

De flexibiliteit van het recht van erfpacht

Omslagontwerp: Haagsblauw, Den Haag

© 2013 F.J. Vonck | Boom Juridische uitgevers

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprerecht.nl](http://www.reprerecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 978-90-8974-778-5

NUR 822

[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN

# **De flexibiliteit van het recht van erfpacht**

**Proefschrift**

ter verkrijging van het doctoraat in de  
Rechtsgeleerdheid  
aan de Rijksuniversiteit Groningen  
op gezag van de  
Rector Magnificus, dr. E. Sterken,  
in het openbaar te verdedigen op  
donderdag 6 juni 2013  
om 16.15 uur

door

Fokke Jan Vonck

geboren op 26 februari 1984  
te Sneek

Promotores: Prof. mr. L.C.A. Verstappen  
Prof. mr. A.A. van Velten

Beoordelingscommissie: Prof. mr. S.E. Bartels  
Prof. mr. D.A. Lubach  
Prof. mr. H.D. Ploeger

## Inhoudsopgave

<b>I</b>	<b>Inleiding en verantwoording</b>	<b>1</b>
1.	Algemeen	1
2.	Probleemstelling	3
3.	Methode en plan van aanpak	3
<b>II</b>	<b>Moderne functies van erfpacht</b>	<b>7</b>
1.	Inleiding	7
2.	Uitgifte door de gemeentelijke overheid	9
2.1.	Algemeen	9
2.2.	De ontwikkeling van stedelijke erfpacht tot 1989	11
2.3.	De ontwikkeling van stedelijke erfpacht sinds 1990	14
3.	Uitgifte door natuurbeschermingsorganisaties	17
4.	Uitgifte door de Rijksoverheid	18
4.1.	Algemeen	18
4.2.	Erfpacht in de polders	19
4.3.	Erfpacht op auto(snel)weglocaties	23
5.	Uitgifte door woningcorporaties	24
5.1.	Inleiding	24
5.2.	De twee te bespreken varianten	25
5.3.	Enkele civielrechtelijke aspecten van de besproken varianten	27
5.3.1.	<i>De a-variant: de overdrachtsbeperking in de erfpachtverhouding</i>	27
5.3.2.	<i>De b-variant: de verhouding tussen het erfpacht- en het opstalrecht</i>	33
5.3.3.	<i>Nogmaals de b-variant: toepassing van de TWHOZ?</i>	34
5.4.	Fiscale vraagstukken	36
5.4.1.	<i>Behandeling voor de omzet- en overdrachtsbelasting</i>	36
5.4.2.	<i>Behandeling voor de eigenwoningregeling van de Wet IB 2001</i>	37
6.	Uitgifte door beleggers in onroerend goed	39
6.1.	Algemeen	39
6.2.	Agrarische erfpacht	40
6.3.	Particuliere erfpacht voor woningen	42
6.3.1.	<i>Algemeen</i>	42

6.3.2. <i>Particuliere erfpacht in de traditionele erfpachtgebieden</i>	43
6.3.3. <i>Particuliere erfpacht als bijzondere financieringsstructuur</i>	46
7. Uitgifte met het oog op parkmanagement	48
7.1. Inleiding	48
7.2. Het gebruik van erfpacht in combinatie met andere rechtsfiguren	49
7.2.1. <i>Algemeen</i>	49
7.2.2. <i>Erfpacht en mandeligheid</i>	50
7.2.3. <i>Erfpacht en opstal</i>	52
7.3. Het gebruik van erfpacht bij ‘normaal’ parkbeheer	54
7.4. Het gebruik van erfpacht in geval van meervoudig grondgebruik	57
7.4.1. <i>Algemeen</i>	57
7.4.2. <i>De zelfstandigheid van het rechtsobject bij opstal</i>	59
7.4.3. <i>De zelfstandigheid van het rechtsobject bij erfpacht</i>	64
8. Conclusie	65
<b>III Erfpacht en de doorkruising van het publiekrecht</b>	<b>69</b>
1. Inleiding	69
2. Grenzen van de contracteerbevoegdheid van de overheid	71
2.1. <i>Algemeen</i>	71
2.2. De eis van een wettelijke grondslag voor overheidshandelen	72
2.2.1. <i>De functies van de legaliteitseis</i>	72
2.2.2. <i>Aantasting van de burgerlijke vrijheid in het civiele recht</i>	75
2.3. De gebondenheid van de overheid aan de geest van de wetgeving	77
2.4. De aanspraak op bestuursrechtelijke rechtsbescherming	79
2.5. Tot slot	81
3. Overheidsprivaatrecht in de rechtspraak	81
3.1. Inleiding	81
3.2. Het overheidsprivaatrecht vóór 1990	82
3.3. De arresten Windmill, De Pina/Helmond en Lelystad	85
3.4. Het overheidsprivaatrecht na Windmill	88
3.4.1. <i>Algemeen</i>	88
3.4.2. <i>Regulering van bevoegdheden ten aanzien van grond</i>	89
3.4.3. <i>Vergoedingen voor geleverde diensten en gemaakte kosten</i>	93
3.4.4. <i>Bescherming van de belangen van de betrokken burgers</i>	95
3.4.5. <i>Het vergelijkbare resultaat</i>	97

3.4.6. <i>Analyse</i>	99
4. De juridische ruimte voor overheidserfpacht	101
4.1. Inleiding	101
4.2. Regulering van het gebruik van grond	102
4.3. Vergoedingen voor het gebruik van de grond	103
4.4. Beperking van de bevoegdheid tot overdracht en splitsing van de erfpacht	106
4.5. Opzegging van de erfpacht om redenen van algemeen belang	107
5. Conclusie	110
<b>IV De zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden</b>	<b>113</b>
1. Inleiding	113
2. Erfpacht in de oudheid	114
3. De situatie tot en met 1820	116
4. De erfpachtwet van 1825 en het BW van 1838	118
4.1. De wet van 1825	118
4.2. Het BW van 1838	121
5. Ontwikkelingen in het rechtssysteem tot 1905	121
6. De partijvrijheid na Blaauboer/Berlips	123
6.1. Algemeen	123
6.2. De literatuur tot 1977: partijvrijheid onder het BW(oud)	124
6.2.1. <i>De opvatting van Reepmaker</i>	124
6.2.2. <i>De opvatting van Suijling</i>	125
6.2.3. <i>De preadviezen van 1957: Plantenga en Treurniet</i>	126
6.2.4. <i>Na 1965: Van Opstall versus Beekhuis</i>	128
6.3. Het oordeel van de Hoge Raad in 1977	131
6.4. De invoering van het nieuwe BW	133
6.5. De literatuur over de partijvrijheid onder het huidige BW	135
6.5.1. <i>Terug naar de opvatting van De Jong</i>	135
6.5.2. <i>De preadviezen van 1995: Van Velten en Huijgen</i>	136
6.5.3. <i>De opvatting van Pleysier</i>	138
6.5.4. <i>De opvatting van Struycken</i>	138
6.6. Tot slot	139
7. De ruimte voor partijvrijheid en de aard van de rechtsfiguur	141
8. De ruimte voor partijvrijheid in het systeem van het recht	145
8.1. Algemeen	145
8.2. De plaats van het beperkte recht in het systeem	145
8.2.1. <i>Het beperkte recht als afsplitsing van een meer omvattend recht?</i>	145
8.2.2. <i>De relatie tussen de grondeigenaar en de erfpachter</i>	147
8.2.3. <i>Het beperkte recht en de diepte van het vaarwater</i>	152

