

## 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/2066/93073>

Please be advised that this information was generated on 2021-04-10 and may be subject to change.

## In appartementsrechten gesplitste erfpacht

Reactie op “Gebrekkige splitsing in appartementsrechten van een erfpachtsrecht”, van prof. mr. L.C.A. Verstappen in *WPNR* (2011) 6871 en “Erfpachtconversie bij appartementen en de rechtsgevolgen daarvan voor de betrokken lasten en beperkingen” van prof. mr. W.G. Huijgen in *WPNR* (2010) 6859

### 1. Inleiding

Recentelijk stond de combinatie van appartementsrechten en erfpacht in dit tijdschrift in de aandacht. Verstappen beantwoordde een rechtsvraag over een mogelijk gebrekkige splitsing in appartementsrechten van een erfpachtsrecht<sup>1</sup> en Huijgen besprak de gevolgen van de conversie van een in appartementsrechten gesplitste erfpacht.<sup>2</sup> De bijdragen zetten mij aan het denken, omdat in beide gevallen de kwestie mij in eerste instantie eenvoudiger voorkwam dan de auteurs haar presenterden.

Ik ga eerst in op de rechtsvraag die Verstappen beantwoordde. De vraag betrof de geldigheid van de splitsing van een erfpachtsrecht in appartementsrechten. Door slechts een gedeelte van het erfpachtsrecht in appartementsrechten te splitsen wordt een verticale splitsing van het erfpachtsrecht bewerkstelligd, hetgeen niet zonder toestemming van de bloot eigenaar kan geschieden indien het beding van art. 5:91 lid 2 BW in de erfpachtakte is opgenomen. De omschrijving van de casus die ten grondslag lag aan de rechtsvraag is mijns inziens echter dubbelzinnig – en opgevat op een andere wijze dan Verstappen doet, luidt ook het antwoord op de vraag anders.

Vervolgens sta ik wat langer stil bij vermenging in geval van conversie van in appartementsrechten gesplitste erfpacht. Huijgen gaat er bij zijn bespreking van de gevolgen van de conversie van in appartementsrechten gesplitste erfpacht van uit dat vermenging *niet* optreedt. Naar mijn mening treedt vermenging echter *wel* op, hetgeen aanleiding geeft tot een bespreking van de juridisch-technische aspecten van vermenging in dit specifieke geval, waarbij ik ten slotte de concrete gevolgen van de vermenging voor de betrokken beperkte rechten bespreek.

### 2. Gebrekkige splitsing in appartementsrechten van een erfpachtsrecht?

De rechtsvraag die Verstappen beantwoordde in *WPNR* 6871, trok mijn aandacht door de zin waarmee de vraag begint:

E is gerechtigd tot een recht van erfpacht dat uit twee verschillende kadastrale percelen (perceel 1 en perceel 2) bestaat.<sup>3</sup>

Gaat men ervan uit dat de kadastrale perceelsgrens overeenstemt met de eigendomsgrens, zoals ik in

eerste instantie deed, dan lijkt met deze omschrijving bedoeld te worden op één erfpachtsrecht dat rust op twee eigendomsrechten. Het bestaan van één erfpachtsrecht op twee eigendomsrechten is echter onmogelijk. Het specialiteitsbeginsel staat daaraan in de weg. Dit beginsel dicteert dat goederenrechtelijke rechten slechts op afzonderlijke goederen kunnen bestaan, niet op meer goederen tegelijk. Uitgangspunt van het goederenrecht is immers art. 3:1 BW, dat het goed als rechtsobject vooropstelt. Aangezien het twee eigendomsrechten (en dus twee goederen) betreft, hebben we hier noodzakelijkerwijs te maken met twee erfpachtsrechten.<sup>4</sup>

Verstappen lijkt echter uit te gaan van een andere lezing, namelijk dat slechts één erfpachtsrecht rust op één eigendomsrecht. Kennelijk is het eigendomsrecht onverhoopt als twee percelen in de kadastrale registratie terecht gekomen, aangezien in de rechtsvraag wordt gesproken van “een recht van erfpacht dat uit twee verschillende kadastrale percelen [...] bestaat”.<sup>5</sup>

Welke lezing de juiste is, blijkt niet uit de rechtsvraag zelf, maar is wel cruciaal voor het antwoord daarop. Wat was namelijk het geval? De vragensteller omschrijft het (voor zover hier relevant) als volgt.

E wenst een deel van het erfpachtrecht, dat overeenkomt met perceel 1, te splitsen in appartementsrechten. E verkrijgt van de grondeigenaar [...] toestemming om de erfpacht (perceel 1 en perceel 2) in appartementsrechten te split-

1. L.C.A. Verstappen, ‘Gebrekkige splitsing in appartementsrechten van erfpachtsrecht’ (beantwoording rechtsvraag), *WPNR* 2011, p. 71 (‘Verstappen 2011’).
2. W.G. Huijgen, ‘Erfpachtconversie bij appartementen en de rechtsgevolgen daarvan voor de betrokken lasten en beperkingen’, *WPNR* 2010, p. 740-745 (‘Huijgen 2010’). Hierop verscheen een reactie met naschrift: F.J. Vonck, ‘Reactie op ‘Erfpachtconversie bij appartementen en de rechtsgevolgen daarvan voor de betrokken lasten en beperkingen’, van prof. mr. W.G. Huijgen in *WPNR* (2010) 6859’, *WPNR* 2011, p. 140-143 (‘Vonck 2011’); W.G. Huijgen, ‘Naschrift’, *WPNR* 2011, p. 143-144.
3. Verstappen 2011.
4. Zie V. Tweehuysen, ‘Het specialiteitsbeginsel en de art. 3:222 lid 1 en 5:106 lid 6 BW’, *WPNR* 2009, p. 926-937. Andersom geldt overigens hetzelfde: wordt een erfpachtsrecht gevestigd op een deel van een onroerende zaak (uit art. 5:91 lid 2 BW blijkt dat dit mogelijk is), wordt vanwege het eenheidsbeginsel (art. 5:3 BW) noodzakelijkerwijs het eigendomsrecht gesplitst in twee eigendomsrechten, waarvan er één bezwaard is met erfpacht en één niet. T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 454, meent echter dat het onduidelijk is of dit het geval is.
5. Het is mogelijk dat één onroerende zaak (één eigendomsrecht) met daarop één erfpachtsrecht, onverhoopt als twee percelen in de kadastrale registratie terecht is gekomen. Zie over deze problematiek F.H.J. Mijnsen e.a., *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Goederenrecht. Deel I. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006 (‘Asser/Mijnsen, De Haan & Van Dam 2006’), nr. 403; A.A. van Velten jr., ‘Opstal en onderopstal’, *WPNR* 2005, p. 283-286.

