonder die bepaling had gegolden.

4.3 Bezwaren tegen de constructie-Beekhuis

Het resultaat van de constructie-Beekhuis is dat in ons rechtssysteem ogenschijnlijk twee verschillende typen beperkte rechten voorkomen: de Boek 5-rechten die – ongeacht de persoon die ze vestigt – rusten op een bepaalde zaak, en de Boek 3-rechten die steeds rusten op het recht van degene die het beperkte recht vestigt. De rechtvaardiging voor dit onderscheid lijkt te zijn beperkt tot de wens aan te sluiten bij spraakgebruik en fysieke beleving, waarin men bij Boek 5-rechten steeds een fysiek object in gebruik krijgt. Een dergelijk onderscheid met een dergelijke beperkte rechtvaardiging, komt de hanteerbaarheid van het recht niet ten goede. Immers, voortdurend komt de vraag op of de Boek 5-rechten op dezelfde manier behandeld moeten worden als de Boek 3-rechten. Gelet op de beperkte ratio en het beperkte doel van het onderscheid zal het wenselijke en gerechtvaardigde antwoord steeds bevestigend luiden. Echter, of dat inderdaad geldend recht is valt – met een beroep op de letter van de wet – gemakkelijk in twijfel te trekken.

Van dergelijke problemen bestaan diverse voorbeelden. Zo was onder het BW (oud) de vraag of de erfdiensbaarheid die de erfpachter kon vestigen ‘voor het tijdvak van zijn genot’ zou eindigen indien de erfpacht door vermenging tenietging. Diephuis³⁹ en Opzoomer⁴⁰ beantwoordden die vraag bevestigend, nu – anders dan voor bezwaren van de erfpacht zelf – voor de door de erfpachter gevestigde erfdiensbaarheid geen bepaling bestond als die van (thans) art. 3:81 lid 3 BW.

38 Zie – met literatuurverwijzingen – *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 316 (NvW).

39 G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt. Zevende deel*, Groningen: J.B. Wolters 1886, p. 38.

40 C.W. Opzoomer, *Het burgerlijk wetboek. Derde deel: artt. 555-783*, Amsterdam: Gebhard 1876, p. 494.

Latere auteurs hielden minder strak vast aan de tekst van de wet waar het de – volgende – vraag betrof of een erfpachter een erfdiensbaarheid kon vestigen ten behoeve van een heersend erf dat eveneens in eigendom toebehoort aan zijn erfverpachter. Daartegen pleitte de tekst van de art. 721 en 753 BW (oud):

“Erfdiensbaarheid is een last waarmede een erf bezwaard is, tot gebruik en ten nutte van een erf, hetwelk aan eenen anderen eigenaar toebehoort”

en:

“Alle erfdiensbaarheden gaan te niet, wanneer het heerschende en het dienende erf in dezelfde hand vereenigd zijn [...]”

Over het algemeen werd een dergelijke erfdiensbaarheid echter niettemin mogelijk geacht, eenvoudigweg omdat er geen redenen zijn om aan een erfpachter de bevoegdheid van art. 771 te onthouden wanneer het heersend erf toebehoort aan de erfverpachter van het dienend erf.⁴¹ Met een beroep op de letter van de wet kon men over deze kwestie evenwel gemakkelijk anders denken.

Onder het huidige recht is de door Diephuis en Opzoomer behandelde kwestie met expliciete bepalingen beslecht. Art. 5:84 lid 3 en art. 5:93 lid 2 BW zorgen ervoor dat een door de beperkt gerechtigde gevestigde erfdiensbaarheid of ondererfpacht op dezelfde wijze wordt behandeld als een door hem gevestigd recht van vruchtgebruik of hypotheek. Op andere terreinen dwingt de wettekst niet tot een gelijke behandeling van de verschillende beperkte rechten. Zo kan men nog steeds aarzelen over het antwoord op de vraag of een erfpachter erfdiensbaarheden kan vestigen ten behoeve van een ander erf, indien dat andere erf toebehoort aan dezelfde bloot-eigenaar. Wij zien daartegen geen bezwaar, reeds omdat inmiddels hooguit het adagium ‘nulli res sua servit’ daaraan in de weg staat. De wettekst zelf kent, anders dan het BW (oud) geen bepalingen waarmee deze ‘erfdienstbaarheid op eigen erf’ in strijd komt. Men kan zelfs stellen dat de geldigheid van deze erfdiensbaarheid past in het systeem, nu art. 5:83 BW ook een erfdiensbaarheid op eigen erf toestaat

41 Vgl. Asser/Beekhuis 3-II 1983, p. 196, die art. 721 BW (oud) ‘minder nauwkeurig uitgedrukt’ vindt.

indien één van beide erven is verhuurd. De juistheid van deze benadering is echter niet onomstreden.⁴² Eenzelfde twijfel bestaat in de rechtspraktijk over de – wat ons betreft eveneens bestaande – mogelijkheid van een recht van ondererfpacht ten behoeve van de bloot-eigenaar.

Speelde de vraag naar de gelijke behandeling tussen verschillende beperkte rechten onder oud recht met name⁴³ voor de twee genoemde vragen; het nieuwe recht heeft nieuwe pijnpunten gebracht. Zo regelt thans art. 5:87 lid 2 BW dat een opzegging moet worden betekend ‘aan degenen die als beperkt gerechtigde of beslaglegger op de erfpacht in de openbare registers staan ingeschreven’. Valt hieronder ook de ondererfpachter, wiens recht in de systematiek van Boek 5 BW niet *op* de erfpacht rust? Het ligt wat ons betreft in de rede om de ondererfpachter hier hetzelfde te behandelen als een hypotheekhouder, maar met een beroep op de letter van de wet is daarover wel anders gedacht.⁴⁴

Een volgende vraag betreft het in 2005 ingevoerde art. 5:118a BW. Volgens die bepaling kan een appartementsgerechtigde een recht van erfpacht of opstal vestigen. In aansluiting op art. 5:118 BW – dat voor de erfdiensbaarheid voorziet in eenzelfde systematiek – heeft de wetgever wederom de fysieke werkelijkheid centraal gesteld en geldt het privégedeelte ook in art. 5:118a BW als het rechtsobject. Echter, wat zijn de consequenties van een dergelijke benadering bij een wijziging van de splitsing? Zo’n wijziging vergt volgens art. 5:139 lid 3 BW de toestemming van ‘hen die een beperkt recht op een appartementsrecht hebben’. Vallen daaronder ook degenen met een recht van opstal of erfpacht op een privégedeelte?⁴⁵ Bevestigende beantwoording van die vraag is opnieuw aanlokkelijk (en wat ons betreft gerechtvaardigd), maar daarvoor is nodig dat men de wettekst wederom met een korrel zout neemt.

42 Mollema 2013, p. 260, voetnoot 106.

43 Een denkbare andere vraag is of een erfpachter het object van zijn recht kan bezwaren gedurende het faillissement van de bloot-eigenaar. Zie daarover A. Slaski, ‘Stapelning van beperkte rechten op onroerende zaken’, *WPNR* 2009/6789, p. 204.

44 M.Th.J.H. Straatman, ‘Aan wie moet de opzegging van een erfpacht worden betekend?’, *WPNR* 2013/6973, p. 342-346.

45 Voor de erfdiensbaarheidgerechtigde is de wet hier duidelijk, nu in zijn algemeenheid geregeld is dat toestemming nodig is ‘van de gerechtigden tot een erfdiensbaarheid, indien hun recht door de wijziging wordt verkort’. De wetgever heeft hier indertijd bewust rekening gehouden met het systeem waarin ‘erfdienstbaarheden op de zaak rusten, niet op een of meer appartementsrechten’. Zie *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 418 (MvA II).

Ook bij de mogelijkheid van rangwisseling kan deze kwestie de kop opsteken. Art. 3:262 BW biedt de mogelijkheid hypotheek en erfpacht of opstal van rang te laten wisselen. Leent die bepaling zich ook voor toepassing als hypotheek is gevestigd op erfpacht, waarna de erfpachter de zaak in ondererfpacht wil uitgeven en partijen zeker willen stellen dat het ondererfpachtrecht niet wordt 'weggepoetst' in geval van executie door de hypotheekhouder?⁴⁶ Dat hypotheek en erfpacht niet 'op hetzelfde goed' gevestigd zijn, zou de neiging kunnen oproepen art. 3:262 BW niet toepasselijk te achten. Wij menen echter dat door de constructie van art. 5:93 BW moet worden heengekeken. Rangwisseling zou geen probleem mogen zijn in de genoemde situatie.

Als we dan uiteindelijk echter moeten concluderen dat de rechten uit Boek 5 BW op geen enkel onderdeel anders behandeld worden dan de rechten uit Boek 3 BW, moet ook worden geconstateerd dat het onderscheid dat wel bestaat in de wettekst een façade plaatst voor het werkelijke systeem. Er is, om met Suijling te spreken, sprake van een 'misverstand' in de wettelijke formulering; niet minder dan de vestiging met een hypotheekrecht, leidt de vestiging van een erfdiensbaarheid, onderopstal of ondererfpacht tot een bezwaring van het *eigen recht*.⁴⁷ Het ware wat ons betreft beter geweest wanneer de wettekst meer bij die juridische werkelijkheid zou hebben aangesloten dan bij het feit dat de genoemde rechten uiteindelijk steeds het genot geven van een fysieke zaak. Iets meer afstand van de fysieke werkelijkheid is niet bezwaarlijk; een juridisch duidelijke regeling zal niemand ervan weerhouden om aan de bordreltafel, of – zij het wat voorzichtiger – zelfs tijdens de notariële *Belehrung*, iets meer de taal te gebruiken die aansluit op de beleving van de rechtzoekende; taal waarin reeds thans de erfpachter eigenaar is van het huis en huurder van de grond, waarin de appartementsgerechtigde eigenaar is van zijn appartement en – maar die mag pas wat later op de avond – waarin het huis nog van de bank is zolang de hypotheek niet is afgelost.

46 Andere voorbeelden zijn natuurlijk denkbaar, zoals opstal-hypotheek-onderopstal en erfpacht-hypotheek-erfdienstbaarheid.

47 J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 5e stuk. Zakenrecht*, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1940, nr. 349. Vgl. ook A. Slaski, 'Stapelning van beperkte rechten op onroerende zaken', *WPNR* 2009/6789, p. 204: 'Juridisch bezien wordt het ondererfpachtrecht gevestigd op de onroerende zaak; feitelijk gezien, voor wat betreft het effect, rust het op het erfpachtrecht zelf.'

Ter verdediging van de constructie-Beekhuis voert Snijders dan nog aan dat bijvoorbeeld een erfpachtrecht op de opstallen 'meer voor de hand [ligt] dan een recht van erfpacht op het opstalrecht zelf, dat slechts de *bevoegdheid* geeft "in eigendom te hebben of te verkrijgen", een bevoegdheid waar een erfpachter niets aan heeft'.⁴⁸ Ook dat argument overtuigt niet: ook een door de opstaller op zijn recht gevestigd erfpachtrecht zou uiteindelijk het genot geven van de zaak, net zoals een door de opstaller gevestigd – en onder de vigerende regels wel *op* het opstalrecht rustend⁴⁹ – recht van vruchtgebruik dat doet.

