

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a preprint version which may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/158390>

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

# De inhoud van het recht van erfpacht en financiering

Prof. mr. S.E. Bartels<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Een erfpachtrecht kan van alles inhouden. In elk geval moet het enig genot verschaffen met betrekking tot de in erfpacht gegeven onroerende zaak.<sup>2</sup> Bepaalde bedingen zijn niet toegestaan. Verder is het naar hartenlust knutselen. Het ene erfpachtrecht is dus het andere niet. Dat de concrete invulling van het erfpachtrecht van groot belang is voor de betrokkenen, waartoe ik ook financiers reken, spreekt vanzelf. In deze bijdrage sta ik – met geen ander doel dan het nemen van een korte aanloop - eerst stil bij de mogelijke inhoud van een erfpachtrecht. De wijziging van het gebruik dat de erfpachter van de onroerende zaak mag maken, wordt elders in deze bundel behandeld – aan de hand van het thema transformatie – door Vonck. Ik richt mij op de zogenoemde particuliere erfpacht, waarvan het onderscheidende kenmerk is dat de erfverpachter geen overheid of semi-overheid is. De (on)mogelijkheid om voor de aanschaf van een dergelijk erfpachtrecht hypothecaire financiering te verkrijgen, heeft enige jaren geleden veel (politieke) aandacht getrokken. Wat was of is het probleem?

## 2. Met erfpacht kun je (bijna) alles maken<sup>3</sup>

De inhoud van een concreet erfpachtrecht wordt kort gezegd bepaald door de wet en de in de akte van vestiging opgenomen erfpachtvoorwaarden. De *bevoegdheden* van een erfpachter met betrekking tot de in erfpacht uitgegeven onroerende zaak kunnen zeer ruim zijn (eigenaarsgenot), maar ook zeer beperkt (het recht elk jaar op 3 januari tussen 10 en 11 uur 's-ochtends een koprol te maken in de achtertuin van de eigenaar). Iets vergelijkbaars geldt voor de *verplichtingen* van de

---

<sup>1</sup> Hoogleraar burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen, verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R).

<sup>2</sup> Parl. Gesch. Boek 5, p. 308; Mon BW B28 (De Jong & Ploeger), 2008/12; T.H.D. Struycken, De numerus clausus in het goederenrecht, Deventer: Kluwer 2007, p.396-397; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/216.

<sup>3</sup> Naar de reclameslogan 'met lego kun je alles maken'.

erfpachter. Moet hij jaarlijks een canon betalen en zo ja, is dat een lage of een hoge canon? Moet hij op zijn kosten bepaald onderhoud verrichten of zelfs werken tot stand brengen? De duur van het erfpachtrecht wordt door partijen bepaald. In de rechtspraak worden in dit verband verschillende 'typen' erfpacht onderscheiden. Er wordt bijvoorbeeld gesproken van 'tijdelijke erfpacht', 'erfpacht voor onbepaalde tijd', voortdurende en eeuwigdurende erfpacht. Geen van deze begrippen is gebaseerd op de wet.<sup>4</sup>

Afspraken tussen de eigenaar en de erfpachter die niet zijn opgenomen in de vestigingsakte,<sup>5</sup> maken geen deel uit van het recht van erfpacht. Ze kunnen wel van kracht zijn tussen de partijen die de afspraak maakten, maar gaan niet van rechtswege over op een verkrijger onder bijzondere titel. Bedingen die wel zijn opgenomen in de akte van vestiging gaan deel uitmaken van het goederenrechtelijke recht van erfpacht, mits ze voldoende verband houden met het wezen van het erfpachtrecht en ze niet in strijd zijn met dwingend recht.

Recentelijk is de aandacht gevestigd op de mogelijke invloed van Europees recht op de inhoud van erfpachtvoorwaarden. Directe aanleiding is een arrest van het Gerechtshof Amsterdam, waarin een beding in de erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam werd vernietigd wegens strijd met de Europese richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Het betrof een beding dat de gemeente de bevoegdheid gaf eenzijdig de voorwaarden te wijzigen.<sup>6</sup> De gemeente is in

---

<sup>4</sup> Zie Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/219: "Indien geen duur is bepaald, duidt men het erfpachtrecht aan als 'voortdurend' of 'eeuwigdurend'. Het gaat hier echter niet om vaststaande begrippen en in de praktijk is de terminologie enigszins onvast." A.A. Van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2015, par. 12.3: "de terminologie voortdurend/eeuwigdurend [is] niet op de wet gebaseerd (...) en [wordt] in de praktijk vrij willekeurig gebruikt." Het lijstje is aan te vullen met stedelijke erfpacht, agrarische erfpacht, industriële erfpacht, groene erfpacht en particuliere erfpacht. Vgl. bijvoorbeeld H. Ploeger & H. De Wolff, *Stedelijke erfpacht: fatale crisis of gouden toekomst?*, VGR 2014/6, p. 182. Zij merken ook op: "De waarde van deze typologie is echter zeer beperkt. Het gaat vooral om verschillende soorten praktijksituaties, niet om verschillende wettelijke regelingen."