sen. [...] Vervolgens gaat notaris N2 over tot splitsing in appartementsrechten waarbij hij in de akte vermeld[t] dat hij de erfpacht, bestaande uit perceel 1, in appartementsrechten splitst, als ware het kadastrale perceel 1 een afzonderlijk erfpachtrecht. [...] Later draagt notaris N1 perceel 2 over, als ware perceel 2 een separaat erfpachtrecht.<sup>6</sup>

De vragensteller is van mening dat de splitsing in appartementsrechten nietig is, nu voorafgaand aan die splitsing de erfpacht eerst verticaal gesplitst had moeten worden. Verstappen begint zijn antwoord met:

Uit de casus blijkt dat slechts een gedeelte van een erfpachtrecht in appartementsrechten is gesplitst.<sup>7</sup>

Hij vervolgt dat de splitsing inderdaad nietig is, indien de erfpacht is uitgegeven met het beding van art. 5:91 lid 2 BW, dat inhoudt dat de erfpachter zijn recht niet zonder toestemming van de eigenaar (verticaal)<sup>8</sup> kan splitsen. Uitgaande van de lezing dat het gaat om één onroerende zaak met daarop één erfpachtrecht, waarvan slechts een gedeelte in appartementsrechten is gesplitst, is dit juist.

Aangezien de vragensteller hier geen uitspraak over doet, is het echter even aannemelijk dat de kadastrale perceelsgrens wél overeenstemt met de eigendomsgrens. In het dagelijks taalgebruik wordt dan wellicht gesproken van één erfpachtrecht op de twee percelen, bijvoorbeeld omdat de erfpachtrechten tegelijkertijd gevestigd zijn of omdat zij dezelfde inhoud hebben. Vanwege het specialiteitsbeginsel gaat het dan in feite echter om twee eigendomsrechten met op elk daarvan een erfpachtrecht.

In dat geval lost het probleem van de vragensteller zich vanzelf op en is er geen sprake van een nietige splitsing. Het gaat dan immers niet om “slechts een gedeelte van een erfpachtrecht [dat] in appartementen is gesplitst”.<sup>9</sup> De erfpacht is niet gesplitst “als ware het kadastrale perceel 1 een afzonderlijk erfpachtrecht”<sup>10</sup>, het is een afzonderlijk erfpachtrecht. Dat afzonderlijke erfpachtrecht is gesplitst en het andere erfpachtrecht is overgedragen. Daar is niets gebrekkigs aan. Het is voor de beantwoording van de rechtsvraag dus cruciaal de voorvraag te beantwoorden of het hier gaat om één of twee eigendomsrechten.

### 3. Conversie van in appartementsrechten gesplitste erfpacht

#### 3.1. Vermenging

‘Erfpachtconversie’ houdt in dat erfpacht wordt ‘omgezet’ in eigendom, door de bloot eigendom aan de erfpachter over te dragen, waarna het erfpachtrecht door vermenging tenietgaat (art. 3:81 lid 2 aanhef en onder e BW). Huijgen bespreekt de gevolgen

van deze erfpachtconversie voor betrokken beperkte rechten wanneer het gaat om een in appartementsrechten gesplitste erfpacht die men wil omzetten naar in appartementsrechten gesplitste (volle) eigendom.<sup>11</sup> In geval van conversie van een in appartementsrechten gesplitste erfpacht wordt de bloot eigendom gesplitst in appartementsrechten die exact ‘spiegelbeeldig’ zijn aan de appartementsrechten waarin het erfpachtrecht is gesplitst. Dat wil zeggen dat deze appartementsrechten-bloot-eigendom dezelfde inhoud hebben als de reeds bestaande appartementsrechten-erfpacht,<sup>12</sup> zo zijn de aandelen van dezelfde omvang en zijn de rechten op het gebruik van de privégedeelten en de gemeenschappelijke gedeelten hetzelfde. De appartementsrechten-bloot-eigendom worden vervolgens overgedragen aan de respectieve appartementseigenaren-erfpacht.<sup>13</sup>

Huijgen betoogt:

“Het appartementsrecht erfpacht zal na verkrijging van het appartementsrecht bloot eigendom door de betrokken ‘erfpachter’ niet tenietgaan door vermenging omdat appartementsrechten geen beperkte rechten zijn in de zin van art. 3:81 lid 2 BW.”<sup>14</sup>

Huijgen bespreekt vervolgens de gevolgen van opzegging en afstand van het erfpachtrecht. Meteen kwam bij mij de gedachte op dat het *appartementsrecht* weliswaar niet tenietgaat door vermenging, aangezien dat geen beperkt recht is, maar dat daarentegen – en dit is veel belangrijker – het *erfpachtrecht* wél tenietgaat ten gevolge van vermen-

6. Verstappen 2011.

7. Verstappen 2011.

8. F.H.J. Mijnsen, A.A. van Velten, S.E. Bartels, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Zakenrecht. Deel 5. Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2008 (‘Asser/Mijnsen, Van Velten & Bartels 5\* 2008’), nr. 225.