Het is bovendien de vraag in hoeverre de fysieke wereld nog daadwerkelijk adequaat weerspiegeld wordt in de huidige wettelijke formulering. Het genoemde recht van vruchtgebruik bijvoorbeeld – dat zijn plaats in Boek 3 BW dankt aan het feit dat hij ook op vorderingen kan worden gevestigd – geeft, als het rust op een erfpachtrecht, niet minder dan de ondererfpacht het genot van een onroerende zaak. Toch wordt zo'n recht niet aangemerkt als een recht op de onroerende zaak. En, waar men zich bij een erfdiensbaarheid op een privégedeelte van een appartementsrecht nog wat kan voorstellen (art. 5:118 BW), staat het – inmiddels ook mogelijke – recht van erfpacht op zo'n privégedeelte (art. 5:118a BW) aanzienlijk verder van de werkelijkheid. Of zou een dergelijke erfpachter *niet* het genot hebben dat het appartementsrecht van de gemeenschappelijke delen verschaft?⁵⁰

4.4 Wetswijziging geboden?

Als het wettelijke systeem duidelijker en beter kan worden ingericht, is de verleiding groot te stellen dat de wetgever moet ingrijpen. Anderzijds moe-

48 W. Snijders, 'Boekbespreking Th.F. de Jong, De structuur van het goederenrecht, diss. Groningen, 2006', *WPNR* 2006/6689, p. 835.

49 Vgl. bijvoorbeeld art. 5:123 BW. Zie ook W. Snijders, 'Boekbespreking Th.F. de Jong, De structuur van het goederenrecht, diss. Groningen, 2006', *WPNR* 2006/6689, p. 835: 'Wanneer de erfpachter een vruchtgebruik vestigt of hypotheek verleent[t], komt dat vruchtgebruik of die hypotheek op de erfpacht te rusten' en Asser/Beekhuis 3-II 1977, p. 210-211: 'Hoewel de wet hierover zwijgt, mag de erfpachter zijn recht ook in vruchtgebruik geven (Suijling V, no. 349). Eveneens mag hij voor de duur van zijn recht ten bate of ten laste van het erf een erfdiensbaarheid bedingen of vestigen.'

50 Vgl. H.W. Heyman, 'Vestiging van erfpacht en opstal door een appartements-eigenaar', in: J. Struiksma e.a., *Vast en goed* (Van Velten-bundel), Deventer: Kluwer 2003, p. 88-89.

ten we concluderen dat – met een goed begrip van het beperkte doel van de in de wettekst gekozen formuleringen – ook de huidige regelgeving niet tot problemen hoeft te leiden. Dat geldt temeer nadat, zoals wij hebben bepleit in par. 3, de wettelijke erfpacht- en opstaltitel ineengeschoven zijn en de erfpachter als sequeel van een ondererfpachtrecht, eigendom van de opstallen kan verlenen. Zou de wetgever die stap te ver vinden gaan, dan zou een simpele oplossing voor het probleem dat de erfpachter geen opstalrecht kan vestigen, een in art. 5:93 BW onder te brengen voorziening zijn.

Artikel 93

“1. De erfpachter is bevoegd de zaak waarop het recht van erfpacht rust, geheel of ten dele in ondererfpacht te geven *of op deze zaak een opstalrecht te vestigen*, voor zover in de akte van vestiging niet anders is bepaald. Aan de ondererfpachter *of opstaller* komen ten aanzien van de zaak niet meer bevoegdheden toe dan de erfpachter jegens de eigenaar heeft.

2. De ondererfpacht *of het opstalrecht* gaat bij het einde van de erfpacht teniet, tenzij deze eindigt door vermenging of afstand. De eigenaar kan voor de ter zake van de erfpacht verschuldigde canon het recht van erfpacht vrij van ondererfpacht *of opstalrecht* uitwinnen. Het in de vorige zinnen van dit lid bepaalde geldt niet, indien de eigenaar bij een in de openbare registers ingeschreven notariële akte heeft verklaard met de vestiging van de ondererfpacht *of het opstalrecht* in te stemmen.

3. Voor de toepassing van de overige artikelen van deze titel wordt de erfpachter in zijn verhouding tot de ondererfpachter *of opstaller* als eigenaar aangemerkt.”

Als gevolg van de schakelbepaling van art. 5:104 BW zou met deze wijziging meteen duidelijk geregeld zijn dat ook de opstaller een recht van erfpacht kan vestigen. Consequentie van een dergelijke toevoeging is dat de erfpachter eigendom kan verschaffen die hij zelf niet heeft, echter dat is – vanwege het in par. 3 besproken bijzondere karakter van de eigendom van de opstalgerechtigde en omdat de slotzin van art. 5:93 BW regelt dat de erfpachter aan zijn rechtsverkrijgers niet méér bevoegdheden ten aanzien van de zaak kan geven dan hij zelf heeft – geen bezwaar. Nu de praktische problemen met eenvoudige voorzieningen kunnen worden weggenomen, heeft een afschaffing van de constructie-Beekhuis wat ons betreft geen prioriteit. Daarbij wegen we ook mee dat – hoewel de

constructie-Beekhuis wat ons betreft geen materiële betekenis heeft – een dergelijke afschaffing een forse ingreep in de wet zou betekenen. Zoals Van Velten al in 1995 aangaf, zou een afscheid van de constructie-Beekhuis het gehele onderscheid tussen de Boeken 3 en 5 BW op losse schroeven zetten.⁵¹ Zo'n ingrijpende verandering is gewenst als het komt tot een algehele herziening van het Burgerlijk Wetboek.

4.5 Stapeling in het Belgische recht

Ook naar Belgisch recht heeft de stapelingsproblematiek van zakelijke rechten veel pennen in beweging gebracht.⁵² Het gebrek aan systematiek van het Belgische recht en het zeer verouderde wettelijke kader spelen het Belgische recht hier parten: de regeling inzake vruchtgebruik en erf-dienstbaarheden is sinds de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek in 1804 nauwelijks gewijzigd⁵³, terwijl erfpacht en opstal tot vorig jaar sinds 1824 – met de invoering van de Nederlandse wetten⁵⁴ – niet werd gewijzigd. Een wettelijk stapelverbod bestaat naar Belgisch recht niet. Tot recent werd de vraag casuïstisch beantwoord, maar bleef veel rechts-onzekerheid. Daarbij werden twee maatstaven naast en door elkaar gebruikt, namelijk 1) de vestiger van het zakelijk recht moet binnen de grenzen van zijn bevoegdheid blijven en 2) het zakelijk recht moet op een onlichamelijke goed mogelijk zijn.

Voor de vestiging van een recht van vruchtgebruik wordt algemeen aangenomen dat dit ook op onlichamelijke goederen, en dus ook op beperkt zakelijke rechten, mogelijk is. Zo zou reeds in een traditionele benadering

51 A.A. van Velten, 'Privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht', in: A.A. van Velten e.a., *Erfpacht. Preadvies (...) voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap te houden te Nijmegen op 22 september 1995*, Lelystad: Koninklijke Vermande B.V. 1995, p. 56, voetnoot 141.

52 Zie o.a. V. Sagaert, 'Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning. Knelpunten van tontine, vruchtgebruik, erfpacht en opstal', in: *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21e eeuw, XXXste postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2003-2004*, Mechelen: Kluwer 2004, 205-274; K. Vanhove & F. Baudoncq, 'De combinatie van beperkt zakelijke rechten', *Not.Fisc.M.* 2004, p. 135-153.

53 Het recht van vruchtgebruik wordt geregeld in art. 578 e.v. Belgisch Burgerlijk Wetboek, terwijl de erfdienstbaarheden in art. 637 e.v. staan.

54 Erfpachtwet en Opstalwet van 10 januari 1824, *Staatsblad* 10 januari 1824.

een erfpachter of opstalhouder zijn recht met een vruchtgebruik kunnen bezwaren.

Ook neemt de meeste rechtsleer aan dat de erfpachter zijn recht van erfpacht kan bezwaren met een ander recht van erfpacht ('ondererfpacht'),⁵⁵ maar andere auteurs betwisten dan weer dat het recht van erfpacht op een onlichamelijk goed betrekking zou kunnen hebben.⁵⁶

Eenzelfde rechtsonzekerheid bestaat ten aanzien van een recht van erfpacht, toegestaan door een vruchtgebruiker op zijn recht van vruchtgebruik. Volgens sommige auteurs is een dergelijk erfpachtcontract ongeldig omdat het in strijd komt met de *nemo plus*-regel: de bevoegdheden van de erfpachter zijn namelijk omvangrijker dan die van de vruchtgebruiker.⁵⁷ Een andere benadering gaat er evenwel van uit dat een erfpacht toegestaan door een vruchtgebruiker wel geldig is, maar dat de duur van de erfpacht beperkt is tot de duur van het vruchtgebruik.⁵⁸

Niettegenstaande dat gebrek aan systematiek is een duidelijke evolutie in het Belgisch recht te ontwaren: het Belgische recht gaat steeds meer uit van het beschikkingsbeginsel als enige beperking op de mogelijkheid om zakelijke rechten te vestigen. De moderne Belgische rechtsleer, daarin in specifieke gevallen gevolgd door de wetgever, kiest daarbij niet zozeer voor een benadering waarbij een beperkt gerechtigde een zakelijk recht op zijn eigen recht toestaat, maar wel op het goed waarop het beperkte recht betrekking heeft. Een beperkt zakelijk gerechtigde wordt daardoor beschikkingsbevoegd met betrekking tot het bezwaarde goed binnen de grenzen van zijn eigen recht. Hiermee kiest de Belgische wetgever – toegegeven: wellicht onbewust – voor een structuur die vrij gelijklopend is met de constructie-Beekhuis, die hiervoor werd besproken. Naar Belgisch recht is dat natuurlijk minder problematisch, omdat het Belgische

55 R. Carton de Tournai & A.J. Charlier, 'Quelques considérations sur l'emphytéose et la superficie', *Journal des Tribunaux* 1971, 71; F. de Montpellier, 'Usufruit, emphytéose et superficie. Limites de l'autonomie de la volonté et utilisation combinée', in: *Onroerend goed als beleggingsinstrument*, Brussel: Larcier 2003, p. 41, nr. 86.

56 M. Donnay, 'L'emphytéose', *Rec.gén.enr.not.* 1974, nr. 21802, p. 216, nr. 15; R. Derine, F. Van Neste & H. Vandenberghe, *Zakenrecht*, in: *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen: Kluwer 1974, nr. 1000.

57 P. Lecocq, 'Superficie et emphytéose: questions d'actualité', in: CUP, *Le point sur le droit des biens*, Luik: Lecocq 2000, (129) 142.

58 Hof Brussel 2 juni 1978, *J.D.F.* 1978 en *Rec.gén.enr not.* 1979, nr. 22399; F. de Montpellier, *l.c.*, p. 32, nr. 62.

recht enkel in het algemeen 'vermogensrechten' kent, en geen onderscheid ziet tussen Boek 3-rechten en Boek 5-rechten. Die evolutie blijkt uit een aantal ontwikkelingen.