8.3. De ratio van het gesloten systeem van beperkte rechten	156
8.3.1. <i>Algemeen</i>	156
8.3.2. <i>Doorkruising van rechtspolitieke doelstellingen?</i>	157
8.3.3. <i>Doorkruising van rechtseconomische doelstellingen?</i>	160
8.3.4. <i>Doorkruising van de standaardisatie?</i>	162
9. Synthese	163
10. Conclusie	166
<b>V Wijziging en verlenging van erfpachtverhoudingen</b>	<b>169</b>
1. Inleiding	169
2. De bijzondere relatie tussen de erfpachter en de bloot eigenaar	170
2.1. Het uitgangspunt	170
2.2. Beperkingen: de verhouding tussen de erfpachter en de bloot eigenaar	172
2.2.1. <i>De werking van de redelijkheid en billijkheid</i>	172
2.2.2. <i>De algemene-voorwaardenregeling</i>	175
2.2.3. <i>Uitleg van rechtsverhoudingen</i>	178
2.2.4. <i>Tussenconclusie</i>	183
2.3. Beperkingen: de positie van derden	184
3. Verschillende soorten van wijzigingen	185
3.1. Toestemming voor verboden of onmogelijke handelingen	185
3.1.1. <i>Een eenzijdige rechtshandeling met goederenrechtelijke werking</i>	185
3.1.2. <i>Het belang van de toestemming binnen erfpachtrelaties</i>	189
3.1.3. <i>Het effect van de toestemming op de rechtsposities van derden</i>	191
3.2. Andersoortige wijzigingen van de vestigingsvoorwaarden	191
3.2.1. <i>Algemeen</i>	191
3.2.2. <i>Gedeeltelijke afstand gecombineerd met een aanvullende vestiging</i>	192
3.2.3. <i>Toepassing van de bestaande vestigingsvoorwaarden</i>	194
3.2.4. <i>Afbakening tussen beide varianten</i>	194
3.2.5. <i>Plicht tot inschrijving van wijzigingen in de openbare registers?</i>	201
3.3. Opnieuw: beperkingen van de flexibiliteit in het belang van derden	202
4. Heruitgifte en verlenging	203
4.1. Algemeen	203
4.2. De duur van erfpachtverhoudingen	205
4.2.1. <i>Erfpacht voor bepaalde tijd</i>	205
4.2.2. <i>Erfpacht voor onbepaalde tijd</i>	206



4.2.3. <i>Eeuwigdurende erfpacht</i>	206
4.2.4. <i>Voortdurende erfpacht</i>	207
4.2.5. <i>Onderscheid tussen de figuren</i>	207
4.3. De gedragsnormen bij heruitgifte na een erfpacht voor bepaalde tijd	208
4.3.1. <i>Algemeen</i>	208
4.3.2. <i>De problematiek van de verlenging en heruitgifte</i>	209
4.3.3. <i>Rechterlijke toetsing van marktevenwicht</i>	211
4.3.4. <i>De rol van deskundigen bij heruitgifte</i>	216
5. <i>Imprévision</i>	223
5.1. <i>Inleiding</i>	223
5.2. <i>Wanneer zijn omstandigheden ‘onvoorzien’?</i>	225
5.3. <i>Hoe te bepalen of omstandigheden onvoorzien zijn?</i>	226
5.4. <i>De aard van de onvoorziene omstandigheden</i>	227
5.5. <i>De vorm van wijziging van de vestigingsakte</i>	229
5.6. <i>Overgangsrecht</i>	230
6. <i>Conclusie</i>	232
<b>VI Beëindiging van erfpachtverhoudingen</b>	<b>235</b>
1. <i>Inleiding</i>	235
2. <i>De opzegging door de grondeigenaar</i>	236
2.1. <i>Beëindiging van de erfpacht onder het BW(oud)</i>	236
2.2. <i>De parlementaire voorgeschiedenis van art. 5:87 BW</i>	239
2.3. <i>De opzegging wegens tekortschieten van de erfpachter</i>	242
2.3.1. <i>Algemeen</i>	242
2.3.2. <i>Welke verplichtingen?</i>	242
2.3.3. <i>Een ernstige mate van tekortschieten: subsidiariteitseisen</i>	244
2.3.4. <i>Een ernstige mate van tekortschieten: proportionaliteitseisen</i>	249
2.3.5. <i>Een ernstige mate van tekortschieten: partijvrijheid?</i>	250
2.3.6. <i>Een ernstige mate van tekortschieten: jurisprudentie</i>	252
2.3.7. <i>Opzegging wegens verzuim de canon te betalen</i>	259
2.3.8. <i>Nakoming door beperkt gerechtigden</i>	260
2.4. <i>Opzegging om andere redenen dan wegens tekortschieten</i>	263
3. <i>Opzegging door de erfpachter</i>	266
4. <i>Formaliteiten bij de opzegging</i>	268
5. <i>Vergoedingen bij het einde van de erfpacht</i>	270
5.1. <i>Algemeen</i>	270
5.2. <i>De vergoeding van art. 5:87 lid 2 BW</i>	271
5.3. <i>De vergoeding van art. 5:99 BW</i>	275
5.4. <i>De verhouding tussen beide vergoedingsrechten</i>	275