9. Verstappen 2011.

10. Verstappen 2011.

11. Huijgen 2010. Hoewel Huijgen ook de gevolgen voor kettingbedingen, kwalitatieve verplichtingen, en publiekrechtelijke lasten en beperkingen bespreekt, beperk ik mij tot de gevolgen voor beperkte rechten, aangezien mijn opmerkingen zich toespitsen op de vermenging in de zin van art. 3:81 lid 2 aanhef en onder e en lid 3, eerste zin BW.

12. Uiteraard verschillen zij wel nog in het feit dat het in het ene geval een aandeel in de erfpacht, en in het andere geval een aandeel in de bloot eigendom betreft, waardoor bijvoorbeeld in het laatste geval geen canonverplichting bestaat, en in het eerste geval mogelijk wel.

13. Dit is althans één van de opties die beschikbaar zijn en de optie waartoe ik mij in deze bespreking beperk, zie Asser/Mijnsen, Van Velten & Bartels 5\* 2008, nr. 384; J. de Jong & H.D. Ploeger, *Monografieën BW. Erfpacht en Opstal*, Deventer: Kluwer 2008 (‘De Jong & Ploeger 2008’), nr. 32.

14. Huijgen 2010, p. 740.

ging. Van Velten gaat hier ook van uit,<sup>15</sup> anderen menen net als Huijgen dat hier geen sprake is van vermenging.<sup>16</sup>

Uiteraard is voor vermenging wel nodig dat de erfpacht en de bloot eigendom in dezelfde hand geraken.<sup>17</sup> Dat wil zeggen, dat nodig is dat *alle* appartementseigenaren-erfpacht het spiegelbeeldige appartementsrecht-bloot-eigendom verkrijgen. Indien en zodra dat gebeurt, zijn dezelfde personen zowel (mede-)gerechtigd tot de bloot eigendom als tot de erfpacht, waardoor de erfpacht tenietgaat op grond van art. 3:81 lid 2 aanhef en onder e BW. Op grond van art. 5:143 lid 1 aanhef en onder a BW wordt de splitsing vervolgens van rechtswege opgeheven, wat tevens tot gevolg heeft dat de vereniging van eigenaars van rechtswege wordt ontbonden op grond van art. 5:147 BW.<sup>18</sup> Wat resteert, zijn de tot volle eigendom aangegroeide appartementsrechten.

### 3.2. De gedachte achter vermenging

Dat bij de conversie van in appartementsrechten gesplitste erfpacht vermenging optreedt, is in overeenstemming met de gedachte die aan vermenging ten grondslag ligt. Dit wordt duidelijk, wanneer men de consequenties van het tegendeel beziet. Zo beveelt Louwman aan de erfpacht op te zeggen, omdat hij van mening is dat vermenging niet op zal treden en het naast elkaar laten bestaan van de twee splitsingen bezwaren heeft. Hij geeft aan dat bij overdracht het risico bestaat dat één van de twee appartementsrechten wordt vergeten over te dragen of te bezwaren met een hypotheekrecht. Ook bestaat het risico dat het appartementsrecht-erfpacht en het appartementsrecht-bloot-eigendom in verschillende handen komen en bovendien is de rechtstoestand voor verkrijgers van de appartementsrechten uiterst verwarrend.<sup>19</sup>

Laten deze bezwaren nu precies de zin van vermenging zijn! In de memorie van antwoord wordt over vermenging opgemerkt:

“De ratio van de regel dat een beperkt recht door vermenging tenietgaat, is dat een voor de rechtspraktijk ongewenste onoverzichtelijkheid van de rechtstoestand van goederen het gevolg zou zijn, indien een beperkt recht na met het hoofdrecht in één hand te zijn verenigd zonder voldoende reden rechtens afzonderlijk zou blijven voortbestaan. Licht zou dan b.v. bij latere overdracht misverstand over hetgeen overgedragen werd, kunnen ontstaan.”<sup>20</sup>

De wetgever heeft de onwenselijke gevolgen ingezien van het naast elkaar laten bestaan van een beperkt recht en een eigendomsrecht in dezelfde hand en heeft er daarom voor gezorgd dat opzegging of het doen van afstand in deze gevallen niet meer nodig is: vanwege de vermenging gaat het beperkte recht van rechtswege teniet. Dat het in ons geval niet om één

rechthebbende gaat, maar om een gemeenschap van appartementseigenaren en dus om mede-eigendom en medegerechtigdheid tot de erfpacht, doet daar niet aan af. De ratio van vermenging geldt onverkort.

Ook de meer dogmatische verklaring voor het bestaan van de figuur van vermenging, welke verklaring vooral in de wat oudere literatuur terug is te vinden, strookt met het optreden van vermenging in dit geval van conversie van de appartementsrechten-erfpacht. Men kan geen beperkt recht hebben op een eigen recht, dus gaat het beperkte recht teniet door vermenging wanneer het beperkte recht en de blote eigendom in één hand komen. Zoals Suijling het beschrijft:

“Omdat de beperkte zakelijke rechten alle een groter of kleiner deel der in den eigendom besloten bevoegdheden tot inhoud hebben, missen zakelijke rechten op eigen goed iedere reden van bestaan.”<sup>21</sup>

Dit geldt eveneens voor een gemeenschappelijk erfpachtsrecht, terwijl men reeds gemeenschappelijk eigenaar is: welk doel kan een dergelijk erfpachtsrecht nog dienen?