Aangezien erfdiensbaarheden naar Belgisch recht sowieso de meest beperkte rechten zijn, kunnen beperkt zakelijk gerechtigden zoals erfpachters, opstalhouders en vruchtgebruikers een erfdiensbaarheid toestaan.⁵⁹ Uiteraard kan deze erfdiensbaarheid slechts uitwerking behouden voor de duur van het hoofdrecht. Zulks vindt voor de houder van een erfpachtrecht met zoveel woorden steun in art. 6 Erfpachtwet van 10 januari 1824, dat identiek is aan art. 771 BW (oud) dat hiervoor aan bod kwam. Ook voor algemene gebruiksrechten vindt deze gedachte ingang. Zo wordt in de rechtsleer algemeen aanvaard dat een erfpachter de bevoegdheid heeft om een recht van vruchtgebruik toe te staan op het onroerend goed dat met erfpacht is bezwaard in zoverre dat recht van vruchtgebruik binnen de grenzen van de aan de erfpachter toegestane bevoegdheden (namelijk de duurtijd van de erfpacht) blijft.⁶⁰

Voor opstalrechten is er een belangrijke hervorming geweest door de Wet van 25 april 2014, waarbij onder andere in art. 1 Opstalwet is toegevoegd:

“Het opstalrecht kan gevestigd worden door elke titularis van een onroerend zakelijk recht, binnen de grenzen van zijn recht.”⁶¹

Vóór de wetwijziging maakte de Opstalwet aldoor gewag van de 'grondeigenaar', wat in een letterlijke lezing betekende dat een beperkt zakelijk gerechtigde geen opstalrecht kon vestigen. Hierdoor wordt de beschikingsbevoegdheid nog de enige overblijvende beperking op de mogelijkheid voor een beperkt zakelijk gerechtigde om een opstalrecht toe te staan op het met opstal bezwaarde goed. Voorheen bestond hierover

59 (Staatsblad 10 januari 1824): 'Hij is bevoegd om zijn recht te vervreemden, met hypotheek te belasten, en den grond, in erfpacht uitgegeven, met dienstbaarheden te bezwaren, voor het tijdvak van zijn genot.'

60 R. Derine, F. Van Neste & H. Vandenberghe, *Zakenrecht*, IIB, p. 868, nr. 1004F; F. de Montpellier, 'Usufruit, emphytéose et superficie. Limites de l'autonomie de la volonté et utilisation combinée', in: *Onroerend goed als beleggingsinstrument*, Brussel: Larcier 2003, p. 39, nr. 81.

61 Over deze hervorming: zie V. Sagaert & S. Bouly, 'De hervorming van de Opstalwet: een uitbreiding van de stapelingsmogelijkheden', *RW* 2014-15, 1.003-1.015; C. Willemot, 'De oude dame krijgt een facelift – Uitbreiding van het toepassingsgebied van de opstalwet en de relevantie van de wijziging voor de notariële praktijk', *Not.Fisc.M.* 2014, 222-231.

betwisting, aangezien de Opstalwet van 1824 enkel gewag maakte van de 'grondeigenaar'. Zo kan een erfpachter, vruchtgebruiker of (hoofd) opstalhouder een opstalrecht op het bezwaarde goed toestaan binnen de grenzen van zijn eigen recht en uiteraard voor de maximale duurtijd van zijn eigen recht. Voor zover een hoofdopstalhouder een opstalrecht toekent met dezelfde bevoegdheden als zijn eigen recht en voor de volledige resterende duurtijd van zijn eigen recht, put hij al zijn rechten uit. Men gaat ervan uit dat het in die hypothese niet om een onderopstalrecht, maar om een overdracht van een opstalrecht gaat.⁶² Indien de opstalgever niet met de contractsoverdracht heeft ingestemd, kan een dergelijke contractsoverdracht naar Belgisch recht niet leiden tot een bevrijding van de initiële opstalhouder. Men spreekt van een zogenoemde 'onvolmaakte contractsoverdracht'.

Wat geldt voor een opstalrecht, moet ook gelden voor een erfpachtrecht. Er is geen reden waarom een beperkt zakelijk gerechtigde op de bezwaarde zaak wel een (onder)opstalrecht zou kunnen verlenen binnen de grenzen van zijn recht, maar geen (onder)erfpachtrecht.

5 Rangwisseling

5.1 Algemeen

Wie art. 3:262 BW leest, zou tot de conclusie kunnen komen dat rangwisseling tussen Boek 5-rechten niet mogelijk is. Is dat ook daadwerkelijk zo? En zo ja, is dat problematisch?

De zogenoemde prioriteitsregel (*prior tempore potior iure*) speelt in het goederenrecht een belangrijke rol. De volgorde waarin beperkte rechten worden gevestigd (ontstaan), is in beginsel bepalend voor de onderlinge verhouding tussen deze beperkte rechten. Vanzelfsprekend speelt dit alleen als de beperkte rechten op een of andere manier 'conflicteren'. Voor registergoederen is een en ander tot uitdrukking gebracht in art. 3:21 BW.⁶³ De praktische uitwerking van het beginsel kan eenvoudig worden geïllustreerd met de volgende twee voorbeelden.

62 V. Sagaert & S. Bouly, 'De hervorming van de Opstalwet: een uitbreiding van de stapelingsmogelijkheden', *RW* 2014-15, p. 1009, nr. 16.

63 Vgl. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/31.

Voorbeeld 1

Twee hypotheekrechten op één registergoed. Uit de netto-executieopbrengst wordt eerst de eerste hypotheekhouder voldaan en daarna (indien en voor zover mogelijk) de tweede.

Voorbeeld 2

Indien er een beperkt recht, bijvoorbeeld opstalrecht, wordt gevestigd na vestiging van een hypotheekrecht, gaat bij executie door zuivering het opstalrecht teniet. Zou het opstalrecht zijn gevestigd (zijn ontstaan) *voordat* het hypotheekrecht wordt gevestigd, dan kan de hypotheekhouder het registergoed alleen in bezwaarde toestand executeren.⁶⁴

De ontstaansvolgorde van beperkte rechten is echter niet in alle gevallen doorslaggevend. Er zijn 'exotische' gevallen waarin de tweede pandhouder voorrang krijgt op de eerste. Dat kan het gevolg zijn van derdenbescherming (art. 3:238 of art. 3:98 jo. art. 3:86/88) of van het feit dat een andere schuldeiser kosten tot behoud heeft gemaakt (art. 3:284 lid 2). Voor erfpacht en opstal zijn deze gevallen uiteraard niet rechtstreeks van belang. Ook is het denkbaar dat er vrijwillige rangwisseling heeft plaatsgevonden. Hierbij kunnen twee situaties worden onderscheiden. In de eerste plaats kan rangwisseling het gevolg zijn van een bevoegde herverpanding (art. 3:242 BW): een pandhouder verpandt het aan hem verpande goed op zijn beurt aan een derde, met dien verstande dat zijn eigen pandrecht in rang een plaatsje zakt en dus een tweede pandrecht wordt.⁶⁵ Voor het registergoederenrecht van groter praktisch belang is de mogelijkheid die blijkt uit art. 3:262 BW. Hypotheekhouders kunnen vrijwillig

64 Voor een toepassing in het Belgische recht: Cass. 15 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1183, *RW* 2001-02, 308, m.nt. V. Sagaert, waarin A een hypotheek had verleend aan B, vervolgens een opstalrecht had toegestaan aan C, en ten slotte C een hypotheek op zijn opstalrecht had toegestaan aan D.

65 Zie hierover vooral: K.J. Krzeminski, *Herverpanding* (diss. Rotterdam 2013), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013. Hij noemt het eerste gevestigde pandrecht het 'oorspronkelijke' pandrecht en het door de oorspronkelijke pandhouder gevestigde recht het 'herpandrecht'. 'Tussen het herpandrecht en het oorspronkelijke pandrecht vindt (...) een bijzondere soort rangwisseling plaats. De vraag is echter hoe deze rangwisseling zich verhoudt tot het prioriteitsbeginsel (...)'.⁷ p. 15. Ook A. Steneker, *Pandrecht* (Monografieën BW nr. B12a), Deventer: Kluwer 2012/14, typeert het gevolg van herverpanding als rangwisseling.

van rang wisselen; een hypotheek kan ook van rang wisselen met een ander beperkt recht. Simpel gezegd: de eerste en tweede hypotheekhouder kunnen onderling van plaats ruilen, doordat een daartoe bestemde notariële akte in de openbare registers wordt ingeschreven.⁶⁶ Op dezelfde wijze kunnen hypotheekhouder enerzijds en beperkt genotsgerechtigde (vruchtgebruik, erfdienstbaarheid, erfpacht of opstal) anderzijds de rang die zij als gevolg van de ontstaansvolgorde hebben⁶⁷ aanpassen, met als gevolg dat zuivering juist wel of juist niet optreedt. Bij lezing van art. 3:262 BW valt direct op dat steeds de betrokkenheid van een hypotheekrecht wordt vereist. De vraag is echter of dit betekent dat rangwisseling in gevallen die niet door art. 3:262 BW worden bestreken onmogelijk is.⁶⁸

5.2 Boek 5-rechten kunnen naast elkaar bestaan zonder dat van een rangorde sprake is

Bij de analyse van de rangwisseling moet vooropgesteld worden dat zake-lijke genotsrechten na elkaar op een onroerende zaak kunnen worden gevestigd en naast elkaar kunnen bestaan. Zolang de inhoud van de op de onroerende zaak gevestigde rechten inhoudelijk niet conflicteert, doet de prioriteitsregel zich in het geheel niet gelden. Wanneer bijvoorbeeld eigenaar A op zijn onroerende zaak eerst een opstalrecht vestigt ten gunste van B, met als inhoud (simpel gezegd) dat B eigenaar wordt van het woonhuis, en daarna een opstalrecht vestigt ten gunste van C, met als inhoud dat C eigenaar wordt van de beplantingen die zich op het erf bevinden, is er geen enkel probleem. Hetzelfde geldt indien A een opstalrecht op de ondergrond toestaat aan B, en een opstalrecht op de bovengrond aan C. Van een rangorde is geen sprake en van een behoefte aan

66 Opmerkelijk is dat geen medewerking maar toestemming van de anterieure hypotheekhouder vereist is.

67 De wet drukt het in art. 3:262 lid 2 BW zo uit dat de beperkte rechten 'worden geacht in andere volgorde te zijn ontstaan dan is geschied'.