<sup>5</sup> Voor de volledigheid: en die ook niet zijn vastgelegd in algemene voorwaarden die op grond van art. 46 Kw zijn ingeschreven in de openbare registers, waarnaar in de vestigingsakte wordt verwezen.

<sup>6</sup> Zie Gerechtshof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903. Het desbetreffende beding komt voor in verschillende erfpachtvoorwaarden die de gemeente Amsterdam in de loop der jaren heeft gebruikt.

cassatie gegaan.<sup>7</sup> Ook in een recent arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden stond de vraag centraal of een bepaald beding in erfpachtvoorwaarden kon worden vernietigd op grond van een richtlijnconforme interpretatie van art. 6:233 BW.<sup>8</sup> Hoe men ook tegen deze beide concrete zaken aankijkt, vast staat dat degene die zich bezighoudt met het erfpachtrecht het Europese recht niet kan veronachtzamen.<sup>9</sup>

### 3. Particuliere erfpacht onverkoopbaar?

Mede vanwege zijn kneedbaarheid – zie hiervoor – is het erfpachtrecht ook een interessant instrument voor eigenaren die niet tot de overheid behoren en evenmin als semi-overheid kunnen worden gerekend. Vonck bespreekt in zijn dissertatie, getiteld *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, onder meer het erfpachtuitgifte door woningcorporaties (op de grens van publiek en privaat), uitgifte door beleggers in onroerend goed en uitgifte met het oog op parkmanagement.<sup>10</sup> Ook Van Velten en De Jong & Ploeger benoemen deze situaties.<sup>11</sup>

Een van deze toepassing, die doorgaans wordt ondergebracht bij het kopje ‘uitgifte door beleggers’ betreft de zogenoemde particuliere erfpacht voor woningen. Dit ‘type’ erfpacht heeft veel media-aandacht en politieke aandacht getrokken. Aanvankelijk waren banken bereid kopers van een particulier erfpachtrecht te hypothecair te financieren, maar onder invloed van de kredietcrisis bleken banken op enig moment niet meer bereid om potentiële kopers te financieren. De banken vreesden dat de eigenaren van de grond in de toekomst forse canonverhogingen zouden kunnen doorvoeren, wat de erfpachters in de problemen zou kunnen brengen en de waarde van het erfpachtrecht zou doen dalen. Een ander aspect dat vaak wordt genoemd, is dat banken vreesden dat de grondeigenaar zeer moeilijk te achterhalen zou kunnen zijn. Ten slotte wordt genoemd dat particuliere erfpachtrechten onduidelijke

---

<sup>7</sup> Zie de Conclusie van A-G-Wissink te vinden op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl) onder ECLI:NL:PHR:2016:3, die concludeert tot vernietiging.

<sup>8</sup> Zie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7097.

<sup>9</sup> Een goede ingang wordt geboden door K. Everaars, Europees recht en erfpachtvoorwaarden, WPNR 2015/7061.

<sup>10</sup> F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, diss. RUG, 2013, p. 24-65.

<sup>11</sup> A.A. Van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 2015, par. 12.4 en 16.4; J. De Jong & H.D. Ploeger, *Erfpacht en opstal*, Mon. BW B28, 2008/3.

erfpachtvoorwaarden bevatten, wat tot rechtsonzekerheid leidt. Vonck merkt bovendien op dat een belangrijk verschil tussen erfpacht op overheidsgrond en erfpacht uitgegeven door een 'particulier' is dat in het ene geval de erfverpachter onderworpen is aan een democratische controle en in het andere geval niet. Bovendien zijn overheidslichamen ook in privaatrechtelijke verhoudingen onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, wat hun handelswijze bij heruitgifte of wijziging zal (behoren te) beïnvloeden.<sup>12</sup>

Dat banken niet meer wilden financieren, was en is vooral een probleem voor de huidige rechthebbenden. Want als de banken niet bereid zijn om kopers te financieren, dan zijn hun erfpachtrechten feitelijk zo goed als onverkoopbaar. De markt is dan grotendeels opgedroogd. Er zijn op verschillende momenten kamervragen gesteld over deze materie. Ik verwijs naar een brief aan de Tweede Kamer van 21 juni 2010 van toenmalig minister De Jager.<sup>13</sup> Hij schrijft daarin:

“Op 15 april 2010 heeft de Tweede Kamercommissie voor Financiën mij gevraagd om te reageren op een brief inzake weigering van banken om hypotheek te verstrekken voor woningen op particuliere erfpacht. (...)”