### 3.3. Tegenargumenten

Hier valt echter nog wel wat tegenin te brengen. Zo zou men kunnen stellen dat het voorgaande dan wel mag gelden voor ‘gewone’ mede-eigendom en medegerechtigdheid tot een erfpachtsrecht, maar niet voor appartementsrechten. Een appartementsrecht

15. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008, nr. 384.

16. W. Louwman, ‘Inschrijving en kadastrale registratie van afkoop van in appartementsrechten gesplitste erfpacht’, *JBN* 2004, 64 (‘Louwman 2004’); Vonck 2011; vermoedelijk ook De Jong & Ploeger 2008, nr. 32.

17. Vgl. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008, nr. 204; Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 2006, nr. 17; W.H.M. Reehuis e.a., *Pillo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 605; H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 480.

18. Hieruit volgt dat ik Louwmans argument dat vermenging niet in overeenstemming zou zijn met het feit dat de verkrijger van een appartementsrecht-bloot-eigendom lid blijft van twee verenigingen van eigenaars, niet overtuigend vind (Louwman 2004). Mijns inziens is dit nu juist géén feit. Inderdaad, indien niet alle appartementseigenaren-erfpacht meewerken aan de conversie en dus niet aan elk van hen het corresponderende appartementsrecht-bloot-eigendom wordt overgedragen, treedt geen vermenging op en blijven er twee splitsingen in stand, met verschillende leden. Dit is wellicht onpraktisch, maar geen argument tegen het optreden van vermenging.

19. Louwman 2004, onder 3.

20. C.J. van Zeben, J.W. Du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981 (‘Parl. Gesch. Boek 3’), p. 310-311.

21. J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 5<sup>e</sup> stuk. Zakenrecht*, Haarlem: De erven F. Bohn 1940, nr. 312, zie ook nr. 83.



is namelijk méér dan enkele mede-eigendom of medegerechtigdheid; het omvat naast het aandeel in de gemeenschap een exclusief gebruiksrecht op het privégedeelte en het lidmaatschap van de vereniging van eigenaars.<sup>22</sup> Ik zie echter niet direct in waarom het exclusieve gebruiksrecht en het lidmaatschap van de vereniging van eigenaars aan vermenging in de weg zouden staan. Dat komt wellicht doordat ik veel voel voor de visie van Heyman, die de kern van het appartementsrecht ziet in de mede-eigendom; het recht op gebruik van het privégedeelte vloeit voort uit het eigendomsrecht zelf en is gereguleerd, net zoals men op grond van art. 3:168 BW een beheersregeling aan zou kunnen gaan. Voorts wordt dit gebruiksrecht aangevuld met het lidmaatschap van de vereniging van eigenaars.<sup>23</sup>

Een ander sterk argument tegen de opvatting die ik verdedig, een argument dat óók met het karakter van het appartementsrecht samenhangt, is in de literatuur naar voren gebracht door Louwman.<sup>24</sup> Hij merkt onder meer op dat vermenging ongewenste gevolgen zou kunnen hebben voor de hypotheekhouder, die ingevolge art. 3:81 lid 3 BW zijn recht op parate executie niet meer op een appartementsrecht-erfpacht, maar op een aandeel in de niet meer bestaande erfpacht moet uitoefenen. (In het navolgende zal ik telkens uitgaan van dit voorbeeld, waarbij een hypotheekrecht op het appartementsrecht-erfpacht is gevestigd.) Het is inderdaad niet eenvoudig voor te stellen hoe de bescherming die lid 3 van art. 3:81 BW de hypotheekhouder beoogt te bieden, praktisch gezien uit zal pakken. Betekent dit dat er *dus* geen vermenging optreedt?<sup>25</sup>

Naar mijn mening niet. Allereerst kan een aanwijzing gevonden worden in het feit dat men in de literatuur in vergelijkbare situaties wél aanneemt dat vermenging optreedt. Indien de bloot eigendom niet wordt gesplitst in appartementsrechten, maar de *ongesplitste* bloot eigendom wordt overgedragen aan de gezamenlijke appartements-eigenaren-erfpacht in dezelfde verhouding als hun aandeel in het erfpachtsrecht, wordt aangenomen dat de erfpacht tenietgaat door vermenging.<sup>26</sup> Deze situatie verschilt niet wezenlijk van het geval waarin de bloot eigendom eerst is gesplitst in appartementsrechten: in beide gevallen komen de bloot eigendom en het erfpachtsrecht in dezelfde hand, zodat de erfpacht tenietgaat door vermenging.<sup>27</sup>

Voorts heeft afstand net als vermenging relatieve werking (art. 3:81 lid 3, eerste zin BW). Huijgen gaat er zonder meer van uit dat afstand van het erfpachtsrecht door de gezamenlijke appartements-eigenaren mogelijk is. Wel acht hij de rechtsgevolgen van de afstand ongewis: legt men het accent op het feit dat het hypotheekrecht rust op (een aandeel in) het erfpachtsrecht, dan is art. 3:81 lid 3 BW van toepassing en werkt de vermenging niet ten nadele van de hypotheekhouder. Legt men het accent op het feit dat het

hypotheekrecht rust op het tenietgaande eigenoortige appartementsrecht, dan gaat het hypotheekrecht teniet.<sup>28</sup> Het lijkt er op dat Huijgen niet zozeer moeite heeft met de relatieve werking van de afstand (of vermenging) op zichzelf – zoals Louwman – maar hij acht het onzeker of deze relatieve werking al dan niet op zal treden.