68 Hoewel het buiten het bestek van dit preadvies valt, wijzen wij erop dat de mogelijkheid van vrijwillige rangwisseling van pandrechten door verschillende schrijvers wordt aanvaard, ondanks dat de wet deze mogelijkheid niet expliciet noemt. Zie A. Steneker, *Pandrecht*, (Monografieën BW nr. B12a), Deventer: Kluwer 2012/16; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/781 en N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'Het verleggen van grenzen bij het bepalen van rangorde van rechten van pand en hypotheek', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid*, Deventer: Kluwer 2010, p. 165-170.

rangwisseling dus ook niet.⁶⁹ De vraag naar rangwisseling gaat dus pas spelen als de (te vestigen) beperkte rechten onderling (zouden) bijten.⁷⁰

5.3 Enkele gevallen van 'rangwisseling'

Die gevallen laten zich wel denken en dan is de vraag gerechtvaardigd of conflicterende zakelijke rechten na elkaar kunnen worden gevestigd. Is het mogelijk achtereenvolgens twee opstalrechten op dezelfde onroerende zaak te vestigen als ze beide aan de opstaller de eigendom van dezelfde opstal beogen te verschaffen? Goed verdedigbaar is dat dat kan, maar dat het recht van de tweede opstaller niet tegen de eerste opstaller kan worden ingeroepen. Het eigendomsrecht van de tweede opstaller krijgt daarom feitelijk pas betekenis indien het eerste opstalrecht eindigt voordat het tweede eindigt. Je staat als tweede opstaller dus als het ware op de wachtlijst boven anderen.

We bespreken hierna kort enkele situaties waarin een behoefte aan rangwisseling zou kunnen worden gevoeld. Onze conclusie is dat een echte rangwisseling niet nodig is, omdat door middel van (gedeeltelijke) afstand een op rangwisseling gelijkend resultaat kan worden bereikt.⁷¹

Stel dat op (eigendom van) een onroerende zaak van A een erfpachtrecht is gevestigd ten gunste van B. Inhoudelijk is dit erfpachtrecht niet beperkt, we noemen het gemakshalve een max-erfpacht, en B heeft dus het exclusieve genot van de grond en de opstallen. Voor een later te realiseren WKO-installatie willen partijen – grondeigenaar en erfpachter samen – een opstalrecht vestigen ten gunste van C, dat doorloopt ook als het erfpachtrecht eerder mocht eindigen dan het opstalrecht. Als men voor het geldende recht aanneemt dat de erfpachter een onderopstalrecht kan vestigen, en de bloot-eigenaar verklaart met die vestiging in te stemmen,

69 Mouthaan ziet ten onrechte problemen bij het bestaan van twee erfpachtrechten op hetzelfde object, met niet-conflicterende bevoegdheden: B.C. Mouthaan, 'Het opstalrecht en erfpachtrecht als instrumenten voor meervoudig ruimtegebruik', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2012, afl. 3, p. 9.

70 Zie ook Van Velten 2015, par. 2.4.2.

71 Vgl. A. Steneker, *Pandrecht*, (Monografieën BW nr. B12a), Deventer: Kluwer 2012/16, die rangwisseling bij pandrechten aanmerkt als 'twee wijzigingen', namelijk wijziging van het eerste pandrecht en wijziging van het tweede pandrecht. Ook Van Velten lijkt in partiële afstand een alternatief voor een formele rangwisseling te zien. Van Velten 2015, par. 17.11. Zijn uitwerking van de wijze waarop dat zou kunnen plaatsvinden, is ons overigens bepaald onduidelijk.

is er geen probleem (zie art. 5:93 lid 2, laatste zin BW). Maar als hierover wordt getwijfeld, kan een tot op zekere hoogte vergelijkbaar resultaat worden bewerkstelligd door middel van partiële afstand van het erfpachtrecht.⁷² In één (driepartijen)akte kan de inhoud van de erfpacht worden gewijzigd zodat het genotsrecht van B niet langer betrekking heeft op de WKO-installatie en kan A aan C een opstalrecht verschaffen. Als het opstalrecht korter moet duren dan de max-erfpacht, kan dit worden bewerkstelligd door de erfpachtwijziging zo vorm te geven dat het gebruik van de onroerende zaak zich niet uitstrekt over de WKO-installatie zolang het opstalrecht van C bestaat. Van een rangwisseling is hier strikt genomen geen sprake, doordat ervoor wordt gezorgd dat beide rechten niet conflicteren (zie par. 5.2). Maar het principe is in hoge mate vergelijkbaar: de eerste in tijd doet (al dan niet tijdelijk) vrijwillig een stapje terug ten gunste van een later gevestigd beperkt recht. Een mogelijk nadeel van het volgen van de weg van wijziging, is dat steeds medewerking van de erfverpachter en erfpachter nodig is. Erfverpachter A noch erfpachter B kan zelfstandig eigendom verschaffen aan C.

Wanneer de erfpachter op grond van de wet eigenaar zou zijn van de opstallen, kan hij zonder twijfel het eigendomsrecht van de WKO-installatie aan een derde verschaffen door het vestigen van een ondererfpachtrecht. Met instemming van de bloot-eigenaar kan het ondererfpachtrecht (en daarmee de eigendom) een langere levensduur hebben dan het erfpachtrecht.

Hetzelfde principe kan worden toegepast als eerst een max-opstalrecht is gevestigd, waarna de grondeigenaar zijn onroerende zaak in erfpacht wil uitgeven. Als partijen erover overeenstemming kunnen bereiken dat de erfpachter ook het exclusieve genot van een deel van de opstallen verkrijgt, kan dat deel van de opstallen worden ontslagen uit het 'opstalverband', door wijziging (= partiële afstand) van het opstalrecht. Het opstalrecht doorbreekt na de wijziging niet langer de natrekking voor die opstallen. Als het opstalrecht reeds was bezwaard met hypotheek, dan zal uiteraard de hypotheekhouder bij deze quasi-rangwisseling moeten worden betrokken, als men zeker wil stellen dat de erfpachter geen hinder zal ondervinden van een eventuele hypotheecaire executie.

72 Er zijn natuurlijk verschillen, zo bijv. met betrekking tot de handhaving van de naleving van de voorwaarden (wie beslist als de opstaller zich niet aan de voorwaarden houdt?).

We verwijzen ten slotte naar hetgeen over rangwisseling is opgemerkt in par. 4.3.

6 Het afhankelijke opstalrecht

6.1 Algemeen

Art. 5:101 lid 2 BW kan in de notariële praktijk tot hoofdbrekens leiden: is een gevestigd opstalrecht wel of niet 'afhankelijk' in de daar bedoelde zin? Bevestigende beantwoording van die vraag kan ongewenst zijn als het opstalrecht is gevestigd in nauwe samenhang met een eveneens tussen de grondeigenaar en de opstaller gesloten huurovereenkomst. Het opstalrecht zal dan vaak dienen om de huurder in de gelegenheid te stellen de door hem gerealiseerde bebouwingen hypothecair te financieren, wat – als het opstalrecht inderdaad afhankelijk is – niet mogelijk is. Immers, een huurafhankelijk opstalrecht is niet overdraagbaar en dus (art. 3:81 lid 1 en 3:228 BW) niet verhypotheckeerbaar. En hoewel het dus van groot belang is zeker te weten of een opstalrecht wel of niet afhankelijk is, is het oordeel daarover voor hypothecaire financiers niet altijd even duidelijk. Zou de wet niet duidelijker moeten regelen wanneer een opstalrecht afhankelijk is?

6.2 Het gebruik van afhankelijke en aanvullende opstalrechten

Met name in wat oudere akten waarbij grond in erfpacht is uitgegeven, leest men nog wel dat aan de erfpachter tevens een recht van opstal is verleend. Dat dit opstalrecht van het erfpachtrecht afhankelijk is, wordt niet altijd met zoveel woorden gezegd, maar we mogen aannemen dat het wel als zodanig bedoeld is. Men zal immers niet beoogd hebben dat het opstalrecht in stand kan blijven bij het einde van de erfpacht of dat het opstalrecht zonder de erfpacht aan een derde kan worden overgedaan. De zin van het verlenen van een opstalrecht naast de erfpacht was vooral dat op die manier duidelijk werd dat de erfpachter/opstaller bij het einde van zijn recht aanspraak maakte op vergoeding van de opstalwaarde: een

dergelijk vergoedingsrecht was bij erfpacht niet en bij opstal wél wettelijk geregeld.⁷³

De combinatie van een opstalrecht en een huurrecht kwam eveneens voor, echter daarbij ligt een geheel andere bedoeling in de rede: de toegevoegde waarde van het opstalrecht voor een huurder is vaak vooral gelegen in diens behoefte de opstal hypothecair te financieren.⁷⁴ Voor een financier is het echter niet gewenst als zijn onderpand slechts in handen kan zijn van degene die ook gerechtigd is tot de huurovereenkomst. Dat huurrecht kan de financier immers niet overdragen aan een eventuele veilingkoper. Kortom, als niet al de in de inleiding genoemde wetstechnische bezwaren aan de verhypothekering van een huurafhankelijk opstalrecht in de weg staan, dan zijn het wel dit soort praktische beletselen. Het recht is bedoeld als een zelfstandig, *huuraanvullend* opstalrecht. De band tussen huur- en opstalrecht bestaat er dan bijvoorbeeld in dat de huurovereenkomst eindigt bij de overdracht van het opstalrecht aan een derde, terwijl de (nieuwe) opstalgerechtigde dan krachtens de opstalvoorwaarden verplicht en gerechtigd is tot het sluiten van een nieuwe huurovereenkomst die identiek is aan de rechtsverhouding die met de vorige opstalgerechtigde bestond.

6.3 Wanneer is een opstalrecht afhankelijk?

In de erfpacht- en opstalregeling komen veel bepalingen voor op grond waarvan van een bepaling 'in de akte van vestiging' afhangt of een wetsbepaling wel of niet van toepassing is. Op grond van art. 5:85 lid 2 BW kan bijvoorbeeld in de vestigingsakte worden geregeld of een erfpachter wel of geen periodieke betaling aan de grondeigenaar verschuldigd is. Art. 5:101 lid 2 BW is evenwel anders geformuleerd: een opstalrecht 'kan' eenvoudigweg afhankelijk zijn van een ander recht. Het verschil is wat ons betreft wel te begrijpen: uiteindelijk is de afhankelijkheid vooral een kwestie van juridische kwalificatie. Die kwalificatie hangt (zie hierna) wel zeer nauw samen met een door partijen in de akte van vestiging gemaakte keuze, maar is daarmee toch niet helemaal gelijk te stellen. Een opstalrecht is afhankelijk als het niet kan bestaan zonder een ander, even-

73 Vgl. T.E. Booms, 'De oorsprong der soorten en het afhankelijke opstalrecht', *WPNR* 2015/7075, p. 758.

74 Vgl. A.A. van Velten, 'Kan een afhankelijk opstalrecht hypothecair worden bezwaard' (beantwoording rechtsvraag), *WPNR* 1993/6086, p. 230-231.

eens aan de opstalgerechtigde toekomend recht (art. 3:7 BW). Zoals de wet geen regeling geeft op grond waarvan men kan regelen dat de genoemde periodieke betaling geen 'canon' mag heten, zo kunnen partijen hun opstalrecht niet als een zelfstandig recht kwalificeren als het desalniettemin op zodanige wijze is geconstrueerd dat het niet kan bestaan zonder een ander recht. Het opstalrecht *is* in zo'n geval eenvoudigweg afhankelijk, zoals de periodiek door de erfpachter verschuldigde financiële vergoeding eenvoudigweg een canon *is*.