6. Overgangsrecht	277
6.1. Algemeen	277
6.2. Opzegging door de erfverpachter	279
6.3. Opzegging door de erfpachter	281
7. Voorstel tot wetwijziging	281
8. Conclusie	284
<b>VII Conclusie en samenvatting</b>	<b>287</b>
<b>Summary</b>	<b>295</b>
<b>Literatuurlijst</b>	<b>303</b>
<b>Jurisprudentieregister</b>	<b>329</b>

# I Inleiding en verantwoording

## 1. Algemeen

Op 12 mei 1931 verdedigt Reepmaker zijn dissertatie *Het recht van erfpacht* aan de Leidse universiteit.<sup>1</sup> Het is de laatste keer dat er een Nederlandse jurist promoveert op een onderzoek naar erfpacht. Deze rechtsfiguur is op dat moment vooral populair onder gemeenten. Nadat Amsterdam in 1896 het besluit neemt voortaan alle grond in erfpacht uit te geven, volgen verschillende andere gemeenten het voorbeeld van de hoofdstad. Met deze wijze van gronduitgifte beoogt men de invloed van het gemeentebestuur op het gebruik van de grond te verstevigen en wil men de waardeestijging van de grond – bijvoorbeeld als gevolg van een verandering van de grondbestemming – aan de gemeenschap laten toekomen.

Na het verschijnen van Reepmakers proefschrift neemt het aantal erfpachtgemeenten nog enige tijd toe, tot er dertien gemeenten zijn die hun grond als regel in erfpacht uitgeven, halverwege de jaren tachtig.<sup>2</sup> Sindsdien boet de gemeentelijke erfpacht aan populariteit in.<sup>3</sup> Inmiddels kent alleen nog Amsterdam een traditioneel erfpachtstelsel, waarin beide genoemde doelen ten volle worden nagestreefd. Ook Utrecht geeft haar grond in beginsel uit in erfpacht, maar daar vloeit de reguliere grondwaardeestijging niet meer toe naar de gemeenschap: alleen de waardeestijging die het gevolg is van een wijziging van het toegelaten gebruik van de grond wordt door de gemeente afgeroomd. Voor het overige kunnen Utrechtse erfpachters hun canonverplichting voor de gehele toekomst ineens afkopen. In andere plaatsen wordt erfpacht alleen of voornamelijk gebruikt in bijzondere gevallen. Zo hanteert de Gemeente Den Haag de rechtsfiguur nog in gebieden waar op korte of middellange termijn herontwikkelingen worden verwacht en wordt erfpacht in Rotterdam in bijzondere gevallen gebruikt om de bouw te stimuleren.

---

<sup>1</sup> Reepmaker 1931.

<sup>2</sup> De Jong 1984a.

<sup>3</sup> Zie recent nog Nelisse 2008, p. 38 e.v., die tot de conclusie komt dat er nog maar drie gemeenten zijn (Amsterdam, Den Haag en Utrecht) die hun grond als regel in erfpacht uitgeven. Daarbij moet worden aangetekend dat hij de cijfers presenteert zoals deze blijken uit een in 2007 verricht onderzoek. Nadien is echter ook de Gemeente Den Haag afgestapt van het uitgangspunt alle grond in erfpacht uit te geven. Het aantal erfpachtgemeenten is al met al sterk teruggelopen sinds het in de vorige noot vermelde onderzoek van De Jong en haar vervolgonderzoek in 1994. Op dat moment waren er in totaal acht gemeenten die alle grond in erfpacht uitgaven. Zie De Jong, Pluijmers & De Wolff 1995, p. 547.

De belangrijkste oorzaak voor het teruglopen van het aantal gemeenten dat erfpacht als standaardvorm van gronduitgifte gebruikt lijkt te zijn gelegen in de maatschappelijke aversie tegen gemeentelijke erfpacht, in het bijzonder vanwege de vaak omvangrijke verhogingen van de periodieke erfpachtcanon die de grondgebruikers van tijd tot tijd ten deel vallen. “Canonkanjer valt op 1055 DD”, kopt *De Telegraaf* nog op 6 april 2012 bij een artikel waarin beschreven wordt hoe erfpachters in de Amsterdamse Merlijnstraat zich bestolen voelen door ‘de landadel van de Stopera’, die in de nabije toekomst een canon in rekening brengt die bijna veertien keer zo hoog is als het bedrag dat tot dan toe verschuldigd is.

Behalve de maatschappelijke aversie tegen het erfpachtsysteem, kan als oorzaak voor het teruglopende aantal erfpachtgemeenten worden genoemd dat de met erfpacht nagestreefde beleidsdoelen steeds vaker met publiekrechtelijke besluitvorming kunnen worden gerealiseerd. Erfpacht is daardoor niet alleen minder vaak nodig, gebruik van de rechtsfiguur is de gemeente daardoor ook in minder vergaande mate toegestaan.<sup>4</sup>

Dat erfpacht onder gemeenten niet erg populair meer is betekent niet dat het belang van de rechtsfiguur beperkt is. Steeds vaker ontdekken bijvoorbeeld private partijen dat erfpacht een functie kan vervullen bij de verwezenlijking van hun doelen. Dat blijkt zelfs in de hoofdstad, waar de enkeling die grond in eigendom heeft kunnen verwerven zijn grond graag in erfpacht uitgeeft met hetzelfde financiële motief als de gemeente. Materieel vertonen deze rechten grote gelijkenis met de gemeentelijke erfpachtrechten. In zekere zin geldt dat ook voor erfpachtverhoudingen die gevestigd worden door organisaties als Staatsbosbeheer en Natuurmonumenten. Zij geven grond in natuurgebieden in erfpacht uit ter bewoning, om invloed te houden op het gebruik van die gronden en om zich te verzekeren van een min of meer constante geldstroom. Deze motieven lijken sterk op de door gemeenten nagestreefde doelen, zij het dat de inhoud van de gebruiksbepalingen vaak anders zal zijn.

Meer van de stedelijke erfpacht verschilt het gebruik van de rechtsfiguur als zuivere financieringsvorm: zowel in de agrarische als in de stedelijke gebieden wordt erfpacht gebruikt als vehikel voor een (fiscaal) aantrekkelijke vorm van ‘sale and lease back’. In de financieringssfeer kunnen ook de erfpachtrechten worden geplaatst die woningcorporaties aanbieden aan hun huurders. De kern van die rechtsverhoudingen bestaat uit een goederenrechtelijk werkend anti-speculatiebeding dat moet voorkomen dat de kopers misbruik maken van het feit dat zij de woning kunnen kopen voor een prijs beneden de marktwaarde.