Ik heb van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) begrepen dat diverse banken inderdaad zeer huiverig zijn om hypotheek te verstrekken bij particuliere erfpacht. De NVB stelt dat dit komt door onduidelijkheid over de voorwaarden van de erfpachtovereenkomsten, onduidelijkheid over de identiteit van de (toekomstige) erfverpachter en/of de toekomstige hoogte van het erfpachtcanon.

Erfpachtvoorwaarden zijn geregeld in het burgerlijk wetboek, het terrein van de minister van Justitie. Vooralsnog zijn er niet voldoende objectieve signalen waaruit blijkt dat de erfpachtvoorwaarden zouden moeten worden aangepast. Dit betekent echter niet dat er niets gedaan wordt aan de situatie dat bepaalde mensen met onverkoopbare huizen komen te zitten. Concreet is de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), die de zorg omtrent de onverkoopbaarheid van huizen deelt, in gesprek met de gemeente Amsterdam hoe problemen rondom particuliere erfpacht kunnen worden aangepast. Het plan van aanpak dat hieruit voortvloeit, kan door andere gemeenten worden overgenomen.

Het is een goed signaal dat de sector in dezen zijn verantwoordelijkheid wil nemen. Ik zal dit proces nauwlettend blijven volgen.”

---

<sup>12</sup> F.J. Vonck, De flexibiliteit van het recht van erfpacht, diss. RUG, 2013, p. 44.

<sup>13</sup> Te vinden onder nr. 2010D26078.

Een jaar later waren de problemen nog niet opgelost. Nu schreef De Jager:

“Ik ben van mening dat deze situatie er niet toe mag leiden dat de mensen met onverkoopbare huizen blijven zitten. De NVB is dezelfde mening toegedaan. Ik ga er dan ook vanuit dat de NVB een serieuze inspanning doet om dit te bewerkstelligen. Ik heb hierover contact gehad met de NVB en heb mijn zorgen bij de NVB neergelegd.”<sup>14</sup>

Naar aanleiding van de problemen die waren ontstaan voor de rechthebbenden van particuliere erfpacht heeft de Nederlandse Vereniging van Banken een richtlijn gemaakt, waarin is geregeld wanneer de aankoop van een particulier erfpachtrecht financierbaar is.<sup>15</sup> De geluiden zijn echter dat ook *met* deze richtlijn een groot deel van de huizen op particuliere erfpacht praktisch onverkoopbaar is. En ook dat daarover zijn vragen aan de regering gesteld.<sup>16</sup>

Heel kort samengevat ziet de huidige situatie er zo uit. Voor de vestiging van nieuwe erfpachtrechten zullen notarissen gebruik maken van een modelakte die in overeenstemming is met de genoemde bancaire richtlijn. Voor erfpachtrechten die zijn gevestigd voor 1 januari 2013 geldt dat voor financiering een ‘notariële toets’ nodig is. De notaris beoordeelt aan de hand van de bancaire richtlijn de voorwaarden van het aan te schaffen particuliere erfpachtrecht en verbindt aan zijn oordeel de kleurcode groen, oranje of rood. Dit oordeel wordt vastgelegd in een notariële opinie. De kosten komen voor rekening van de rechthebbende van het erfpachtrecht. Een erfpachtrecht dat ‘code rood’ meekrijgt, is niet financierbaar, een erfpachtrecht met code oranje betekent dat nader onderzoek moet worden gedaan (voorlopig ook niet financierbaar dus) en een erfpachtrecht met code groen is wel financierbaar.

Welke bepalingen in (algemene) erfpachtvoorwaarden zijn een struikelblok voor financiering? Het voert te ver om hier alle onderdelen van de bancaire richtlijn te behandelen. Ik noem enkele onderdelen.

Een belangrijk aspect bij de waardebepaling van een erfpachtrecht is – uiteraard – de canon. Een bevoegdheid van de erfverpachter om eenzijdig de (wijze van) canon(berekening) te wijzigen is daarom problematisch. De bancaire richtlijn gaat uitvoerig in op de wijze waarop

---

<sup>14</sup> Kamerstukken II, 2010-2011, Aanhangsel, 1901.

<sup>15</sup> De huidige versie is te vinden op <https://www.nvb.nl/publicaties-standpunten/publicaties/1876/bancaire-richtlijn-financierbaarheid-erfpachtrechten.html>.