Met het voorgaande is niet gezegd dat de toevoeging van het afhankelijke opstalrecht aan art. 5:101 lid 2 BW geen toegevoegde waarde heeft omdat ook zonder die toevoeging zou hebben gegolden dat het opstalrecht als afhankelijk recht kan worden geconstrueerd. Dat laatste is niet het geval. Dat hangt samen met het feit dat de tussentijdse beëindiging van opstalrechten normaliter dwingendrechtelijk wordt beheerst door het – de opstalgerechtigde beschermende – regime van art. 5:87 BW. Zou het afhankelijke opstalrecht niet hebben bestaan, dan zouden pogingen om het opstalrecht voor wat betreft de duur te koppelen aan bijvoorbeeld een huurovereenkomst steeds afstuiten op die bepaling: uiteindelijk zou de rechter bij het einde van de huurovereenkomst dan steeds dienen te beoordelen of voor het opstalrecht ook aan de vereisten uit art. 5:87 BW is voldaan. Een daadwerkelijke koppeling komt daarmee nooit van de grond. Dat de wet het afhankelijke opstalrecht expliciet regelt, is wat ons betreft van belang omdat het de werking van art. 5:87 BW in dit opzicht relativiseert: als het opstalrecht wordt gevestigd in combinatie met één van de in art. 5:101 lid 2 BW genoemde rechten, kan de duur van het opstalrecht worden beheerst door het regime van het desbetreffende recht. Zou – evenals onder het oude BW – de duur van erfpacht- en opstalrechten altijd vrij geregeld kunnen worden, dan was een specifieke wetsbepaling voor het afhankelijke opstalrecht geheel overbodig geweest.

Hoe dient men dan te beoordelen of een opstalrecht afhankelijk is? Die kwalificatie dient te volgen op een uitleg van de vestigingsakte, waarbij het – volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad – gaat om de in de notariële akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling die moet worden afgeleid uit de naar objectieve maatstaven uit te leggen inhoud van de gehele akte.⁷⁵ Op die manier zal moeten blijken of het opstalrecht zo is

⁷⁵ We volstaan met een verwijzing naar HR 8 december 2000, NJ 2001/350 (*Eelder Woningbouw/Van Kammen*) en HR 22 oktober 2010, NJ 2011/111 (*Kamsteeg/Lisser*).

geconstrueerd dat het steeds behoort tot het vermogen van de gerechtigde tot het hoofdrecht. Een voorbeeld is een aan de huurder verleend opstalrecht dat gevestigd is onder de ontbindende voorwaarde van het eindigen van de huurovereenkomst en dat niet bedoeld is om – gedurende de huurovereenkomst – aan een ander dan de huurder toe te behoren. Daarbij moet men zich overigens bedenken dat – zelfs als partijen een dergelijk opstalrecht in de akte uitdrukkelijk als een zelfstandig recht aanmerken – de kwalificatie als afhankelijk recht vermoedelijk desalniettemin het dichtst bij de bedoelingen van partijen komt. Bij een zelfstandig opstalrecht is de geldigheid van de genoemde ontbindende voorwaarde namelijk uiterst dubieus. Immers, deze voorwaarde houdt de facto een verplichting in voor de opstalgerechtigde om tevens een huurovereenkomst te hebben. Of en in hoeverre de niet-nakoming van die verplichting tot beëindiging van een zelfstandig opstalrecht kan leiden, alsmede welke vergoedingsrechten alsdan bestaan, wordt dwingendrechtelijk beheerst door het genoemde art. 5:87 BW. Die wetsbepaling vormt mede het goederenrechtelijke stelsel dat niet ter vrije dispositie van partijen staat en waarmee ontbindende voorwaarden niet in strijd mogen komen.⁷⁶ Een zelfstandig opstalrecht (of een erfpachtrecht) onder een dergelijke ontbindende voorwaarde achten wij dan ook niet mogelijk. Die voorwaarde is echter wel geldig voor zover het opstalrecht als een in art. 5:101 lid 2 BW erkend afhankelijk opstalrecht is aan te merken; op dergelijke afhankelijke opstalrechten is art. 5:87 BW immers niet van toepassing.

De aan het slot van de vorige paragraaf omschreven huuraanvullende opstalrechten kunnen echter wel degelijk voortbestaan bij het einde van de huur. Er is dan geen goede grond deze rechten als afhankelijke opstalrechten aan te merken: ze zijn eenvoudigweg zelfstandig.⁷⁷ De bestaande wetgeving en rechtspraak biedt wat ons betreft voldoende duidelijkheid op dit punt. Wij zien weinig toegevoegde waarde in een specifieke wetsbepaling op grond waarvan afhankelijkheid slechts aan de orde is wanneer dat met zoveel woorden in de vestigingsakte is gezegd. Dat zou

76 Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 123.

77 In deze zin ook Ploeger 1997, nr. 211, J. de Jong & H.D. Ploeger, *Erfpacht en opstal* (Monografieën BW B28), Deventer: Kluwer 2008, nr. 48 en P.L. Visser & F.J. Vonck, 'De toegevoegde waarde van het huurafhankelijke opstalrecht', *TvHB* 2013/2, p. 82.

slechts ruimte scheppen om opstalrechten die feitelijk afhankelijk zijn, toch als zelfstandige rechten te kwalificeren.⁷⁸

6.4 De toegevoegde waarde van het afhankelijke opstalrecht

De belangrijkste praktische meerwaarde van de figuur van het afhankelijke opstalrecht is wat ons betreft dat zij de werking van het strenge regime van art. 5:87 BW relativeert. Als het opstalrecht wordt gevestigd in combinatie met één van de in art. 5:101 lid 2 BW genoemde figuren, kan men bewerkstelligen dat de beëindiging van het opstalrecht niet door art. 5:87 BW wordt beheerst, maar door het regime van die andere rechtsfiguur. Een legitieme vraag is in hoeverre aan deze relativering daadwerkelijk behoefte bestaat. Naast een huurovereenkomst lijkt de rechtspraak – met het oog op de financiering – vooral belang te hebben bij *zelfstandige* opstalrechten, terwijl een opstalrecht voor een erfpachter weinig toegevoegde waarde heeft. De erfpachter maakt inmiddels immers ook zonder opstalrecht, op grond van art. 5:99 BW, bij het einde van zijn recht aanspraak op vergoeding van de opstalwaarde. Voorziet art. 5:101 lid 2 BW dan nog wel in een materiële behoefte?

Die behoefte is inderdaad beperkt, maar naar onze overtuiging is er voorts nog geen reden om art. 5:101 lid 2 BW af te schaffen. In de eerste plaats voorziet de bepaling, tot de in par. 3 bepleite toekenning van eigendom van rechtswege aan de erfpachter, in de emotionele behoefte van erfpachters aan 'juridische eigendom'. Zou die eigendom aan een erfpachter worden verschaft met behulp van een zelfstandig opstalrecht, dan is niet verzekerd dat bij een overdracht van het erfpachtrecht ook van rechtswege het opstalrecht mee overgaat, terwijl bovendien gemakkelijk de vraag rijst – in het bijzonder als het opstalrecht en het erfpachtrecht op enig moment inderdaad in verschillende handen zijn gekomen – of een grond voor beëindiging van de erfpacht, tevens voldoende reden is om het opstalrecht op te zeggen. Kan het opstalrecht bijvoorbeeld worden beëindigd als de erfpachtcanon voor een periode van twee jaren niet is betaald, terwijl voor het opstalrecht zelf geen retributie verschuldigd is? Om dergelijke problemen te kunnen vermijden, is het wenselijk een opstal-

⁷⁸ T.E. Booms, 'De oorsprong der soorten en het afhankelijke opstalrecht', *WPNR* 2015/7075, p. 763 acht wel van belang dat de keuze tussen een afhankelijk en een zelfstandig opstalrecht expliciet in de akte wordt gemaakt.

recht te kunnen koppelen aan de erfpacht. Schaft men het afhankelijke opstalrecht af, dan kunnen ingewikkeldheden op dit punt slechts worden vermeden door in het geheel geen erfpachtrecht te vestigen, maar slechts een zelfstandig opstalrecht. Het nadeel daarvan is echter dat, naarmate het aan de opstaller te verstrekken genot van de grond verder verwijderd ligt van diens bevoegdheden ten aanzien van de opstal, minder zeker is dat dergelijk genot als onderdeel van het opstalrecht kan worden verstrekt. Bij een gemiddelde woning zal, in het verlengde van art. 5:103 BW, het volledige genot van de grond nog wel in het opstalrecht kunnen worden ondergebracht.⁷⁹ Echter, bij de uitgifte van een groot landgoed met daarop slechts een in omvang beperkte opstal, ligt het meer voor de hand om het gebruik van het landgoed te verstrekken met behulp van een erfpachtrecht.

Belangrijker dan de emotionele behoefte aan eigendom zijn de juridische consequenties die het Burgerlijk Wetboek aan de kwalificatie eigenaar verbindt. Die zijn in het bijzonder gelegen in de opstalaansprakelijkheid van art. 6:174 BW.⁸⁰ Krachtens dat artikel ligt het risico van een gebrekkige opstal bij de bezitter daarvan, tenzij sprake is van een bedrijfsmatige gebruiker in de zin van art. 6:181 BW. Wil men het bezit van de opstal, bijvoorbeeld in geval van een 'klussende huurder' die zelf een tuinhuis of garage in elkaar knutselt niet bij de grondeigenaar maar bij de opstalgebruiker leggen, dan ligt de vestiging van een opstalrecht in de rede. Het zal dan gewenst zijn dat de huurder bij het einde van zijn huurrecht de opstallen verwijdert en het opstalrecht kwijtraakt; een van de huur afhankelijk opstalrecht is dan nuttig. Eenzelfde behoefte rijst bij de vestiging van een erfdiensbaarheid waarbij de eigenaar van het heersende erf op de voet van art. 5:75 BW opstallen gaat realiseren op het dienende erf. Van dergelijke opstallen heeft de eigenaar van het dienende erf geen enkel genot, maar als deze opstallen gebrekkig zijn is er een gereede kans dat hij wel aansprakelijk is.⁸¹ Wil men die aansprakelijkheid verleggen naar de eigenaar van het heersende erf, dan is – zo lezen we reeds in de parlementaire geschiedenis⁸² – de vestiging van een van de erfdiensbaarheid afhankelijk opstalrecht, de aangewezen weg.

79 HR 11 maart 1981, *NJ* 1982/76.

80 Zie P.L. Visser & F.J. Vonck, 'De toegevoegde waarde van het huurafhankelijke opstalrecht', *TvHB* 2013/2, p. 85.

81 Vgl. HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003/297.

82 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 268 (MvA II).