Weer een andere variant komen we tegen op Schiphol. De luchthaven geeft haar gronden als regel uit in tijdelijke erfpacht, waarbij het voornaamste motief

---

<sup>4</sup> Zie hierna in Hoofdstuk III.

is dat de terreinen na een bepaalde periode weer in volle eigendom komen van Schiphol Real Estate. Op die manier is herontwikkeling van het gebied eenvoudig mogelijk.

## **2. Probleemstelling**

In al deze verschillende varianten bevatten de erfpachtvoorwaarden bepalingen die specifiek zijn toegesneden op de functie die de rechtsfiguur in het betreffende geval vervult. Erfpacht kan worden gekarakteriseerd als een gebruiksrecht dat met uiteenlopende doelen en onder sterk van elkaar verschillende voorwaarden wordt gevestigd. Tegelijk lijkt het wettelijke regime dat op de rechtsfiguur van toepassing is sinds de verschijning van Reepmakers dissertatie strenger te zijn geworden: het recht biedt bijvoorbeeld zowel de erfpachter als derdenbelanghebbenden bescherming tegen ongebreideld gebruik van privaatrechtelijke arrangementen door de overheid (HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393). Ook een bepaling als art. 782 BW(oud) – dat in algemene zin toestaat dat wordt afgeweken van alle overige regelingen in de erfpachttitel – ontbreekt in het vigerende BW en bovendien geniet de erfpachter onder het huidige regime dwingendrechtelijke bescherming tegen vroegtijdige beëindiging van zijn recht (art. 5:87 BW).

Deze veranderingen rechtvaardigen een onderzoek naar de juridische mogelijkheden om het gebruik en de financiering van grond met behulp van het recht van erfpacht te reguleren. In dit onderzoek wordt op een aantal terreinen gezocht naar de kaders waarbinnen moet worden beoordeeld of en in hoeverre het recht van erfpacht geschikt is als vehikel voor dergelijke regulering. Kortom, in dit proefschrift staat de vraag centraal naar de functionaliteit en flexibiliteit van het recht van erfpacht onder het huidige (civiele) recht. Ook het verwante recht van opstal zal daarbij herhaaldelijk ter sprake komen.

## **3. Methode en plan van aanpak**

Het antwoord op die vraag zoek ik aan de hand van de wet(sgeschiedenis), de literatuur en de rechtspraak. Daarmee is sprake van een traditioneel rechtswetenschappelijke studie. Ik heb bewust afgezien van rechtsvergelijkend onderzoek. De flexibiliteit en functionaliteit van het recht van erfpacht kunnen namelijk niet los worden gezien van de plaats die de rechtsfiguur inneemt in het Nederlandse rechtssysteem, in het grensgebied van enerzijds het publiek- en het privaatrecht en van anderzijds het verbintenissen- en het goederenrecht. Goed rechtsvergelijkend onderzoek zou alleen mogelijk zijn wanneer al deze deelgebieden daarin ook voor het buitenlandse recht op grondige wijze betrokken zouden worden, terwijl – gelet op de grote verschillen die op elk van de vier rechtsgebieden met het Nederlandse recht kunnen bestaan – dan nog de vraag is in hoeverre daarvan vruchtbare resultaten te verwachten zijn. In plaats van een dergelijk omvangrijke

studie ‘over de grens’, leek het nuttiger de volledige aandacht te richten op de positie van het erfpachtrecht in het Nederlandse systeem.

Het onderzoek is opgedeeld in vijf onderdelen. In het eerste onderdeel (hoofdstuk II) wordt een aantal praktische toepassingsvormen van erfpacht nader onder de loep genomen. Dit deel is in de eerste plaats bedoeld om de maatschappelijke relevantie van het gekozen onderwerp nader aan te tonen. Daarenboven geeft het hoofdstuk de lezer een beeld van de meer praktische randvoorwaarden voor een goed werkend erfpachtstelsel: duidelijk zal worden dat een door de erfverpachter gewenste regeling in veel gevallen niet zozeer problematisch is omdat het recht niet zou toestaan haar in de vestigingsakte op te nemen, maar veeleer omdat daaraan te grote praktische bezwaren kleven. Aan de hand van de diverse toepassingsgebieden wordt in dit eerste onderdeel ook in kaart gebracht waar interessante juridische vragen spelen in samenhang met de functionaliteit en flexibiliteit van het erfpachtrecht. Over het algemeen zijn dat vragen die verderop in het boek uitgebreider aan bod komen. Soms echter, wordt de ruimte voor het gebruik van de rechtsfiguur beïnvloed door bijzondere wetgeving op een specifiek terrein. Zo beperkt de regeling in de Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken (TWHOZ) de mogelijkheid om erfpacht te gebruiken als financieringsstructuur in de sociale woningbouw<sup>5</sup> en begrenst art. 7:399d BW (voorheen art. 59 Pachtwet) de ruimte om erfpacht te gebruiken voor agrarische doelen<sup>6</sup>. In die gevallen zal in hoofdstuk II afzonderlijk aandacht worden besteed aan die bijzondere regelingen.

In het tweede onderdeel van dit proefschrift (hoofdstuk III) besteed ik aandacht aan de overheidserfpacht. Het gaat daarbij in het bijzonder om de vraag in hoeverre de overheid, met name de gemeentelijke, het erfpachtrecht kan en mag hanteren als beleidsinstrument. Het is de vraag in hoeverre de maatschappelijke positie van de overheid die ruimte inperkt of zou moeten inperken. De Hoge Raad heeft daarover in de laatste decennia diverse uitspraken gedaan. In het algemeen valt daarbij op dat hij de overheid slechts in beperkte mate toestaat gebruik te maken van haar privaatrechtelijke bevoegdheden. De privaatrechtelijke ruimtelijke ordening vormt echter een vreemde eend in die bijt: civielrechtelijke bestemmingsbeperkingen worden, ondanks het bestaan van een publiekrechtelijke regeling in de Wet op de ruimtelijke ordening, steeds toelaatbaar gevonden.<sup>7</sup> Onderzocht wordt of het terecht is dat de rechtspraak zich in het algemeen zo kritisch opstelt en in hoeverre de bijzondere positie van het grondbeleid daarin kan worden gerechtvaardigd. Vervolgens ga ik na in hoeverre het erfpachtrecht nog een functie kan vervullen bij de verwezenlijking van beleidsdoelen van verschillende overheidslichamen.