Deze aanwijzingen zijn echter niet doorslaggevend: wellicht treedt in elk van deze gevallen geen vermenging op, omdat dat nadelen zou hebben voor de hypotheekhouder. Daarom moet gekeken worden naar de gedachte die ten grondslag ligt aan de relatieve werking van vermenging uit art. 3:81 lid 3 BW. Zoals het in de memorie van antwoord wordt geformuleerd:

“Deze ratio [van vermenging, VT] vergt evenwel niet dat het tenietgaan van een beperkt recht door vermenging ook zou moeten strekken ten nadele van op dat beperkte recht gevestigde beperkte rechten (...)”<sup>29</sup>

Een overzichtelijke rechtstoestand en het voorkomen van misverstand rechtvaardigen niet het verlies van een beperkt recht dat rust op het tenietgaande beperkte recht. Zeker niet, nu de beperkt gerechtigde (erfpachter) anders het recht van de hypotheekhouder eenzijdig teniet zou kunnen doen gaan.<sup>30</sup>

22. Art. 5:106 lid 4 BW, art. 5:125 lid 2 BW.

23. H.W. Heyman, ‘Vestiging van erfpacht en opstal door een appartements-eigenaar’, in: J. Struiksma e.a. (red.), *Vast en goed*, Deventer: Kluwer 2003, p. 77-92 (‘Heyman 2003’).

24. Louwman 2004, onder 2.

25. De vraag even daargelaten of het gevolg van toepasselijkheid van art. 3:81 lid 3 BW zou zijn dat het aandeel in de erfpacht of het appartementsrecht-erfpacht ten opzichte van de hypotheekhouder blijft bestaan. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008, nr. 384 gaat er van uit dat het appartementsrecht-erfpacht herleeft. Ik kom op deze vraag nog terug.

26. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008, nr. 384; De Jong & Ploeger 2008, nr. 32; W.G. Huijgen, ‘De rechtsgevolgen van “erfpachtconversie” voor de op de erfpacht rustende lasten en beperkingen’, in: J. Procee e.a. (red.), *Warme grond*, Deventer: Kluwer 2009, p. 161-169 (‘Huijgen 2009’); Vonck 2011.

27. Anders: Huijgen 2009, p. 165, die expliciet het onderscheid tussen de twee situaties maakt. Indien de bloot eigendom eerst gesplitst wordt, kan naar mening van Huijgen geen vermenging meer optreden, omdat “zowel de bloot eigendom als de erfpacht gesplitst zijn in appartementsrechten en een appartementsrecht geen beperkt recht is”. Ik kan dit onderscheid niet goed volgen. Zoals gezegd is het appartementsrecht inderdaad geen beperkt recht, maar het gaat juist om het *erfpachtsrecht* dat teniet zou gaan door vermenging, niet het *appartementsrecht* (dat tenietgaat op grond van art. 5:143 lid 1 aanhef en onder a BW).

28. Huijgen 2010, p. 742-743.

29. Parl. Gesch. Boek 3, p. 311.

30. Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 309; C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Tweede deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1896, p. 319.

Het argument dat Louwman geeft, strookt dus met de ratio achter art. 3:81 lid 3, eerste zin BW. Vermenging mag alleen optreden als er ook bescherming geboden wordt aan de hypotheekhouder. Het is daarmee ook duidelijk dat vermenging of afstand zonder relatieve werking zich niet voor kan doen, zoals Huijgen in het kader van de afstand suggereert.<sup>31</sup> Maar, daarmee is het eigenlijk niet meer de vraag óf art. 3:81 lid 3, eerste zin BW wel voldoende bescherming biedt aan de hypotheekhouder, maar is duidelijk dat art. 3:81 lid 3, eerste zin BW dicteert dát de hypotheekhouder (voldoende) beschermd wordt. De wet biedt tevens niet de ruimte voor een belangenafweging in concreto. Art. 3:81 BW instrueert ons niet het algemene belang dat het rechtsverkeer heeft bij overzichtelijkheid af te wegen tegen de belangen van een concrete hypotheekhouder bij het behoud van zijn recht, maar heeft die afweging al in abstracto voor ons gemaakt, bovendien al ten faveure van de hypotheekhouder.

Het strookt het meest met de wet en de daarachter gelegen beweegredenen om in de gevallen die voldoen aan de omschrijving van vermenging, ook daadwerkelijk vermenging én de daartegen geboden bescherming aan te nemen. Het gevolg van het door Louwman ingebrachte bezwaar moet dus niet zijn dat geconcludeerd wordt dat vermenging niet optreedt, maar dat er – nu vermenging optreedt – bescherming voor de hypotheekhouder moet zijn. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zou men wellicht mogen concluderen dat vermenging niet optreedt, omdat de door art. 3:81 lid 3 BW beloofde bescherming in de praktijk in het geheel niet, of nauwelijks geboden kan worden. Een dergelijk zeer uitzonderlijk geval doet zich hier mijns inziens niet voor, omdat de hypotheekhouder het appartementsrecht-erfpacht kan executeren.

### 3.4. Bescherming van de hypotheekhouder

In de literatuur is weinig gezegd over de bescherming van de hypotheekhouder bij conversie van appartementsrechten-erfpacht. Van Velten gaat ervan uit dat wél vermenging optreedt en dat de hypotheekhouder daartegen beschermd wordt, doordat het appartementsrecht-erfpacht geëxecuteerd kan worden.<sup>32</sup> Zoals gezegd gaat Louwman ervan uit dat géén vermenging optreedt, maar dat, indien dit wel het geval zou zijn, dit ertoe zou leiden dat de hypotheekhouder zijn recht niet op het appartementsrecht-erfpacht maar op het aandeel in de erfpacht zou kunnen uitoefenen.<sup>33</sup> In het kader van de bespreking van de gevolgen van de afstand van het erfpachtsrecht geeft Huijgen aan dat indien wordt uitgegaan van de relatieve werking, hypotheekrechten blijven voortbestaan.<sup>34</sup> Waarop zij voortbestaan, op het aandeel in de erfpacht of op het appartementsrecht, wordt niet duidelijk. In geval van vermenging van de in appartementsrechten gesplitste erfpacht met de *ongesplitste* bloot eigendom, is men het erover eens dat vermenging

optreedt, maar wordt geen aandacht besteed aan wat de consequenties hiervan voor beperkte rechten op het appartementsrecht zijn.<sup>35</sup>