Voor afschaffing van het afhankelijke opstalrecht is – zolang de hiervoor genoemde voordelen van de rechtsfiguur niet op andere wijze in het rechtssysteem zijn verankerd – geen reden. Men kan zich zelfs, met Booms, afvragen of de mogelijkheden van het afhankelijke opstalrecht niet juist zouden moeten worden uitgebreid.⁸³ Onder het vigerende art. 5:101 lid 2 BW kan een afhankelijk opstalrecht slechts worden gekoppeld aan een huur- of pachtrecht of aan een ander zakelijk recht op dezelfde onroerende zaak. Booms vraagt zich af of het afhankelijke opstalrecht niet ook gekoppeld moet kunnen worden aan een ander erf of aan een andersoortig gebruiksrecht dan een huur- of een pachtrecht. Of een dergelijke uitbreiding inderdaad wenselijk is, vergt wat ons betreft nader onderzoek naar de behoeften die daaraan in de praktijk bestaan. Het verdient in dit verband opmerking dat de koppeling aan een ander erf naar geldend recht wel mogelijk is, namelijk via de band van de erfdienstbaarheid. Er kan een erfdienstbaarheid worden gevestigd krachtens welke de eigenaar van het dienend erf moet dulden dat de eigenaar van het heersend erf een gebouw heeft op het dienend erf, terwijl tegelijkertijd krachtens een van die erfdienstbaarheid afhankelijk opstalrecht kan worden geregeld dat de eigendom van het desbetreffende gebouw aan de eigenaar van het heersende erf toekomt. Die tussenschakel heeft natuurlijk iets omslachtigs, maar zij verzekert ook dat er een duidelijk wettelijk regime (dat van titel 5.6 BW) op de onderlinge rechtsverhouding van toepassing is dat past bij de wijze waarop vergelijkbare verhoudingen tussen dienende en heersende erven zijn geregeld.

Ook de koppeling aan andersoortige gebruiksrechten zou nader onderzocht moeten worden. Praktische behoefte daaraan is ons nog niet gebleken, maar die kunnen wij vanzelfsprekend ook niet uitsluiten. Een aandachtspunt bij een dergelijke uitbreiding zou wel moeten zijn dat de afhankelijke opstalgerechtigde slechts de beëindigingsbescherming geniet die door het hoofdrecht geboden wordt. Het is daarom de vraag of het al te gemakkelijk kunnen koppelen van opstalrechten aan willekeurig welke rechtsfiguur, de dwingendrechtelijke bescherming die art. 5:87 lid 2 BW aan opstalgerechtigden beoogt te bieden, niet te veel op de tocht zet.⁸⁴

83 T.E. Booms, 'De oorsprong der soorten en het afhankelijke opstalrecht', *WPNR* 2015/7075, p. 762-763.

84 Daarbij tekenen we wel aan dat reeds thans de koppeling mogelijk is aan huurovereenkomsten die – wanneer het genot van de opstallen aan de huurder toekomt krachtens het afhankelijke opstalrecht – steeds zullen neerkomen op de niet-wettelijk gereguleerde huur van onbebouwde grond. Vgl. HR 12 juli 2012, *NJ* 2013/8 en 9.

6.5 Afhankelijk opstalrecht naar Belgisch recht

Het Belgische recht kent dezelfde afbakeningsmoeilijkheid, maar op basis van andere parameters. Het Belgische recht kent het zgn. 'accessoire opstalrecht' ('superficie-conséquence'), op grond waarvan eenieder die krachtens een overeenkomst of de wet op andermans grond een gebouw opricht, eigenaar blijft van dat gebouw voor de duurtijd van zijn recht. Dat tijdelijke eigendomsrecht bestaat van rechtswege en wordt dus aangeduid als 'accessoire opstalrecht'.⁸⁵ Het biedt aan de beperkte gerechtigde de bevoegdheid om tijdens de duurtijd van het hoofdrecht de door hem opgerichte gebouwen opnieuw af te breken, te hervormen enzovoort. De zaak die het voorwerp is van het beperkt recht, moet immers enkel in zijn oorspronkelijke staat worden teruggegeven, zonder rekening te houden met die opstallen. Het accessoire opstalrecht heeft in het Belgische recht geen wettelijke grondslag.

Het accessoire opstalrecht is niet enkel gekoppeld aan een erfpacht (zie hiervoor) of een vruchtgebruik, maar ook aan persoonlijke rechten (huur, bruikleen). Het kan zelfs aan een erfdienstbaarheid gekoppeld zijn: indien bijvoorbeeld een erfdienstbaarheid van overbouw er bijvoorbeeld toe leidt dat de eigenaar van het heersende perceel boven het lijdende erf mag bouwen, en ook eigenaar mag blijven van de uitstekende vleugel. De horizontale natrekking, die naar Belgisch recht niet is geregeld, vindt hier dus een functioneel equivalent in het accessoire opstalrecht.⁸⁶

Er is een belangrijk verschilpunt tussen een accessoire opstalrecht en een zelfstandig opstalrecht in het Belgische recht: een accessoire opstalrecht is niet onderworpen aan de dwingende termijnbeperking van vijftig jaar, maar kan voortduren zolang het hoofdrecht duurt. Zo heeft een opstalrecht dat accessoire is aan een huur of erfpacht, een maximumduur van 99 jaar, een opstalrecht dat accessoire is aan een vruchtgebruik het leven van de vruchtgebruiker (of dertig jaar bij rechtspersonen),⁸⁷ een opstalrecht dat verbonden is aan een erfdienstbaarheid kan eeuwigdurend zijn indien ook de erfdienstbaarheid eeuwigdurend is.

85 Zie voor het accessoire opstalrecht: Sagaert 2014, nrs. 770 en 745-750. D. Michiels, 'Het accessoire opstalrecht', *T. Not.* 2007, 213-227.

86 Cass. 12 juni 2014, *RW* 2014-15/905, m.nt. V. Sagaert.

87 Zie art. 617-619 Belgisch BW.

Toch zijn de bevoegdheden verleend door een accessoir opstalrecht beperkter dan die van een zelfstandig opstalrecht: een accessoir opstalrecht is verbonden aan het zakelijk of persoonlijk genotsrecht waaraan het is gekoppeld. Het kan er niet worden van losgemaakt, zodat het niet afzonderlijk het voorwerp kan uitmaken van een verkoop of bezwaring met een hypotheek.⁸⁸ Een schuldeiser kan evenmin afzonderlijk beslag leggen op de opstallen ten laste van de gebruiker. Deze opvatting wordt ten onrechte bekritiseerd:⁸⁹ zakelijke zekerheidsrechten verlenen aan de titularis de uitsluitende macht om tot verkoop over te gaan, wat *in casu* met het accessoriteitsbeginsel in strijd zou komen.

In de praktijk is het ook naar Belgisch recht niet steeds eenvoudig om te bepalen of men met een zelfstandig opstalrecht dan wel met een accessoir opstalrecht te maken heeft. Het gebeurt namelijk frequent dat contractueel een gebruiksrecht wordt toegekend op een onroerend goed dat ook een recht tot bouwen omvat, maar dat partijen daarnaast uitdrukkelijk bevestigen dat indien de titularis hiervan gebruikmaakt, hij ook eigenaar blijft van het door hem opgerichte gebouw voor de duur van het gebruiksrecht. Zo wordt in een huurcontract vaak (declaratief) bevestigd dat de huurder eigenaar blijft van de door hem opgerichte constructies voor de duur van zijn recht. Het gaat in dat geval om een zelfstandig opstalrecht. Het voordeel voor partijen is dat ze dan het eigendomsrecht op de gebouwen zelfstandig kunnen overdragen of met hypotheek kunnen bezwaren, los van de gebruiks- en genotsbevoegdheden op de grond. Indien het gebruiksrecht in dat geval langer dan vijftig jaar zou duren, zou het recht na vijftig jaar in een accessoir opstalrecht transformeren.

7 Opzegging

7.1 Algemeen

Voor de opzegging van het erfpachtrecht en opstalrecht is een (gedeeltelijk) dwingendrechtelijke regeling in de wet neergelegd (art. 5:87-88 BW,

88 S. Bouly, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Antwerpen: Intersentia 2015, nr. 275; M. Muylle, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Anvers: Intersentia 2012, n°. 463; V. Sagaert 2014, nr. 747.

89 D. Michiels, 'Het accessoir opstalrecht', *T. Not.* 2007, 222; K. Swinnen, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen: Intersentia 2014, nr. 357.

op het opstalrecht van overeenkomstige toepassing, art. 5:104 lid 2 BW). Deze regeling roept de nodige vragen en bedenkingen op. Een van ons (Vonck) heeft hierbij in zijn proefschrift reeds uitgebreid stilgestaan.⁹⁰ De overige auteurs sluiten zich aan bij zijn analyse. Om die reden behandelen wij de problematiek hier niet uitgebreid, maar wijzen wij kort op de door Vonck gesignaleerde knelpunten en mogelijke oplossingen.

7.2 Verhouding tussen opzegging wegens tekortschieten en om andere redenen

In art. 5:87 lid 2 BW wordt bepaald dat

“[e]en erfpacht door de eigenaar [kan] worden opgezegd, indien de erfpachter in verzuim is de canon over twee achtereenvolgende jaren te betalen of in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn andere verplichtingen.”

Lid 3 bepaalt vervolgens:

“Een beding dat ten nadele van de erfpachter van het vorige lid afwijkt is nietig. In de akte van vestiging kan aan de eigenaar de bevoegdheid worden toegekend tot opzegging, behoudens op grond van tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen.”

Het lijkt tegenstrijdig dat in lid 3 wordt bepaald dat niet ten nadele van lid 2 kan worden afgeweken en vervolgens dat aan de eigenaar de bevoegdheid tot opzegging in de akte van vestiging kan worden toegekend, behoudens op grond van tekortschieten van de erfpachter. Kan bijvoorbeeld een algemene opzeggingsbevoegdheid van de eigenaar in de akte worden opgenomen en kan hij de erfpacht opzeggen wanneer hij een andere bestemming wenst te geven aan de zaak, waarvoor hij een andere erfpachter in gedachte heeft? Is dit onmogelijk, omdat uit lid 3, eerste zin volgt dat niet om andere redenen dan die in lid 2 genoemd zijn opgezegd kan worden? Of kan geldig opgezegd worden, omdat het vervolg van lid 3

90 Vonck 2013, p. 235 e.v.

immers bepaalt dat de eigenaar in de akte de bevoegdheid tot opzegging kan worden toegekend?