---

<sup>5</sup> Zie o.a. Vonck 2007b, p. 1045-1046.

<sup>6</sup> Zoals reeds uitgebreid besproken in Vonck 2008.

<sup>7</sup> Zie HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 691 en HR 24 december 2004, *NJ* 2007, 58.

In hoofdstuk IV sta ik stil bij de vraag naar de zakelijke werking van de erfpachtvoorwaarden. In dat hoofdstuk wordt, tegen de achtergrond van het gesloten systeem van beperkte rechten, onderzocht welke ruimte binnen het goederenrecht bestaat om partijafspraken onderdeel te maken van het zakelijke recht van erfpacht. Die vraag is van betekenis, met name sinds de Hoge Raad op 3 maart 1905 (Blaauboer/Berlips) heeft geoordeeld dat goederenrechtelijke rechten slechts kunnen bestaan wanneer de wet ze als zodanig noemt.<sup>8</sup> Dit uitgangspunt, dat thans verankerd is in art. 3:81 lid 1 BW, staat in de weg aan een onbegrensde ruimte om een eigen invulling te geven aan de in de wet genoemde rechten, maar neemt, zowel volgens de wetgever in de parlementaire geschiedenis<sup>9</sup> als volgens ons hoogste rechtscollege<sup>10</sup>, zulke ruimte niet geheel weg. In hoofdstuk IV wordt de historische aard van het erfpachtrecht nader onder de loep genomen om vervolgens, in het licht van de doelstellingen van het gesloten systeem van het goederenrecht, te beoordelen hoe de grenzen van de partijvrijheid getrokken zouden moeten worden.

In het hoofdstuk V worden dan de verlengings- en wijzigingsmogelijkheden aan de orde gesteld. Waar in het vierde hoofdstuk de toepassingsmogelijkheden van de rechtsfiguur als zodanig zijn onderzocht, komt in dit onderdeel dus de flexibiliteit van een individuele erfpachtverhouding aan bod: in hoeverre kunnen erfpachtrechten worden gevestigd met voorzieningen die mogelijk maken dat de erfpachtverhouding aangepast kan worden wanneer veranderde omstandigheden daartoe aanleiding geven? Kortom, in hoeverre kunnen individuele erfpachtverhoudingen bestand zijn tegen de ‘tand des tijds’? In dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij de ‘starheid’ die goederenrechtelijke rechten traditioneel wordt toegedicht en besteed ik uitgebreid aandacht aan de juridische complicaties die gemoeid zijn met een wijziging van de erfpachtverhouding. Ook komt in dit onderdeel de heruitgifte na afloop van een tijdelijke erfpacht aan bod: in hoeverre moet de grondeigenaar zich laten leiden door de wensen en belangen van de (gewezen) erfpachter in de onderhandelingen over het al dan niet voortzetten van hun erfpachtrelatie en over de voorwaarden waaronder heruitgifte mogelijk is?

In hoofdstuk VI komt ten slotte de beëindiging van erfpachtrechten aan bod. De daadwerkelijke mogelijkheden om het gebruik van grond en de financiering van grondgebruik met erfpacht te regelen, zijn sterk afhankelijk van de ruimte die de wetgeving laat om de erfpacht te beëindigen wanneer de erfpachter zich niet aan de erfpachtvoorwaarden houdt of wanneer de grondeigenaar het terrein voor een ander doel wil gebruiken dan het doel waarvoor de grond in erfpacht is uitgegeven. De wettelijke regeling over de beëindiging is onder het huidige recht

---

<sup>8</sup> HR 3 maart 1905, *W* 1905, 8191.

<sup>9</sup> PG Boek 5, p. 296 e.v.

<sup>10</sup> O.a. HR 16 maart 1977, *NJ* 1977, 399.

echter bijzonder warrig. Dit is het gevolg van een in het wetgevingsproces gezocht compromis tussen enerzijds een flexibele beëindigingsregeling en anderzijds bescherming van de erfpachter tegen een al te lichtzinnige opzegging door de grondeigenaar. Onderzocht wordt in hoeverre de ingevoerde regeling uiteindelijk recht doet aan beide nagestreefde belangen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een voorstel tot wijziging van de wet waarin deze balans helderder dan in het geldende art. 5:87 BW tot uitdrukking komt.

Het onderzoek is afgesloten op 30 november 2012. Incidenteel zijn nog bronnen verwerkt van na die datum.



## II Moderne functies van erfpacht

### 1. Inleiding

Als voorafgaand aan de invoering van het BW(oud) ter discussie staat of in de nieuwe codificatie, anders dan in de Code civil, plaats moet worden ingeruimd voor het erfpachtrecht, houdt Beelaerts van Blokland op de kerstavond van 1823 een gloedvol pleidooi vóór het opnemen van de rechtsfiguur in de wet. Volgens hem zouden de erfpachtrechten – als ze niet zouden hebben bestaan – moeten worden uitgevonden, “daar zij bijzonder strekken tot aanmoediging van den landbouw, en hoogst nuttig zijn voor de ontginning van woeste gronden”.<sup>11</sup> Hij zoekt daarmee aansluiting bij de functie die erfpacht al bij de Romeinen heeft: grootgrondbezitters geven hun woeste gronden tegen een lage prijs en voor lange tijd in gebruik aan boeren die – anders dan zijzelf – in staat zijn de grond te ontginnen.<sup>12</sup> Gedurende de looptijd van de erfpacht heeft de boer grond in gebruik waarvan hij de eigendom niet zou kunnen verwerven en bij het einde van de erfpacht ontvangt de eigenaar zijn grond gecultiveerd terug.

Het betoog van Beelaerts van Blokland maakt indruk: zelfs vooruitlopend op de invoering van het BW(oud) wordt erfpacht al in 1825 geregeld in een afzonderlijke wet, waarvan de inhoud uiteindelijk nagenoeg ongewijzigd wordt opgenomen in art. 767 e.v. BW(oud).<sup>13</sup>

Inmiddels wordt erfpacht alleen nog voor andere doelen gebruikt dan die welke Beelaerts van Blokland noemt. Na de (in paragraaf 4.2 van dit hoofdstuk uitgebreid te bespreken) inpoldering van de Zuiderzeegronden overweegt men nog wel de nieuwe gronden meteen na de droogmaking in erfpacht te geven, maar uiteindelijk wordt ervoor gekozen de cultivering over te laten aan een bijzondere overheidsdienst. De commissie Vissering, die de minister van Waterstaat adviseert over de wijze waarop de ontginning van het nieuwe land ter hand moet worden genomen, stelt dat met de gronduitgifte in erfpacht

“[d]e Staat [...] te spoedig een groot deel van zijn directen invloed verliest, zonder de zekerheid te hebben, dat de voorbereiding der exploitatie, d.i. het bouwrijp maken, op de meest oordeelkundige wijze geschiedt, terwijl de groote risico's, welke juist in deze periode elke droogmakerij vertoonde, te zwaar zijn dan dat ze door de wellicht niet

---

<sup>11</sup> Voorduin III, p. 517. Beelaerts van Blokland spreekt zijn rede overigens uit in het Frans. De originele tekst is echter niet in de parlementaire stukken terug te vinden.