<sup>16</sup> Kamerstukken II 2012-2013, Aanhangsel, 2464.

de regeling over de canon kan luiden, wil er een financierbaar object gecreëerd worden.

Een eenzijdige bevoegdheid te erfpachtvoorwaarden te wijzigen is ook problematisch.<sup>17</sup> Daarmee hangt samen dat geen bepalingen mogen worden opgenomen die het genotsrecht van de erfpachter beperken. Het bijna grenzeloos 'knutselen' met erfpacht – zie paragraaf 2 - is dus aan banden gelegd.

Het toestemmingsbeding van art. 5:91 BW mag geen deel uitmaken van het erfpachtrecht; het erfpachtrecht moet vrij overdraagbaar en bezwaarbaar zijn. Art. 5:91 BW biedt niet de mogelijkheid om met goederenrechtelijke werking een toestemmingsbeding op te nemen met betrekking tot het bezwaren van het erfpachtrecht met hypotheek, maar aangenomen wordt dat een toestemmingsbeding wel tussen partijen – verbintenisrechtelijk dus – werkt. In de praktijk ziet men geregeld erfpachtakten waarin ook toestemming voor bezwaring met een beperkt recht wordt geëist. Bezwaring zonder toestemming is dan wel geldig, maar maakt de erfpachter schadeplichtig. Als het boetebeding maar stevig genoeg is, is het 'slechts' verbintenisrechtelijk werkende toestemmingsbeding behoorlijk effectief. Een verbintenisrechtelijk werkende beperking om te bezwaren, is volgens de bancaire richtlijn een hinderpaal voor de financiering van de verkrijging van particuliere erfpacht.

De bevoegdheid om de erfpacht op te zeggen moet zijn uitgesloten voor de erfpachter. Dat dit kan worden bedongen volgt uit art. 5:87 lid 1 BW. Het is – bij mijn weten – ook bij 'overheidserfpacht'

vrij gebruikelijk dat de opzeggingsbevoegdheid van de erfpachter in de vestigingsakte wordt uitgesloten. In zoverre is dit niet iets wat een financierbaar particulier erfpachtrecht een 'eigen' kleur geeft.<sup>18</sup> De opzeggingsbevoegdheid van de erfverpachter is beperkt tot de opzegging op grond van art. 5:87 lid 2 BW. Een beding dat ruimere opzeggingsbevoegdheden geeft, is – begrijpelijkerwijs – een onoverkomelijk obstakel voor financiering. Weliswaar is het denkbaar dat zo'n beding wordt aangemerkt als een onredelijk bezwarend beding, maar of dat in concreto het geval is, moet worden afgewacht. Een bevoegdheid

---

<sup>17</sup> Ik doel hier op het aspect van de financierbaarheid en niet op de wijze waarop de wijziging privaatrechtelijk (met goederenrechtelijk effect) kan worden doorgevoerd. Over de aantastbaarheid van een dergelijk beding gaat de zaak die nu aan de Hoge Raad is voorgelegd, waarin ik aan het slot van paragraaf 2 refereerde.

<sup>18</sup> Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/238.

voor de erfpachter om op te zeggen zonder dat sprake is van een tekortkoming door de erfpachter maakt van het erfpachtrecht een huis op het ijs. Stel dat er een hypotheekrecht op het erfpachtrecht is gevestigd. Omdat opzegging leidt tot het einde van het erfpachtrecht (art. 3:81 lid 2 sub d BW), brengt opzegging het tenietgaan van het hypotheekrecht met zich: gaat het moederrecht teniet dan gaat het beperkte recht dat erop is gevestigd ook teniet (art. 3:81 lid 2 sub a BW).<sup>19</sup>

De bancaire richtlijn heeft de problemen van de erfpachters die rechthebbende zijn van een 'particulier erfpachtrecht' dat is gevestigd vóór 1 januari 2013 en bedingen bevat die leiden tot code rood of code oranje niet opgelost. Want hoe kunnen deze erfpachters ervoor zorgen dat het licht op groen springt? Met name W. Sniijders en Vonck hebben zich hierover gebogen.<sup>20</sup>

Tamelijk eenvoudig liggen de kaarten natuurlijk als de erfverpachter bereid is mee te werken aan wijziging van het erfpachtrecht. Althans, dan staat buiten kijf dat de erfpachter zijn oranje of rode erfpachtrecht kan wijzigen in een groen recht. Ik maak daarbij echter wel de kanttekening dat dit niet gratis is en dat er in de literatuur verschillend wordt gedacht over de wijze waarop de partijen bij een erfpachtrecht (of een ander beperkt recht) het recht kunnen wijzigen en wat de rechtsgevolgen van een wijziging zijn.<sup>21</sup>