Inmiddels is over de interpretatie van art. 5:87 lid 2 en 3 BW in de literatuur duidelijkheid geschapen.⁹¹ Opzegging is ook om andere redenen dan die genoemd in art. 5:87 lid 2 BW mogelijk, indien dit is bepaald in de vestigingsakte. Wel geldt de beperking dat dit geen afwijking ten nadele van de erfpachter van lid 2 in mag houden (bijvoorbeeld indien bedongen zou worden dat na één jaar verzuim in betaling van de canon opgezegd zou mogen worden) en dat de opzegging (dus) niet mag geschieden wegens tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen (dus ander tekortschieten dan 'afgedekt' door lid 2). Blijkens de literatuur zal het bij een op grond van art. 5:87 lid 3 BW toegekende opzeggingsbevoegdheid vaak gaan om opzegging wegens redenen van algemeen belang. Een dergelijke opzeggingsbevoegdheid is toegestaan. Een algemene opzeggingsbevoegdheid is ook toegestaan, mits vervolgens maar niet opgezegd wordt in afwijking van lid 2. Bovendien kan een in de akte neergelegde opzeggingsbevoegdheid ook onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar zijn (art. 6:216 jo. art. 6:231 e.v. BW) en kan het zich voordoen dat het voor de erfverpachter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is zich op de opzeggingsbevoegdheid te beroepen (art. 6:216 jo. art. 248 lid 2 BW).⁹²

In het gegeven voorbeeld is dus op zichzelf een geldige opzeggingsbevoegdheid bedongen, en zal opzegging wegens de wens een andere bestemming te geven aan het object in beginsel toegestaan zijn, mits maar niet *eigenlijk* opgezegd wordt omdat de erfpachter (op niet-ernstige wijze, zie lid 2) zijn verplichtingen niet nakomt. Al met al een tamelijk ingewikkelde regeling dus. Niet alle moeilijkheden kunnen weggenomen worden door de wet te wijzigen, ervan uitgaande dat aan de dwingendrechtelijke bescherming van de erfpachter vastgehouden moet worden. Het onderscheid tussen opzegging wegens tekortschieten van de erfpachter, hetgeen slechts in beperkte mate mogelijk is, en om andere redenen, hetgeen in beginsel onbeperkt mogelijk is, blijft dan bestaan. Het zal niet altijd eenvoudig vast te stellen zijn waarvan in een concreet geval sprake is. Bovendien is het in 'ernstige mate' tekortschieten uit lid 2 een vage

91 Met name het antwoord van de minister op Kamervragen die in 1992 zijn gesteld over de interpretatie van art. 5:87 lid 3 BW en het artikel van Breedveld-de Voogd daarover (*WPNR* 1992/6034, p. 89-90) zijn van belang.

92 Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/216, 220, 239.

norm, die daardoor voor afbakeningsvraagstukken kan zorgen, maar dit kan niet opgelost worden door een wetwijziging; het is onmogelijk voor alle denkbare gevallen in de wet te bepalen of ze al dan niet kwalificeren als een 'ernstige mate' van tekortschieten. Wel kan enige verduidelijking in de hier besproken systematiek van lid 2 en lid 3 van art. 5:87 BW worden aangebracht door het artikel anders te redigeren, zoals ook voorgesteld door Vonck.⁹³

7.3 Waardevergoeding en betekening van de opzegging

Ook op andere vlakken kan de regeling van opzegging verduidelijking gebruiken. In lid 2 van art. 5:87 BW is bepaald dat de eigenaar bij het einde van de erfpacht verplicht is de waarde van de erfpacht aan de erfpachter te vergoeden. Is deze vergoeding alleen verschuldigd bij het einde van de erfpacht vanwege een opzegging zoals bedoeld in lid 2, dus wegens verzuim bij betaling van de canon over twee achtereenvolgende jaren of bij ernstig tekortschieten in andere verplichtingen, of ook bij opzegging zoals bedoeld in lid 3, dus op een andere grond? De redactie van het wetsartikel wijst erop dat de vergoedingsverplichting alleen geldt voor het geval uit lid 2, maar door de sterke onderlinge samenhang tussen lid 2 en lid 3 zou gedacht kunnen worden dat de vergoedingsplicht ook geldt voor andere gevallen van opzegging door de eigenaar. Uit de wetsgeschiedenis van art. 5:87 BW blijkt dat de verplichting tot vergoeding van de waarde van de erfpacht alleen bedoeld is voor het geval dat in lid 2 is geregeld.⁹⁴ Dit zou in de wettekst verduidelijkt kunnen worden. Uit de wetsgeschiedenis van art. 5:87 BW blijkt ook dat de verplichting tot betekening van de opzegging op grond van lid 2 aan degenen die als beperkt gerechtigde of beslaglegger op de erfpacht in de openbare registers staan ingeschreven, is voortgekomen uit de gedachte dat deze beperkt gerechtigden en beslagleggers de mogelijkheid moeten hebben de oorzaak van de opzegging weg te nemen.⁹⁵ Door bijvoorbeeld de achterstallige canon te voldoen, kunnen zij voorkomen dat het object van hun beperkte recht of beslag tenietgaat, waardoor zij met lege handen komen te staan (vgl. art. 3:81 lid 2 onder a BW). De huidige regeling gaat echter uit van

93 Vonck 2013, p. 281-283.

94 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 332-334; *Parl. Gesch. Boek 5 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1056-1057; Vonck 2013, p. 272-274.

95 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 329-332. Zie ook Vonck 2013, p. 236 e.v.

betekening binnen acht dagen *na* de opzegging, waardoor de betekening voor de beperkt gerechtigden en beslagleggers als mosterd na de maaltijd komt. Is de opzegging immers geldig geschied, dan staan zij voor een voldongen feit. In het ontwerp van titel 7 van Boek 5 was eerder voorzien in een regeling van vervallenverklaring door de rechter, in plaats van een opzegging door de eigenaar. Daarbij werd bepaald dat de dagvaarding aan de beperkt gerechtigden en beslagleggers moest worden betekend, zodat zij de vervallenverklaring konden voorkomen. In een later stadium is de regeling van de vervallenverklaring vervangen door de huidige opzeggingsregeling van art. 5:87 lid 2 BW.⁹⁶ Kennelijk is daarbij over het hoofd gezien dat in de huidige regeling de beperkt gerechtigden en beslagleggers de opzegging niet meer op dezelfde wijze kunnen voorkomen zoals dat voorzien was voor de vervallenverklaring. Vonck heeft in zijn proefschrift uitgebreid aandacht besteed aan deze kwestie en ervoor gepleit de erfverpachter op straffe van nietigheid te verplichten de naderende opzegging *vooraf*, uiterlijk drie weken voorafgaand aan die opzegging, te betekenen aan beperkt gerechtigden en beslagleggers.⁹⁷ Naar onze mening verdient het aanbeveling de wet in deze zin te wijzigen.

In tegenstelling tot de hiervoor besproken onderwerpen (van de verhouding tussen opzegging wegens tekortschieten en om andere redenen, en in welk geval de vergoedingsverplichting van art. 5:87 lid 2 BW geldt) kan in dit geval van de betekening aan beperkt gerechtigden en beslagleggers niet worden volstaan met de huidige wettekst en uitleg daarvan. Indien vanwege deze gewenste verbetering de wet gewijzigd zou worden, zouden niettemin de andere, hiervoor besproken, onduidelijkheden meteen ook weggenomen kunnen worden. Vonck heeft hiertoe het hierna vermelde (door ons – mede gelet op hetgeen we hierna over art. 5:98 BW bespreken – nog iets aangepaste) wijzigingsvoorstel van art. 5:87 en 88 BW gedaan, waarin tevens twee andere onduidelijkheden worden weggenomen:⁹⁸ het moment waarop de waarde moet worden bepaald van de erfpacht die de eigenaar bij opzegging op grond van art. 5:87 lid 2 BW dient te vergoeden⁹⁹ en aan welke beperkt gerechtigden de opzegging dient te worden betekend (namelijk ook degenen die een ondererf-

96 *Parl. Gesch. Boek 5 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1056 e.v.

97 Vonck 2013, p. 236 e.v., 260-262, 281-283.

98 Vonck 2013, p. 283.

99 Zie hierover Vonck 2013, p. 271.

pachtrecht of recht van erfdienstbaarheid op de zaak van de erfpachter hebben verkregen, zie art. 5:84 en art. 5:93 BW).¹⁰⁰

Artikel 87

~~“1. Een erfpacht kan door de erfpachter worden opgezegd. De erfpachter kan een erfpacht opzeggen, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald.~~

~~2. Een erfpacht kan door de eigenaar worden opgezegd. De eigenaar kan een erfpacht opzeggen op grond van het tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen, indien de erfpachter in verzuim is de canon over twee achtereenvolgende jaren te betalen of in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn andere verplichtingen. De opzegging moet op straffe van nietigheid binnen acht dagen worden betekend aan degenen die als beperkt gerechtigde of beslaglegger op de erfpacht in de openbare registers staan ingeschreven. Na het einde van de erfpacht is de eigenaar verplicht de waarde die de erfpacht dan heeft aan de erfpachter de waarde te vergoeden die de erfpacht op de dag van betaling zou hebben in geval van ongewijzigd voortduren, na aftrek van hetgeen hij uit hoofde van de erfpacht van de erfpachter te vorderen heeft, de kosten daaronder begrepen.~~

~~3. Een beding dat ten nadele van de erfpachter van het vorige lid afwijkt is nietig. In de akte van vestiging kan aan de eigenaar de bevoegdheid worden toegekend tot opzegging, behoudens op grond van tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen.~~

~~4. Op straffe van nietigheid van de opzegging bedoeld in lid 2, dienen de gronden voor een voorgenomen opzegging te worden betekend aan degenen die op de achtentwintigste dag voorafgaand aan de opzegging als beperkt gerechtigde of beslaglegger op de erfpacht in de openbare registers staan ingeschreven en aan degenen die op die dag als beperkt gerechtigden in de zin van de artikelen 84 lid 1 en 93 lid 1 op de in erfpacht uitgegeven zaak in de openbare registers staan ingeschreven.~~

¹⁰⁰ Zie over dit vraagstuk M.Th.J.H. Straatman, 'Aan wie moet de opzegging van een erfpacht worden betekend?', *WPNR* 2013/6973, p. 342-346 die tot de tegenovergestelde conclusie komt. Gelet op de hiervoor beschreven ratio van het voorschrift de opzegging aan beperkt gerechtigden en beslagleggers te betekenen, kan het echter niet anders dan dat hieronder ook de beperkt gerechtigden in de zin van art. 5:84 en art. 5:93 moeten worden verstaan, zie art. 5:84 lid 3 en art. 5:93 lid 2 BW. Zie ook Vonck 2013, p. 239.

Deze betekening dient uiterlijk op de eenentwintigste dag voorafgaand aan de opzegging te worden gedaan.

5. De eigenaar kan een erfpacht opzeggen op grond van andere redenen van het tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen, indien de bevoegdheid daartoe hem in de akte van vestiging wordt verleend."

Artikel 88

"1. Iedere opzegging geschiedt bij ~~exploit~~ *exploot*. Zij geschiedt ~~ten minste~~ *ten minste* een jaar voor het tijdstip waartegen wordt opgezegd, doch in het geval van artikel 87 lid 2 en 98 lid 1 ~~ten minste~~ *ten minste* een maand voor dat tijdstip.

2. In het geval van artikel 87 lid 2 weigert de bewaarder de inschrijving van de opzegging als niet ~~tevens wordt overgelegd de betekening daarvan aan degenen die in de openbare registers als beperkt gerechtigde of beslaglegger op de erfpacht stonden ingeschreven aan de opzegging een afschrift is gehecht van de betekening bedoeld in artikel 87 lid 4."~~

7.4 Doen blijken van het einde van de erfpacht (art. 5:98 BW)

Wij staan ten slotte nog stil bij art. 5:98 BW. Art. 5:98 BW bepaalt dat indien de erfpacht eindigt door verstrijken van de duur ervan en de zaak niet is ontruimd, de erfpacht blijft doorlopen, tenzij de eigenaar uiterlijk binnen zes maanden 'doet blijken' dat hij haar als geëindigd beschouwt. Doet de eigenaar niet binnen zes maanden blijken dat hij de erfpacht als geëindigd beschouwt, dan moet ingevolge art. 5:98 lid 1 BW de erfpacht opgezegd worden op de wijze en met inachtneming van de termijn die is geregeld in art. 5:88 BW, dat wil zeggen bij *exploot* met een termijn van een jaar. De vraag kan worden gesteld of het 'doen blijken' een rechtshandeling is en zo ja, of die die rechtshandeling onder voorwaarde kan geschieden.