<sup>12</sup> Zie nader hoofdstuk IV, paragraaf 2.

<sup>13</sup> Zie hierna in hoofdstuk IV, paragraaf 4.1.

zeer kapitaalkrachtige erfpachters zouden kunnen worden gedragen, zonder hen en daardoor het groote werk te schaden”.<sup>14</sup>

De commissie meent dat de voorbereiding van de exploitatie niet aan particulieren moet worden overgelaten. De risico's die daaraan verbonden zijn, acht zij te groot. Daarbij roept zij de problemen in herinnering die zich hadden voorgedaan nadat de ontginning van de Haarlemmermeerpolder (drooggevallen in 1852) nog wel was overgelaten aan particulieren: daar was zelfs malaria en cholera uitgebroken.<sup>15</sup>

De nieuwe polders zouden pas ná de cultivering in particuliere handen moeten komen. In die fase komt uitgifte in erfpacht wel in beeld. Volgens de commissie Vissering

“vereenigt [de erfpacht] de voordeelen van uitgifte in eigendom en Overheidsexploïtatie; langs dezen weg kan aan den gebruiker van den grond een vast gebruiksrecht worden verleend; de Overheid behoudt contrôle tegenover misbruik, terwijl zij door een wisselenden canon voor zich de voordeelen van stijging der grondprijzen bewaard ziet”.<sup>16</sup>

De commissie beveelt voor die fase uitgifte in eeuwigdurende erfpacht aan, waarbij de overheid haar invloed in het bijzonder kan laten gelden door de splitsing, verhuur en verpachting van de erfpacht(grond) te reguleren met voorwaarden op grond waarvan de erfpachter voor die handelingen toestemming nodig heeft van de grondeigenaar. Erfpacht biedt volgens de commissie de mogelijkheid om een gebruiksrecht te verschaffen dat enerzijds voldoende zekerheid biedt aan de gebruiker van de grond – wat hem stimuleert deze grond zo goed mogelijk te gebruiken – en dat anderzijds de grondeigenaar zijn greep op het gebruik van de grond niet ontnemt.

De voorstellen van de commissie Vissering laten zien dat de functie van erfpacht breder is dan het enkel in cultuur brengen van grond. De rechtsfiguur is in het algemeen gericht op het houden van greep op het gebruik en op de gebruiker van grond. In de voorstellen van de commissie gebeurt dat door de verhuur, verpachting en splitsing met toestemmingsbedingen te reguleren en door het toegelaten gebruik in de akte vast te leggen. In andere gevallen wordt er (daarnaast) voor gekozen de vervreemding van de erfpacht aan een toestemmingsregeling te onderwerpen of ziet men dat de looptijd van het erf-

---

<sup>14</sup> Vissering e.a. 1930, p. 15.

<sup>15</sup> Zie daarover nader Ter Veen 1925, die schrijft dat de barre omstandigheden waaronder de eerste bewoners van de Haarlemmermeer leefden, tot gevolg hadden dat slechts de sterksten overbleven. Bij nieuwe kolonisaties dient de overheid naar zijn mening vooraf uit te maken wie in economisch en in sociaal-biologisch opzicht geschikt zijn om het nieuwe gebied te gaan bewonen. Ter Veen is secretaris in de genoemde commissie Vissering.

<sup>16</sup> Vissering e.a. 1930, p. 46.

pachtrecht beperkt is, met het oog op de mogelijkheid van eenvoudige herontwikkeling na het einde van de rechtsverhouding.

De commissie wijst ook op een tweede reden voor uitgifte in erfpacht: door te bepalen dat de canon afhankelijk van de verandering van de grondwaarde wijzigt, kan de eigenaar zijn belang behouden bij toekomstige waardeontwikkelingen. Voor de nieuwe polders acht men dat bij uitstrek wenselijk: de Staat moet grote offers brengen om het gebied in te polderen en de nieuwe gronden te cultiveren en de commissie realiseert zich dat de gemaakte kosten enkel op de lange termijn kunnen worden terugverdiend. Dat is niet mogelijk wanneer de grond meteen in eigendom wordt overgedragen, maar wel wanneer gedurende lange tijd canons ontvangen worden die gerelateerd zijn aan de steeds veranderende grondwaarde.

Met deze twee argumenten voor gronduitgifte in erfpacht zijn de belangrijkste redenen voor het gebruik van deze rechtsfiguur in abstracto genoemd. In dit hoofdstuk bespreek ik aan de hand van een aantal praktische toepassingsvormen welke doelen de verschillende grondeigenaren meer concreet met de uitgifte in erfpacht nastreven. Op die manier wordt duidelijk tegen welke achtergrond de vragen opdoemen die in het verdere onderzoek centraal staan. Verder maakt deze bespreking duidelijk dat beperkingen in de toepassing(smogelijkheden) van de rechtsfiguur in veel gevallen niet zozeer voortvloeien uit het recht, maar veeleer een praktische of beleidsmatige achtergrond hebben. Ten slotte wordt in dit hoofdstuk de gelegenheid te baat genomen om enkele juridische vraagstukken aan de orde te stellen die spelen rondom specifieke toepassingsgebieden.

