Rubriek onder verantwoordelijkheid van de Stichting
www.notarielestichting.nl

Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap

Kan een opstaller een erfpachtrecht vestigen? (I)

1. Inleiding

In de notariële praktijk komt het voor dat een opstaller een erfpachtrecht vestigt. Art. 5:93 lid 1 BW bepaalt dat de erfpachter een ondererfpachtrecht kan vestigen. Op grond van art. 5:104 lid 2 BW, de schakelbepaling die art. 5:93 BW van overeenkomstige toepassing verklaart, staat buiten twijfel dat de opstaller een onderopstalrecht kan vestigen. Maar kan de opstaller ook een erfpachtrecht vestigen? De wet bevat geen bepaling waaruit dit expliciet blijkt. In de praktijk bestaat dan ook onzekerheid over deze vraag. Die onzekerheid leidt tot complicaties als de erfpachter zijn erfpachtrecht wil verhypothekeren.

Bij het vestigen van een hypotheekrecht is een notaris ten behoeve van Nederlandse banken verplicht een notarisverklaring af te geven. Hierin verklaart de notaris onder andere dat hij zich ervan heeft overtuigd dat het hypotheekrecht rechtsgeldig is verleend.[1] De praktijk laat zien dat sommige notarissen terughoudend zijn om de notarisverklaring af te geven als het gaat om een te verhypothekeren erfpachtrecht dat door een opstaller is gevestigd. Het belangrijkste bezwaar van deze notarissen is dat een expliciete wettelijke basis ontbreekt. Ook zien wij dat banken geen risico willen lopen dat hun hypotheekrecht wordt gevestigd op een nietig erfpachtrecht.

In deze bijdrage onderzoeken wij of een opstaller een erfpachtrecht kan vestigen. Onze bijdrage is als volgt opgebouwd:

- stapelen van beperkte rechten (par. 2);
- vestigen van beperkte zakelijke rechten door de opstaller (par. 3);
- standpunten in de literatuur over kruislings stapelen (par. 4);
- conversie van een erfpachtrecht in een onderopstalrecht (par. 5);
- de notariële praktijk (par. 6).

Afsluitend volgen onze conclusie en een aanbeveling (par. 7).

2. Stapelen van beperkte rechten

2.1 Beperkte rechten

Ons Burgerlijk Wetboek kent zes beperkte rechten. De rechten van vruchtgebruik, pand en hypotheek zijn in Boek 3 BW geregeld. Boek 3 BW heeft de titel ‘Vermogensrecht in het algemeen’. De rechten van erfdienstbaarheid, erfpacht en opstal zijn in Boek 5 BW geregeld. De titel van Boek 5 BW is ‘Zakelijke rechten’. De in Boek 3 BW geregelde beperkte rechten kunnen zowel op zaken als op vermogensrechten worden gevestigd. De in Boek 5 BW geregelde beperkte rechten kunnen enkel op zaken worden gevestigd. Beperkte rechten die op een zaak zijn gevestigd, worden ook wel beperkte zakelijke rechten genoemd.[2]

2.2 Stapelverbod voor beperkte zakelijke rechten

Met ‘stapelen van beperkte rechten’ wordt de situatie bedoeld dat een beperkt recht wordt bezwaard met een ander beperkt recht.[3] Zo kan bijvoorbeeld de opstaller een hypotheekrecht vestigen op zijn opstalrecht. Het hypotheekrecht wordt dan ‘gestapeld’ op het opstalrecht.

Een zaak is een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object (art. 3:2 BW). Een beperkt recht is geen stoffelijk object en dus geen zaak.

1. Zie over de notarisverklaring Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI 2024/350; Huijgen, *Hypotheek* (Mon. BW nr. 12b), 2023/10.
2. Vgl. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/36-37; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/26.
3. Zie over het stapelen van beperkte rechten Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/10, Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/9 en T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2007, p. 367 e.v.