Uit de wet blijkt niet duidelijk wat onder 'doen blijken' moet worden verstaan. Wat ons betreft zou het in ieder geval wenselijk zijn wanneer het doen blijken een rechtshandeling zou inhouden, die gericht is op de beëindiging. Zou dat niet het geval zijn, dan bestaat immers de mogelijkheid dat beide partijen weliswaar de erfpacht willen voortzetten, maar dat de erfverpachter desalniettemin de rechtsband beëindigt, namelijk door met het aangaan van de onderhandelingen over verlenging aan te geven

dat hij de bestaande erfpacht als geëindigd beschouwt. Daarmee zou dan een periode ontstaan waarin onduidelijk is krachtens welke rechtsgrond de erfpachter de onroerende zaak mag gebruiken.

Wij menen dat de meest wenselijke interpretatie van art. 5:98 BW is dat doen blijken een informele vorm van opzeggen inhoudt. Art. 5:98 BW laat zich dan als volgt begrijpen. Als de erfpachter de in erfpacht gegeven zaak niet heeft ontruimd op het tijdstip dat de duur waarvoor het erfpachtrecht is gevestigd, is verstreken, loopt het erfpachtrecht van rechtswege door. Door middel van een vormvrije rechtshandeling kan de van rechtswege verlengde erfpacht door de eigenaar worden beëindigd.¹⁰¹ Na zes maanden schakelt de wet over naar het opzeggingsregime van art. 5:88 BW.

Het is voorstelbaar dat partijen in overleg zijn over het verlengen van de erfpacht en dat voorzien wordt dat hierover niet binnen zes maanden duidelijkheid zal bestaan. Kan de eigenaar dan 'doen blijken' dat hij de erfpacht als geëindigd beschouwt onder bepaalde voorwaarden, bijvoorbeeld de ontbindende voorwaarde van een akkoord over een verlenging? Op die manier kan meer onderhandelingsstijd gecreëerd worden.¹⁰²

Omdat rechtshandelingen in beginsel onder voorwaarde kunnen geschieden (art. 3:38 lid 1 BW) zou – als het 'doen blijken' inderdaad een rechtshandeling is – het 'doen blijken' mogelijk onder voorwaarde kunnen geschieden. Ook zou betoogd kunnen worden dat voorwaardelijke opzegging hier niet mogelijk is, nu art. 5:98 lid 2 BW bepaalt dat niet ten nadele van de erfpachter van art. 5:98 lid 1 BW afgeweken kan worden. Door voorwaardelijk op te zeggen zou de eigenaar praktisch gezien de zesmaandentermijn van art. 5:98 lid 1 BW tot in het oneindige kunnen oprekken. Is dat niet in strijd met de dwingendrechtelijke bescherming die art. 5:98 lid 2 BW de erfpachter biedt? De zes maanden zijn slechts bedoeld als termijn voor de eigenaar om in actie te komen, waarna de strengere wijze en termijn van opzegging uit art. 5:88 BW weer zal gelden.¹⁰³ Anderzijds kan het voor de erfpachter juist nadelig uitpakken

101 Wij zijn ons ervan bewust dat de wettekst slechts van verlengde erfpacht en opzegging spreekt vanaf het moment dat zes maanden ongebruikt zijn verstreken, maar dat achten we niet doorslaggevend. Wij geven er de voorkeur aan onmiddellijk na het verstrijken van de vestigingstermijn te spreken van verlengde erfpacht, zodat duidelijk is krachtens welke rechtsgrond de erfpachter de zaak (nog) gebruikt.

102 Vgl. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/220: 'De genoemde termijn van zes maanden is bedoeld als reactietijd voor de erfverpachter. Vgl. Parl. Gesch., p. 328. De tijd kan ook worden gebruikt als onderhandelingsstijd.'

103 *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 328.

indien opzegging onder een dergelijke voorwaarde door de eigenaar niet mogelijk is. De eigenaar kan dan geneigd zijn voor de zekerheid maar alvast te 'doen blijken' dat hij de erfpacht als geëindigd beschouwt, als het einde van de zesmaandentermijn nadert.

Wij neigen ernaar een voorwaardelijk 'doen blijken' niet mogelijk te achten. De regeling van art. 5:98 BW is er duidelijk op gericht dat gedurende de termijn van zes maanden de erfpacht met onmiddellijke ingang door de eigenaar beëindigd kan worden – en dat daarna het regime van art. 5:88 BW geldt.¹⁰⁴ De bedoeling is dat daar niet ten nadele van de erfpachter vanaf geweken kan worden (zie lid 2). Dat moet dan ook niet met een omweg, door middel van het gebruiken van een voorwaarde, mogelijk zijn. Hierbij speelt een rol dat partijen kunnen voorzien wanneer de erfpacht zal eindigen en dus ook al eerder in onderhandeling kunnen treden dan pas op het moment van de aanvang van de zesmaandentermijn. Wat ons betreft hoeft art. 5:98 BW niet dringend te worden gewijzigd, maar verduidelijking van de betekenis van het begrip 'doen blijken' zou toch niet onwelkom zijn. Als wij art. 5:98 BW opnieuw zouden formuleren, zouden we kiezen voor een systeem waarin beide partijen gedurende een halfjaar relatief eenvoudig kunnen opzeggen met inachtneming van een opzegtermijn van een maand (vgl. art. 5:87 lid 2 BW). Daarmee is dan ook meteen duidelijk tot welk moment de erfpachter de gelegenheid heeft de zaak te ontruimen: tot uiterlijk zeven maanden na de einddatum.

Artikel 98

“1. Wanneer de tijd waarvoor de erfpacht is gevestigd, is verstreken en de erfpachter de zaak niet op dat tijdstip heeft ontruimd, blijft de erfpacht doorlopen, ~~tenzij de eigenaar uiterlijk zes maanden na dat tijdstip doet blijken dat hij haar als geëindigd beschouwt~~. De eigenaar en de erfpachter kunnen de verlengde erfpacht ~~opzeggen op de wijze en met inachtneming van de termijn gedurende zes maanden opzeggen op de wijze vermeld in artikel 88.~~

2. Nadat zes maanden zijn verstreken, kunnen de eigenaar en de erfpachter de verlengde erfpacht opzeggen op de wijze en met inachtneming van de termijn vermeld in artikel 88.

23. Ieder beding dat ten nadele van de erfpachter van dit artikel afwijkt, is nietig.”

104 Zie ook Vonck 2013, p. 205.

7.5 Opzegging van de erfpacht naar Belgisch recht

In het Belgische recht is de beëindiging van de erfpacht slechts zeer summier geregeld. Art. 15 van de Erfpachtwet van 10 januari 1824 bepaalt het volgende:

“De erfpachter kan van zijn recht worden vervallen verklaard, ter zake van merkelijke aan het goed toegebrachte schade, of van het grovelijk misbruiken daarvan; onverminderd de rechtsvoordeeling tot vergoeding van kosten, schaden en interessen.”

De vraag rijst of ook naar Belgisch recht, buiten de in deze bepaling genoemde gevallen, beroep kan worden gedaan op de mogelijkheid tot ontbinding van een overeenkomst in geval van niet-nakoming door één van de partijen (art. 1184 Belgisch BW).

De meeste auteurs geven op deze vraag een bevestigend antwoord.¹⁰⁵ Partijen kunnen zelfs overeenkomen dat één van de partijen kan beëindigen om een andere reden dan niet-nakoming, zij het dat dit niet binnen de eerste 27 jaren kan (d.i. de minimumduur bij een Belgische erfpacht).

De cassatierechtspraak staat zelfs toe om een uitdrukkelijk ontbindend beding in een erfpachtcontract op te nemen, waardoor de erfpacht bij niet-nakoming vanwege de erfpachter kan worden beëindigd zonder dat de rechter deze eerst moet toestaan. De erfverpachter beëindigt dan op eigen initiatief, maar ook op eigen risico.¹⁰⁶

Wat de gevolgen van de beëindiging betreft, is art. 8 Erfpachtwet duidelijk:

“De erfpachter is onbevoegd om van den grondeigenaar te vorderen dat hij de waarde betale van de gebouwen, werken, betimmeringen en beplantingen, hoe genaamd, welke eerstgemelde

105 Voor een ruimere analyse: zie Sagaert 2014, nr. 731. Zie ook Rb. Brussel 13 februari 1889, *Pas.* 1889/III, 228 (ontbinding wegens miskennen van het verbod tot verhuren); A. Van Oevelen, ‘Actuele ontwikkelingen inzake erfpacht en opstal’, in: *Zakenrecht absoluut niet een rustig bezit*, p. 340, nr. 13; A. Verbeke & K. Vanhove, ‘Actualia vruchtgebruik, erfdienstbaarheden, erfpacht en opstal’, in: *Themis Zakenrecht 2002-2003*, Brugge: Die Keure 2003, 81.

106 Cass. 30 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, 740, *RW* 2006-07, 678, m.nt. K. Vanhove, *T.Not.* 2008, 97, noot V. Sagaert en M. Somers.

heeft gemaakt, en die zich bij het eindigen der erfpacht op den grond bevinden.”

Er is in principe dus geen vergoeding aan de erfpachter verschuldigd, tenzij anders contractueel bepaald. Tegelijk bepaalt art. 13 Erfpachtwet dat:

“Bij het eindigen van het erfpachtrecht, heeft de eigenaar tegen den erfpachter een personele rechtsvordering tot vergoeding der kosten, schaden en interessen, veroorzaakt door nalatigheid en gebrek van onderhoud van het erf, en voor de rechten die de erfpachter door zijne schuld mocht hebben laten verjaren.”

8 Samenvatting

Wie de wet met een zekere lenigheid tegemoetreedt, kan waarschijnlijk behoorlijk uit de voeten met de titel over erfpacht en opstal in Boek 5 BW. Alhoewel er dus geen dringende behoefte is aan een fundamentele wijziging van deze titels, hebben wij ons de vraag gesteld welke verbeteringen zouden kunnen worden aangebracht. We stellen vast dat met name op het onderdeel ‘opzegging’ een wetswijziging wenselijk lijkt. We verkenden ook de mogelijkheid van een meer fundamentele herbezinning, uitmondend in het voorstel de erfpachter aan te merken als eigenaar van de opstallen waarvan hij krachtens zijn erfpachtrecht het exclusieve genot heeft.

In de voetnoten verkort aangehaalde literatuur

Mollema 2013

A.F. Mollema, *Het beperkte recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

Ploeger 1997

H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Sagaert 2014

V. Sagaert, *Goederenrecht*, in: *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen: Kluwer 2014.

Vonck 2013

F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2013.

Van Velten 2015

A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariatus 120), Deventer: Kluwer 2015.