## **2. Uitgifte door de gemeentelijke overheid<sup>17</sup>**

### *2.1. Algemeen*

Gronduitgifte in erfpacht door de overheid treffen we niet alleen aan in de polders, waar de Rijksoverheid greep houdt op het gebruik en op de gebruikers van de grond en de waardeontwikkeling van deze gronden voor zich behoudt. Verschillende gemeentelijke overheden hebben in het verleden ook gekozen voor een systeem waarin grond niet in eigendom wordt uitgegeven, maar in erfpacht. Dat begint aan het einde van de negentiende eeuw in Amsterdam, onder invloed van de politicus Willem Treub. Hij heeft een voor zijn tijd progressieve opvatting over de mate waarin de overheid zich dient te mengen in de economische verhoudingen:

“Niet in wezen andere machten, maar de staatsmacht zelf heeft voor de algemeene economische belangen te waken, en te zorgen dat uit de economische verhoudingen tusschen zijn burgers de wanverhoudingen, die door ons hedendaagsche rechtsgevoel

---

<sup>17</sup> Daarover recent uitgebreid Nelisse 2008.

worden afgekeurd, worden verwijderd; te zorgen, dat die verhoudingen welke uit haar aard ook rechtsverhoudingen zijn, werkelijk met onze rechtsopvattingen strooken. Wil dat zeggen, dat de Staat overal ingrijpen moet? Stellig niet; om de eenvoudige reden, dat niet overal waar de staat de totstandkoming der economische verhoudingen aan de vrije werking der daarbij betrokken krachten overlaat, toestanden geboren worden die tegen onze hedendaagsche opvattingen van recht en rechtvaardigheid indruischen. Doch overal waar dit wél gebeurt, moet de staat met het gezag en de macht, waarover hij beschikt, inwerken, ten einde die toestanden te wijzigen, totdat zij ons rechtsgevoel bevredigen. Vandaar dat wij den *principielen* plicht voor den staat erkend willen zien, dat hij overal ook bij economische verhoudingen regelend optrede, doch zijn regelingen naar gelang van omstandigheden – gelijk in den geijkten rechtsterm luidt – dwingend of aanvullend make.”<sup>18</sup>

Treub vindt dat de Gemeente Amsterdam, waar hij raadslid is namens de liberale partij, moet ingrijpen in de handel in grond. Met die handel hadden particuliere grondbezitters in de voorbije jaren namelijk enorme winsten geboekt, terwijl die winst hun – naar Treubs overtuiging – in redelijkheid niet toekomt. De grondwaardestijging wordt namelijk veroorzaakt door de groei van de bevolking en door de investeringen die het gemeentebestuur heeft gedaan ten behoeve van de ontwikkeling van het publieke domein.<sup>19</sup> Treub vindt om die reden dat de waardeestijging naar de gemeente, als vertegenwoordiger van die bevolking, zou moeten toevloeien. Hij stelt daarom op 26 februari 1890 aan de Amsterdamse gemeenteraad voor om grond voortaan niet in eigendom, maar in opstal uit te geven. Daarmee begint de discussie over de toekomst van de gronduitgifte, die op 23 september 1896 – Treub is dan wethouder – tot het besluit leidt om grond voortaan als regel uit te geven in erfpacht. Deze erfpachtrechten zouden een looptijd hebben van vijfenzeventig jaar, waarna de gemeente de gestegen grondwaarde kan verzilveren, terwijl geen vergoeding voor de opstal zal worden uitgekeerd. Aan de keuze voor erfpacht ligt daarnaast nog een belangrijk tweede motief ten grondslag: via de erfpachtvoorwaarden kan de gemeente speculatie tegengaan en invloed uitoefenen op de bebouwing en op het gebruik van de grond. Zo kan men de verkrotting en de vervuiling, die eveneens als gevolg van de explosieve bevolkingsgroei waren ontstaan, in de toekomst tegengaan. In de gemeentelijke erfpachtvoorwaarden komen diverse bedingen voor die de wijze waarop de grond mag – en moet – worden gebruikt, tot in de kleinste details nader reguleren.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Treub 1901, p. 46-47.

<sup>19</sup> Vgl. Wolterbeek Muller 1909, p. 33 e.v. Tussen 1840 en 1890 neemt de bevolking van Amsterdam toe met 93%. Zie Nijs, Beukers e.a. 2003, p. 114. In Rotterdam en Den Haag groeit de bevolking in die jaren relatief nog sterker: respectievelijk met 158,5% en 146,3%.

<sup>20</sup> Nelisse 2008, p. 75 noemt de erfpachtvoorwaarden van de Gemeente Leeuwarden, waarin tot in detail wordt vermeld aan welke eisen de te plaatsen schutting dient te voldoen.

In navolging van de hoofdstad, maken ook enkele kleine gemeenten aan het begin van de twintigste eeuw de keuze om grond voortaan in erfpacht uit te geven.<sup>21</sup> De eerste grote gemeente die volgt, is Den Haag in 1911.<sup>22</sup> Dit gebeurt onder invloed van dezelfde Treub, die van 1909 tot 1911 raadslid in de hofstad is. In Rotterdam – de stad die tussen 1840 en 1890 relatief het snelst groeit – houdt men in die periode echter vast aan de gronduitgifte in eigendom.<sup>23</sup> Daar vreest men dat de grote schuldenlast die een erfpachtstelsel met zich brengt, de gemeente zou hinderen bij het doen van grote uitgaven ten behoeve van de haven.<sup>24</sup> Wellicht dat ook de twijfels die indertijd hebben bestaan over de groei van Rotterdam in de toekomst, bij die beslissing een rol spelen.<sup>25</sup>

## 2.2. *De ontwikkeling van stedelijke erfpacht tot 1989*

Het Amsterdamse erfpachtstelsel is in de jaren onmiddellijk na zijn invoering nog weinig succesvol. Dat heeft verschillende oorzaken. In de eerste plaats kampt men in die jaren met een algemene bouwcrisis. Die crisis houdt mensen niet alleen tegen een erfpachtrecht te kopen, maar weerhoudt hen ook meer in het algemeen van het doen van grote investeringen. Daar komt bij dat bouwondernemers en woningzoekers in de regel een voorkeur hebben voor de verkrijging van grond in eigendom en zij in de beginperiode van het Amsterdamse erfpachtstelsel nog een reële keuze hebben tussen erfpacht en eigendom: de gemeente heeft in die tijd namelijk slechts een klein percentage van de bouwgrond in eigendom. Een derde belangrijke oorzaak voor het geringe succes is dat de Amsterdamse erfpachtrechten uit die tijd geen aantrekkelijk onderpand zijn voor hypotheekbanken. De algemene erfpachtvoorwaarden van 1896 voorzien namelijk niet in een regeling die de erfpachter bij het einde van de rechtsverhouding aanspraak geeft op een vergoeding voor de gestichte opstallen. De erfpachtrechten worden daardoor fors minder waard naarmate de expiratie-datum dichterbij komt, zodat hypotheekbanken – wier vrijgevigheid als gevolg van de bouwcrisis toch al sterk is gematigd<sup>26</sup> – hun geld liever niet aan erfpachters lenen.