Een beperkt recht is een vermogensrecht (art. 3:6 BW). Omdat de in Boek 5 BW geregelde beperkte rechten slechts op zaken kunnen worden gevestigd, kunnen zij niet op een beperkt recht worden gevestigd. Dit wordt in de literatuur als het 'stapelverbod' aangeduid.[4] Zo kan bijvoorbeeld de erfpachter geen ondererfpachtrecht vestigen op zijn erfpachtrecht. Een ondererfpachtrecht kan dus niet worden 'gestapeld' op een erfpachtrecht.

2.3 Constructie Beekhuis

Bij de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 heeft de wetgever de behoefte van de praktijk onderkend dat de erfpachter en de opstaller (gerechtigden tot een beperkt zakelijk recht) op hun beurt ook een beperkt zakelijk recht (erfdienstbaarheid, erfpachtrecht en opstalrecht) moesten kunnen vestigen. Dit heeft de wetgever mogelijk gemaakt met de 'constructie Beekhuis'. Deze houdt in dat de erfpachter en de opstaller een beperkt zakelijk recht kunnen vestigen op het perceel van de grondeigenaar, in plaats van op hun beperkte recht. De constructie is vernoemd naar de Groningse hoogleraar J.H. Beekhuis, regeringscommissaris voor Boek 5 BW.[5] We vinden haar onder andere terug in art. 5:84 lid 1 BW en art. 5:93 lid 1 BW.

Met de constructie Beekhuis haalt de wetgever in art. 5:84 lid 1 BW als het ware een truc uit: hij laat de erfpachter en de opstaller de erfdienstbaarheid vestigen op het perceel grond van de grondeigenaar (de zaak), terwijl de erfpachter en de opstaller niet gerechtigd zijn tot dit perceel. Ook in art. 5:93 lid 1 BW kiest de wetgever voor de constructie dat de erfpachter het ondererfpachtrecht vestigt op het perceel van de grondeigenaar, terwijl de erfpachter daarvan geen eigenaar is.

Bij het ontwerp van het Burgerlijk Wetboek ging Meijers – de grondlegger van ons Burgerlijk Wetboek – ervan uit dat in de praktijk geen behoefte bestond aan het stapelen van beperkte zakelijke rechten.[6] Wij vermoeden dat Meijers minder goed bekend was met de notariële zakenrechtelijke praktijk, met name wat betreft gemeenten die gronden in erfpacht uitgeven. Toen later bleek dat daaraan wel degelijk behoefte bestond, moest Beekhuis – die als regeringscommissaris was belast met de uitwerking van het ontwerp van Meijers – een constructie bedenken waarmee hij enerzijds aan de systematiek van het Burgerlijk Wetboek kon vasthouden (met een verdeling van de beperkte rechten over Boek 3 en Boek 5 BW) en anderzijds aan de behoeften van de praktijk kon tegemoetkomen.[7] Het resultaat is de constructie Beekhuis.

2.4 Beschikkingsbevoegdheid

De constructie Beekhuis is vanuit goederenrechtelijk perspectief niet zuiver, omdat de beperkt gerechtigde niet gerechtigd is tot het perceel grond (de zaak). Hij kan daarover niet beschikken. De beperkt gerechtigde kan alleen over zijn beperkte recht beschikken.

Dit verschil wordt duidelijk als wordt gekeken naar de gevolgen van beschikkingsonbevoegdheid. Failleert de grondeigenaar (eigenaar van de zaak), dan wordt de grondeigenaar beschikkingsonbevoegd (art. 23 Fw) en valt het perceel grond (de zaak) in de boedel (art. 20 Fw). Ondanks dit faillissement kan de erfpachter nog steeds op grond van art. 5:93 lid 1 BW een ondererfpachtrecht vestigen op het perceel grond.[8] Slechts de erfpachter dient beschikkingsbevoegd te zijn (art. 3:84 lid 1 jo. art. 3:98 BW). Hij verleent door het vestigen van een ondererfpachtrecht bevoegdheden onder het erfpachtrecht aan de ondererfpachter.[9] De wetgever heeft met de constructie Beekhuis de systematiek van het Burgerlijk Wetboek laten prevaleren boven een zuivere goederenrechtelijke benadering.[10]