Wordt voldaan aan de voorwaarde dat eigendom en erfpacht in dezelfde hand geraken, dan treedt vermenging van rechtswege op en wordt de hypotheekhouder beschermd door art. 3:81 lid 3 BW, zo hebben we gezien. Deze bepaling moet – gelet op het in de vorige paragraaf besprokene – zó toegepast worden dat de hypotheekhouder zo min mogelijk nadelige gevolgen van de vermenging ondervindt, ook al zal dit in de praktijk niet altijd geheel uit te sluiten zijn. Het gaat daarom niet om het enkele aandeel in de erfpacht waar de hypotheekhouder zijn recht op kan blijven uitoefenen, maar om het appartementsrecht-erfpacht.

“Het derde lid handhaaft (...) ten aanzien van de beperkte rechten die op het moment van de vermenging op het door de vermenging tenietgaande recht (...) rusten, een rechtstoestand als ware het door vermenging tenietgaande recht nog in stand gebleven.”<sup>36</sup>

Wat dit geval bijzonder maakt, is dat de rechtstoestand nu eenmaal niet meer exact hetzelfde *kan* zijn, nu de andere appartementsrechten-erfpacht teniet zijn gegaan; er zijn geen andere appartements-eigenaren-erfpacht meer ten opzichte waarvan de executiekoper als appartements-eigenaar-erfpacht zich op een bepaalde wijze moet verhouden. Praktisch gezien zijn daar echter de appartements-eigenaren-eigendom voor in de plaats getreden. Duidelijk is, dat het geëxecuteerde appartementsrecht-erfpacht vanwege art. 3:81 lid 3, eerste zin BW materieel dezelfde rechten en verplichtingen moet inhouden als het voorheen, vóór de conversie, ook inhield. Nu zullen deze rechten en plichten echter niet meer ten opzichte van de appartements-eigenaren-erfpacht, maar tegenover de appartements-eigenaren-eigendom gelden.

Met het bepalen van de invulling van deze rechten en plichten zal doelmatig omgegaan moeten worden. Zoals gezegd komen aan de appartements-eigenaar van het appartementsrecht-erfpacht in verhouding tot de overige appartements-eigenaren-eigendom dezelfde (gebruiks)rechten en plichten toe als de appartements-eigenaar-erfpacht voorheen had ten

31. Huijgen 2010, p. 742-743.

32. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008, nr. 384; zie ook A.A. van Velten, ‘Gevolgen van de overdracht van bloot eigendom bij een in appartementsrechten gesplitste erfpacht’ (beantwoording rechtsvraag), *WPNR* 1995, p. 830.

33. Louwman 2004, onder 2.

34. Huijgen 2010, p. 742-743.

35. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008, nr. 384; De Jong & Ploeger 2008, nr. 32; Huijgen 2009.

36. Parl. Gesch. Boek 3, p. 311.

opzichte van de andere appartementseigenaren-erfpacht. Om die reden zal moeten worden aangenomen dat hij toegang heeft tot de vereniging van eigenaars van de appartementsrechten-eigendom, en hij daar het stemrecht van de appartementseigenaar-bloot-eigendom kan uitoefenen. Ook zou art. 3:81 lid 3 BW in kunnen houden dat de executiekoper de erfpachtcanon die de appartementseigenaar-erfpacht eerder verschuldigd was aan de bloot eigenaar, voortaan aan de appartementseigenaar-bloot-eigendom zal moeten voldoen.<sup>37</sup> De praktische uitwerking zal overeenkomen met de situatie waarin een erfpachtsrecht is gevestigd op het appartementsrecht-eigendom (art. 5:118a BW).

Men moet zich realiseren dat naar de huidige stand van zaken de vermenging *van rechtswege* intreedt wanneer de appartementsrechten-erfpacht en de appartementsrechten-bloot-eigendom in dezelfde hand komen. Van opzegging of afstand kan dus in deze constructie in het geheel geen sprake zijn. Wil de hypotheekhouder geen genoegen nemen met deze door art. 3:81 lid 3, eerste zin BW geboden bescherming, dan zal hij ervoor moeten zorgen dat bij de conversie een andere weg bewandeld wordt of dat het hypotheekrecht wordt gevestigd op het appartementsrecht-(bloot-)eigendom.<sup>38</sup> Het ingevolge art. 3:81 lid 3, eerste zin BW nog steeds bestaande hypotheekrecht op het appartementsrecht-erfpacht kan eventueel beëindigd worden.<sup>39</sup>

De wet dicteert met art. 3:81 lid 3, eerste zin BW dat de vermenging – niet alleen op papier, maar ook in de praktijk – niet ten nadele van de hypotheekhouder mag en kan werken. Een concrete uitwerking van deze bescherming wordt door de wet echter niet geboden. Met name in geval van conversie van appartementsrechten-erfpacht is dit bezwaarlijk, nu niet alleen de erfpacht wordt geacht te blijven bestaan ten opzichte van de hypotheekhouder, maar ook het appartementsrecht. Ik heb me daarom afgevraagd of zich hier mogelijk zaaksvervangings voor kan doen, nu dit geval zich hier bij uitstek voor lijkt te lenen en deze figuur mogelijk uitkomst zou kunnen bieden. Naar mijn mening biedt de wet thans echter deze mogelijkheid niet.<sup>40</sup> Het voert te ver dit in deze bijdrage uit te werken, maar het zou mogelijk wenselijk zijn een bijzondere wetsbepaling in te voeren die in dit geval in zaaksvervangings voorziet.<sup>41</sup>