Wil de erfverpachter niet meewerken, dan rijst de vraag of deze door de erfpachter die met een onverkoopbaar particulier erfpachtrecht zit 'opgescheept'<sup>22</sup> tot medewerking aan wijziging kan worden gedwongen. De minister zegt daar het volgende over:

"Wanneer een erfverpachter 'moedwillig' weigert mee te werken aan een aanpassing van het erfpachtcontract aan de 'criteria' of aan de bancaire richtlijn, wil dat niet zeggen dat de erfpachter iedere mogelijkheid mist om de erfverpachter tot medewerking te bewegen. Juist het feit dat erfverpachter en erfpachter bij het sluiten van de overeenkomst, over een grote mate van contractvrijheid beschikten, brengt mee dat tussen hen ook de normen van

---

<sup>19</sup> De relativering van art. 3:81 lid 3 BW is hier niet van toepassing.

<sup>20</sup> W. Sniijders, Erfpacht van woningen met een particuliere erfverpachter, WPNR 2014/7042; F.J. Vonck, Eenzijdige wijzigingsbevoegdheden in erfpachtvoorwaarden, in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), Naar een verbeterde vastgoedketen, Den Haag: BJu 2015, p. 57 e.v., met in dezelfde bundel een reactie van W. Sniijders op p. 69 e.v.

<sup>21</sup> Vgl. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/218a; F.J. Vonck, De flexibiliteit van het recht van erfpacht, diss. RUG, 2013, p. 191 e.v.

<sup>22</sup> W. Sniijders, Erfpacht van woningen met een particuliere erfverpachter, WPNR 2014/7042.



redelijkheid en billijkheid gelden, die impliceren dat partijen over en weer met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening moeten houden (de artikelen 6:2 en 6:248 Burgerlijk wetboek). De gerechtvaardigde belangen van de erfpachter kunnen meebrengen dat hij aanspraak kan maken op een aanpassing van de erfpachtvoorwaarden, in het bijzonder wanneer de erfverpachter geen redelijk belang heeft zich daartegen te verzetten.”<sup>23</sup>

Snijders heeft aangegeven dat hij zijdelings betrokken is geweest bij de formulering van dit antwoord, en motiveert in zijn WPNR-artikel nader waarom naar zijn mening de redelijkheid en billijkheid een oplossing kan bieden.

“Een woning hoort verkoopbaar te zijn, ook als het gaat om een erfpachtwoning, waarvan de overdraagbaarheid dwingendrechtelijk voortvloeit uit art. 5:91 BW, te lezen in verband met art. 3:83 lid 1 BW (...).”

De erfpachter zou medewerking aan wijziging kunnen vorderen, eventueel met een vordering tot reële executie ex art. 3:300 BW. De wijzigingsweg die wordt geboden door art. 5:97 BW (wijziging door de rechter) acht hij niet begaanbaar en evenmin ziet hij iets in het standpunt dat rode bedingen nietige bedingen zouden behoren te zijn.

Of het betoog van de minister en Snijders voor de erfpachters echt een reden is om de vlag te hijsen, kan men zich overigens afvragen. Terecht schrijft Snijders dat uiteraard onzeker is of een procedure succes zal hebben. Daar komt nog bij dat Vonck de benadering van Snijders nog wat te optimistisch lijkt te vinden, bijvoorbeeld omdat er nog andere partijen betrokken zijn (denk aan degene die een hypotheekrecht op het bloot eigendomsrecht heeft).<sup>24</sup> Duidelijk is dat in elk geval dat het ‘bezit’ van een particulier erfpachtrecht dat is gevestigd voor 1 januari 2013 reden kan zijn tot stevige kopzorgen.

#### 4. Slot

Het erfpachtrecht is kneedbaar. Particuliere erfpacht met betrekking tot woningen is aanzienlijk minder kneedbaar. Banken stellen de nodige eisen aan de inhoud van het erfpachtrecht willen zij bereid zijn de aanschaf van

---

<sup>23</sup> Kamerstukken II 2012-2013, Aanhangsel, 2464, p. 2-3.

<sup>24</sup> F.J. Vonck, Eenzijdige wijzigingsbevoegdheden in erfpachtvoorwaarden, in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), Naar een verbeterde vastgoedketen, Den Haag: Bju 2015, p. 66-67.

een het recht te financieren. Een gemakkelijke weg naar ontsluiting van de verkoopmarkt voor de rechthebbenden van rode en oranje particuliere erfpachtrechten lijkt nog niet voorhanden te zijn.