3. Vestigen beperkte zakelijke rechten door opstaller

3.1 Te onderscheiden zaken

Op grond van art. 5:93 lid 1 BW moet de erfpachter het ondererfpachtrecht op het perceel grond van de grondeigenaar vestigen. Dat spreekt voor zich. Er is immers geen andere zaak waarop het (beperkte zakelijke) ondererfpachtrecht kan worden gevestigd.

4. Vgl. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/9a.
5. Zie over de constructie Beekhuis Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/9a.
6. Zie E.M. Meijers, *WPNR* 1910/2104, p. 205-206.
7. Vgl. A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/2.3.2. Zie ook A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het vermogensrecht* (Mon. BW nr. A1) 2023/2.11.
8. Voor een beslag geldt hetzelfde. Als een schuldeiser van de grondeigenaar op het perceel grond beslag heeft gelegd, dan staat dat er niet aan in de weg dat de erfpachter een ondererfpachtrecht vestigt. Heeft daartegen een schuldeiser van de erfpachter op het erfpachtrecht beslag gelegd, dan geldt dat een daarna gevestigd ondererfpachtrecht niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen (art. 505 lid 2 Rv).
9. Vgl. A. Slaski, 'Stapeling van beperkte rechten op onroerende zaken', *WPNR* 2009/6789, p. 204; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/10.
10. Zie voor kritiek op de constructie Beekhuis o.a. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/36.

Waarop dient de opstaller een beperkt zakelijk recht te vestigen? Op grond van art. 5:101 lid 1 BW is de opstaller eigenaar van de opstallen (gebouwen en werken).[11] De eigendom zelf is niet overdraagbaar; het opstalrecht dat de opstaller de eigendom verleent wel.[12] Omdat de opstaller de eigendom van de opstallen niet kan overdragen (*i.e.* de opstallen zijn niet overdraagbaar), bestaat in de literatuur discussie over de vraag of de opstaller daadwerkelijk eigenaar is van de opstallen, of dat aan de opstaller eigenaarsbevoegdheden toekomen.[13] Wat daarvan ook moge zijn, afgaande op de wettekst is de opstaller eigenaar van de opstal. De opstal is een zaak in de zin van art. 3:2 BW. Dit volgt uit art. 5:20 lid 1 sub e BW en art. 5:101 lid 1 BW. Beide wetsartikelen bespreken wij hierna.

Art. 5:20 lid 1 sub e BW bepaalt dat de "eigendom van de grond omvat, voor zover de wet niet anders bepaalt, gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd […]." Hieruit volgt dat de eigendom van de grond de gebouwen en werken natrekt.[14] Ook blijkt hieruit dat de grond de hoofdzaak is en dat de daarop gerealiseerde gebouwen en werken daarvan een bestanddeel zijn. De gebouwen en werken die worden nagetrokken, zijn dus geen zelfstandige zaak.[15]

Onder de uitzondering 'voor zover de wet niet anders bepaalt' in art. 5:20 lid 1 BW valt het opstalrecht (art. 5:101 BW). Het opstalrecht doorbreekt de natrekking.[16] De opstaller is eigenaar van de gebouwen en werken (art. 5:101 lid 1 BW). Als het opstalrecht de natrekking doorbreekt, moet er sprake zijn van twee zaken: het perceel grond (waarvan de grondeigenaar eigenaar is) en de opstal (waarvan de opstaller eigenaar is). Waarop vestigt de opstaller een erfdienstbaarheid, erfpachtrecht of onderopstalrecht? Kan hij de opstal zelf bezwaren? De opstal is immers ook een zaak. Wij bespreken de drie varianten hierna.