### 3.5. Conclusie: de gevolgen van de vermenging voor beperkte rechten

#### 3.5.1. Hypotheek en vruchtgebruik op het appartementsrecht-erfpacht

Zojuist heb ik uiteengezet dat – in tegenstelling tot wat door sommigen werd aangenomen – de erfpacht tenietgaat door vermenging wanneer de appartementsrechten-erfpacht en alle spiegelbeeldige appartementsrechten-bloot-eigendom in dezelfde handen komen. De vermenging werkt ingevolge art. 3:81 lid 3, eerste zin BW niet ten nadele van hen die

op het appartementsrecht-erfpacht een hypotheek hebben. Hetzelfde moet gelden voor het recht van vruchtgebruik, het andere beperkte recht dat geregeld is in Boek 3 en dus op alle goederen – zoals het appartementsrecht-erfpacht – kan rusten.

#### 3.5.2. Erfdienstbaarheid, erfpacht en opstal op (of ten behoeve van) het privégedeelte

Voor de beperkte rechten erfdienstbaarheid, erfpacht en opstal geldt iets anders. Hiervoor is in art. 5:118 en 118a BW een bijzondere regeling neergelegd.

37. Zie over de canon bij splitsing van erfpacht in appartementsrechten art. 5:115 lid 1 jo. 113 lid 2 BW en Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008, nr. 379.
38. Hiervoor is medewerking van de appartementseigenaren-(bloot-)eigendom nodig. Indien de aankoop van het appartementsrecht-bloot-eigendom door dezelfde bank gefinancierd wordt, zal de hypotheekhouder hier zelf enige invloed op uit kunnen oefenen.
39. Zie voor de wijzen van eindigen van hypotheekrechten A.I.M. van Mierlo & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 442 e.v. In gevallen waarin men ervan uit is gegaan dat vermenging niet optrad en daarom heeft getracht het erfpachtsrecht te doen eindigen door afstand of opzegging, is het erfpachtsrecht (indien aan de voorwaarde van het in één hand komen van erfpachtrecht en eigendom is voldaan) in feite tenietgegaan door vermenging, waardoor hypotheek op het appartementsrecht-erfpacht ingevolge art. 3:81 lid 3, eerste zin BW ook thans nog bestaan indien zij niet op enigerlei wijze zijn beëindigd.
40. Hoewel onder omstandigheden art. 3:229 lid 1 BW extensief geïnterpreteerd zou kunnen worden (J.B. Spath, *Zaaksvervangings*, Kluwer: Deventer 2010 ('Spath 2010'), p. 268 e.v.), is dat in dit geval niet aan de orde, aangezien de vereiste beschermingsnoodzaak (Spath 2010, p. 392) ontbreekt. Het hypotheekrecht gaat immers juist niet verloren, aangezien het ingevolge art. 3:81 lid 3, eerste zin BW, ten aanzien van de hypotheekhouder blijft bestaan. Er is geen vrees voor verarming waartegen de hypotheekhouder beschermd zou moeten worden. In het algemeen kan er geen sprake zijn van zaaksvervangings indien de relatieve werking van art. 3:81 lid 3, eerste zin BW zich voordoet (Spath 2010, p. 220). Ik wijs er op dat overigens óók niet aan de toepassingsvoorwaarden van zaaksvervangings wordt voldaan indien men er van uitgaat dat in het geval van conversie van in appartementsrechten gesplitste erfpacht géén vermengings optreedt. Alsdan gaat immers het erfpachtrecht en dus het op een aandeel daarin rustende hypotheekrecht *niet* teniet en is er ook dan geen noodzaak tot bescherming.
41. De hypotheekrechten die rustten op de appartementsrechten-erfpacht zouden dan als gevolg van zaaksvervangings van rechtswege kunnen komen te rusten op de respectieve appartementsrechten-eigendom, wanneer de appartementsrechten-erfpacht teniet zijn gegaan door vermenging. De voordelen hiervan zijn m.i. gelegen in het terugdringen van kosten voor de maatschappij als geheel, door een figuur die van rechtswege biedt wat thans door middel van het opnieuw vestigen van het hypotheekrecht moet geschieden, en duidelijkheid, door een praktische hanteerbare bescherming van de hypotheekhouder. Onder meer zou onderzocht moeten worden of deze voordelen opwegen tegen de mogelijke verrijking van de hypotheekhouder, wat de verhouding zou zijn ten opzichte van de algemene regeling van vermenging en in verband daarmee de 'normale' erfpachtconversie en welke rol de publiciteit van het hypotheekrecht hierin (zou moeten) spelen.



Deze beperkte rechten kunnen gevestigd worden door de appartementseigenaar en komen te rusten op het privégedeelte. Het is in strijd met het systeem van de wet dat de mogelijkheid van het vestigen van deze beperkte rechten op deze wijze is vormgegeven. Het privégedeelte is als bestanddeel van een onroerende zaak immers geen rechtsobject (art. 5:3 BW).<sup>42</sup> Het blijkt echter duidelijk uit de wet en de wetsgeschiedenis dat het hier daadwerkelijk gaat om een beperkt recht op het privégedeelte en niet om een beperkt recht op het appartementsrecht zelf.<sup>43</sup> Deze constructie is verwant aan die van art. 5:84, 93 (en 104 lid 2) BW: de beperkt gerechtigde vestigt niet een beperkt recht op zijn beperkte recht, maar vestigt een beperkt recht op de onroerende zaak waarop zijn beperkte recht rust.<sup>44</sup> De regel van art. 3:81 lid 3 BW is daarom in deze gevallen niet van toepassing.<sup>45</sup>

Lid 3 van art. 5:118 BW kent een bijzondere bepaling voor het tenietgaan van erfdienstbaarheden op privégedeeltes. Bij art. 5:118a BW ontbreekt een dergelijke regel, maar aangenomen mag worden dat de regel van art. 5:118 lid 3 BW naar analogie toegepast kan worden op de rechten opstal en erfpacht uit art. 5:118a BW.<sup>46</sup> Uit de wetsgeschiedenis blijkt namelijk dat bij de invoering van art. 5:118a BW niet is stilgestaan bij het al dan niet invoeren van een vergelijkbare bepaling als art. 5:118 lid 3 BW.<sup>47</sup> Het verdient aanbeveling dat bij gelegenheid aan art. 5:118a BW alsnog een bepaling zoals art. 5:118 lid 3 BW wordt toegevoegd, zodat buiten kijf staat dat deze regel ook voor de rechten uit art. 5:118a BW geldt.