3.2 Vestiging erfdienstbaarheid door opstaller

Art. 5:84 lid 1 BW geeft de opstaller de bevoegdheid het perceel grond van de grondeigenaar te belasten met een erfdienstbaarheid.[17] Er is geen wetsartikel dat bepaalt dat de opstaller de opstal zelf met een erfdienstbaarheid kan belasten. Dat dit wel mogelijk is, blijkt expliciet uit de parlementaire geschiedenis. Hierin staat vermeld:

> *"dat een opstaller niet alleen ten behoeve of ten laste van de zaak waarop zijn recht rust, een erfdienstbaarheid tot stand kan brengen, maar ook ten behoeve of ten laste van de opstal zelf. Dit laatste is in [art. 5:84] lid 1 niet vermeld, aangezien het reeds voortvloeit uit artikel 5.6.1 [art. 5:70 lid 1 BW]: een opstal is immers een onroerende zaak."*[18]

In art. 5:84 lid 3 BW inzake het tenietgaan van erfdienstbaarheden wordt de erfdienstbaarheid gevestigd "door een opstaller ten laste van de opstal" wel genoemd. Dit was nodig omdat anders niet duidelijk zou zijn dat deze erfdienstbaarheid op dezelfde wijze tenietgaat als een erfdienstbaarheid gevestigd door de opstaller ten laste van het perceel grond van de grondeigenaar.

3.3 Vestiging erfpachtrecht door opstaller

Kan de opstaller een erfpachtrecht vestigen? En zo ja, waarop dient dit te worden gevestigd? Omdat de opstaller eigenaar is van de opstal (de zaak) en ten aanzien daarvan bevoegdheden (een zakelijk gebruiksrecht) wil verlenen aan de erfpachter, ligt het voor de hand dat de opstaller niet het perceel grond van de grondeigenaar, maar de opstal zelf belast met het erfpachtrecht. Geheel in lijn met deze gedachte bepaalt de parlementaire geschiedenis:

11. Vgl. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/248: "De opstaller heeft dus een beperkt recht op de grond van een ander, maar daarnaast en daardoor het volledige eigendomsrecht van de opstal." Art. 5:101 lid 1 BW noemt naast gebouwen en werken ook beplantingen.
12. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 355-356 (TM).
13. Zie hierover Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/248a; H.W. Heyman, 'Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller', in: W.G. Huijgen (red.), *2000 jaar eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 19-31; Bartels, Sagaert, Tweehuysen en Vonck in: L.C.A. Verstappen (red.),'Erfpacht en opstal (titels 7 en 8). If it ain't broke, don't fix it', in: *Boek 5 BW van de toekomst: Over vernieuwingen in het zakenrecht* (KNB Preadviezen), Den Haag: Sdu 2016, p. 301-302; F.J. Vonck, 'Eene satire op het eigendomsregt', *WPNR* 2019/7262, p. 847-848.
14. Zie over art. 5:20 lid 1 sub e BW Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/84-86; P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 11 e.v.
15. Vgl. H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties. Koop*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2021, nrs. 7 en 32-34. Een bestanddeel is geen zaak. Vgl. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/65.
16. Vgl. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/248; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019/671.
17. Zie over art. 5:84 lid 1 BW Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/207.
18. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 291 (MvA II). Wij merken op dat de opstal in de kadastrale registratie geen zelfstandige identiteit heeft. Het kadaster onderscheidt op het kadastrale uittreksel alleen het perceel grond en het opstalrecht. Een akte waarbij de opstaller een erfdienstbaarheid ten laste van de opstal vestigt, tekent het kadaster daardoor bij het opstalrecht aan.

> *"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."*[19]

Uit dit citaat blijkt ten eerste dat de opstaller een erfpachtrecht kan vestigen. Het is evident dat de wetgever deze structuur toelaat. Ten tweede blijkt uit het citaat dat het mogelijk is dat de opstaller het erfpachtrecht op de opstal vestigt.

Met Struycken[20] en Mollema[21] zijn wij van mening dat de bevoegdheid rechtstreeks op art. 3:81 lid 1 BW kan worden gebaseerd. Dit artikel bepaalt dat hij "aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, […] binnen de grenzen van dat recht de in de wet genoemde beperkte rechten [kan] vestigen." De opstaller heeft een zelfstandig en overdraagbaar recht (het opstalrecht). Omdat het zakelijke erfpachtrecht vanwege de systematiek van het Burgerlijk Wetboek niet op het opstalrecht kan worden gevestigd, biedt de wetgever de opstaller de mogelijkheid de opstal in erfpacht uit te geven.[22] De opstaller is eigenaar van de opstal (art. 5:101 lid 1 BW).[23] De opstal is een zaak (art. 3:2 BW). Erfpacht is het zakelijk recht om eens anders onroerende zaak (de opstal van de opstaller) te gebruiken. Zolang de erfpachtvoorwaarden aan de erfpachter niet meer bevoegdheden toekennen dan de opstaller op grond van de opstalvoorwaarden jegens de grondeigenaar heeft, is voldaan aan de voorwaarde dat de opstaller het erfpachtrecht binnen de grenzen van zijn opstalrecht vestigt. De opstaller handelt dan binnen de kaders van het *nemo plus*-beginsel.

Het is jammer dat de wetgever de vestiging van een erfpachtrecht door de opstaller niet van een wettelijke regeling heeft voorzien, maar heeft volstaan met de opmerking dat een "afzonderlijk gebouw dat ten gevolge van een recht van opstal voorwerp van afzonderlijke eigendom is" in erfpacht kan worden uitgegeven. De bevoegdheid van de opstaller een erfdienstbaarheid ten laste van de opstal te vestigen, trekt niemand in twijfel, ondanks dat ook die bevoegdheid – net als de bevoegdheid van de opstaller de opstal in erfpacht uit te geven – niet in de wet (art. 5:84 lid 1 BW) is geregeld, maar uitsluitend blijkt uit de wetsgeschiedenis. Omdat art. 5:84 lid 3 BW inzake het tenietgaan van erfdienstbaarheden wel expliciet de erfdienstbaarheid gevestigd "door een opstaller ten laste van de opstal" noemt, worden eventuele twijfels weggenomen. Als de wetgever ergens in Boek 5 BW over een door de opstaller gevestigd erfpachtrecht had gesproken, dan had ook hier niemand getwijfeld aan de bevoegdheid van de opstaller een erfpachtrecht te vestigen.

Het ontbreken van een regeling in Boek 5 BW over de vestiging van een erfpachtrecht door de opstaller is er vermoedelijk op terug te voeren dat Meijers minder goed bekend was met de notariële zakenrechtelijke praktijk. Wij gaan ervan uit dat de wetgever heeft gemeend dat het expliciet noemen van deze mogelijkheid in de wetsgeschiedenis volstond voor de notariële praktijk.

(Wordt vervolgd)

Mr. dr. M.M.G.B. van Drunen*
Mr. C.A.J. Vos**

19. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 300 (TM).
20. Vgl. T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2007, p. 378-379.
21. A.F. Mollema, *Het beperkte recht* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 203.
22. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 300 (TM).
23. In beginsel is (het eigendomsrecht op) de opstal niet vatbaar voor beschikkingshandelingen, zoals het vestigen van beperkte rechten (vgl. par. 3.5). De wetgever maakt hierop een uitzondering voor de bevoegdheid van de opstaller de opstal in erfpacht uit te geven en ten laste van de opstal een erfdienstbaarheid te vestigen.

* Notaris te Amsterdam en verbonden aan het Molengraaf Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht.
(maxvandrunen@eversheds-sutherland.com)
** Kandidaat-notaris te Amsterdam.
(carolinevos@eversheds-sutherland.com)