Omdat de splitsing van de erfpacht van rechtswege eindigt bij het tenietgaan van de erfpacht door vermenging (art. 5:143 lid 1 aanhef en onder a BW), eindigt de in art. 5:118 lid 3 BW bedoelde bevoegdheid tot het uitsluitend gebruik van het privégedeelte, wat ten gevolge heeft dat de beperkte rechten als bedoeld in art. 5:118 en 118a BW tenietgaan – anders dan Huijgen (in het kader van afstand van het erfpachtsrecht) suggereert wanneer het gaat om art. 5:118a BW.<sup>48</sup>

### 3.5.3. *Beperkte rechten op de onroerende zaak zelf of op het erfpachtsrecht*

Gaat het om een recht van vruchtgebruik dat op het moment van de splitsing op het (gehele) erfpachtsrecht rustte, dan werkt het tenietgaan van het erfpachtsrecht ingevolge art. 3:81 lid 3, eerste zin BW niet ten nadele van de vruchtgebruiker. Het kan hierbij niet gaan om andere beperkte rechten dan het recht van vruchtgebruik. Na de splitsing kan immers niet meer over het recht van erfpacht worden beschikt (art. 5:117 lid 2 BW), komt een reeds bestaand hypotheekrecht op de afzonderlijke appartementsrechten te rusten (art. 5:114 lid 1 BW) en gaat het bij reeds bestaande rechten van erfdienstbaarheid, erfpacht en opstal (art. 5:114 lid 3 BW) in feite om rechten die rusten op de onroerende zaak zelf.

Wat deze laatste rechten betreft, daarvoor gelden de bijzondere bepalingen van art. 5:84 lid 2 en 3, 93 lid 2 en 104 lid 2 BW.<sup>49</sup> Aangezien het rechten op de onroerende zaak zelf en niet op het erfpachtsrecht betreft, is ook hier weer art. 3:81 lid 3 BW niet van toepassing.<sup>50</sup> Het is dus niet zo dat bij afstand of vermenging de beperkte rechten *op grond van art. 3:81 lid 3 BW* zullen voortbestaan, zoals Huijgen ten aanzien van afstand en erfdienstbaarheden betoogt.<sup>51</sup> Overigens geven art. 5:84 lid 3 en art. 5:93 lid 2 BW een vergelijkbare regel voor het geval waarin de erfpacht eindigt door afstand en vermenging, waardoor het resultaat in de meeste gevallen (echter niet in het geval van art. 5:84 lid 2 BW) hetzelfde zal zijn.<sup>52</sup>

Op grond van art. 5:117 lid 4 BW is het mogelijk dat de gezamenlijke appartementseigenaren de betrokken onroerende zaken belasten met een erfdienstbaarheid. Mijns inziens komt deze bevoegdheid ook toe aan de gezamenlijke appartementseigenaren-erfpacht (vgl. art. 5:84 BW). Ook hierbij speelt de kwestie van vermenging geen rol. De gevestigde erfdienstbaarheden blijven na de opheffing van de splitsing bestaan.<sup>53</sup>

*Mw. mr. drs. V. Tweehuysen\**

42. Zie Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008, nr. 215; Heyman 2003.

43. Zie met name *Kamerstukken II* 2002/03, 28 614, nr. 3; *Kamerstukken II* 2003/04, 28 614, nr. 5; C.J. van Zeben, J.W. Du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981 ('Parl. Gesch. Boek 5'), p. 393-394.

44. Zie Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008, nr. 499; Heyman 2003, p. 86; W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Invoering boeken 3, 5, en 6. Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1055.

45. Vgl. ten aanzien van art. 5:84 BW, Parl. Gesch. Boek 5, p. 290, en tevens p. 316, waaruit blijkt dat art. 5:93 BW beoogt aan te sluiten bij art. 5:84 BW.

46. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008, nr. 483a; Huijgen 2010. Het is niet relevant hoe het erfpachtsrecht is geëindigd, door opzegging, afstand of vermenging (anders: Huijgen 2010, p. 742).

47. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 614, nr. 3; *Kamerstukken II* 2003/04, 28 614, nr. 5.

48. Huijgen 2010, p. 742.

49. Of een erfpachter een opstalrecht op de zaak kan vestigen, is overigens omstreden, zie Heyman 2003, p. 83. Ook lijkt het mij moeilijk voorstelbaar dat er een ondererfpacht is gevestigd, waarna de erfpacht (van de 'hoofd' erfpachter) wordt gesplitst. Ik laat deze kwesties in het midden.

50. Vgl. ten aanzien van art. 5:84 BW, Parl. Gesch. Boek 5, p. 290, en tevens p. 316, waaruit blijkt dat art. 5:93 BW beoogt aan te sluiten bij art. 5:84 BW.

51. Huijgen 2010, p. 742.

52. Vgl. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008, nr. 207.

53. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008, nr. 498.

\* Als promovenda verbonden aan het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.  
([v.tweehuysen@jur.ru.nl](mailto:v.tweehuysen@jur.ru.nl))