De algemene bepalingen van 1915 voorzien wel in een vergoedingsrecht voor de opstallen bij het einde van de erfpacht. Doel van deze wijziging is niet alleen het verbeteren van de verhypothekerbaarheid. Ook voorziet de gemeenteraad dat erfpachters de opstallen beter zullen onderhouden wanneer zij belang hebben bij het in stand houden van de waarde daarvan. En er is nog een principiële re-

---

<sup>21</sup> Onder meer de gemeenten Harlingen, Hilversum en Zaandam. Zie uitgebreid Hudig 1908, p. 6 e.v.

<sup>22</sup> Zie daarover Neeft 1991, p. 12.

<sup>23</sup> Zie o.m. De Jong 1984a, p. 23-24.

<sup>24</sup> Frank 1990, p. 26.

<sup>25</sup> Zie Hudig 1908, p. 12-13.

<sup>26</sup> Jansen 1968, p. 18.

den: men vindt de vergoeding passen bij het karakter van de gemeentelijke erfpacht. Aannemelijk is dat de leden van de gemeenteraad zich hier hebben laten overtuigen door Van Stockum<sup>27</sup> en Miseroy<sup>28</sup>, die beiden in 1909 in het *Weekblad voor het Notariaat* aandacht aan het ontbreken van een vergoedingsregeling hadden besteed. Zij menen dat de aard van de Amsterdamse stedelijke erfpacht volstrekt anders is dan die van de traditionele agrarische erfpachtrechten, waarbij een vergoeding niet voor de hand ligt. Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk al kort werd aangestipt, is de meer traditionele functie van erfpacht gericht op de ontginning van woeste gronden: de erfpachter heeft gedurende een lange periode en tegen een geringe vergoeding het gebruik van de grond die hij wel kan bewerken, maar niet in eigendom kan verwerven. Voor de eigenaar staat daar tegenover dat hij na het aflopen van de erfpacht de grond ontgonnen terug krijgt. Bij die functie past niet dat de eigenaar bij het einde van de erfpacht een vergoeding verschuldigd is voor aangebrachte verbeteringen. De stedelijke erfpacht van Amsterdam bestaat daarentegen uit niets anders dan de bevoegdheid om een gebouw te hebben op gemeentegrond. Daarbij past een zakelijke canon voor het gebruik van de grond en een vergoeding van de opstalwaarde bij het einde van de erfpacht.

Mede gelet op de filosofie die aan het erfpachtstelsel ten grondslag ligt, rijst inderdaad de vraag waarom men in 1896 niet onmiddellijk een vergoedingsrecht in de algemene bepalingen had opgenomen: de gedachte is dat de grondwaarde-stijging toevloeit naar de gemeenschap die deze stijging veroorzaakt heeft. In die gedachte past dat de waarde van de opstal – die juist bepaald wordt door de inspanningen van de individuele gerechtigde – toevloeit naar de erfpachter.<sup>29</sup> In 1896 vreest een meerderheid in de gemeenteraad echter nog dat een vergoedingsrecht te grote financiële consequenties voor de gemeente heeft.<sup>30</sup> In de regeling van 1915 wordt aan die vrees op een andere wijze tegemoetgekomen: de erfpacht wordt niet langer voor bepaalde tijd gevestigd, maar in plaats daarvan ‘voortdurend’. Na het eerste tijdvak van vijfenzeventig jaar wordt de erfpacht steeds met een periode van vijftig jaar verlengd, bij welke gelegenheid de canon wordt aangepast aan de veranderde waarde van de grond. Feitelijk ont-

---

<sup>27</sup> Van Stockum 1909.

<sup>28</sup> Miseroy 1909, waarover Jansen 1968, p. 92 en Van Velten 1995a, p. 77.

<sup>29</sup> Ook Treub is voorstander van vergoeding van de opstalwaarde. Zie Treub 1931, p. 99-100.

<sup>30</sup> Zie Slot 1996, p. 32 en Delfgaauw 1934, p. 30. Overigens toont ook Hudig zich tegenstander van een vergoedingsrecht. Hij meent onder meer dat verwacht kan worden dat na verloop van vijfenzeventig jaar veel hogere welstandseisen worden gesteld aan bijvoorbeeld arbeiderswoningen. Hij acht het om die reden ongewenst dat de gemeente na verloop van die termijn dan toch nog een vergoeding verschuldigd wordt voor de oude woningen. De bezwaren die kleven aan het achterwege laten van een vergoeding, acht hij van onvoldoende betekenis. Zie Hudig, 1908, p. 47 e.v.

staat hierdoor een eeuwigdurend recht en hoeft de vergoeding van de opstalwaarde zelden of nooit te worden betaald.

De – aan de Romeinse toepassingsvorm van erfpacht nog wezensvreemde – vergoeding van de opstalwaarde bij het einde van het recht, wordt inmiddels beschouwd als een normaal onderdeel van de erfpachtvoorwaarden in geval van woningbouw. Het stelsel dat in 1911 in Den Haag wordt ingevoerd voorziet daarin van meet af aan. Daar barst in 1928 de eerste grote principiële discussie los over het erfpachtsysteem. Deze discussie resulteert in een door de gemeenteraad aangenomen motie waarin wordt uitgesproken dat erfpacht moet worden beperkt tot gronden waarbij de gemeente in de toekomst een sociaal belang heeft. Deze motie blijft uiteindelijk echter zonder gevolgen.<sup>31</sup>

In de jaren dertig wordt de discussie over het bestaansrecht van de stelsels van stedelijke erfpacht verder vervolgd. Dit is allereerst het gevolg van de economische recessie in die tijd. Daardoor krijgen erfpachtrechten soms zelfs een negatieve waarde.<sup>32</sup> Daarnaast zijn er inmiddels meer mogelijkheden om publiekrechtelijk de bestemming van grond te regelen. Dat leidt tot bezwaren van de Regering tegen het privaatrechtelijke gemeentelijke grondbeleid.<sup>33</sup> Na de wijziging van de Woningwet in 1931 draagt de minister van Binnenlandse Zaken en Landbouw de Colleges van Gedeputeerde Staten op om erop toe te zien dat privaatrechtelijk niet wordt geregeld wat met behulp van de Woningwet kan worden georganiseerd.<sup>34</sup> Deze circulaire leidt in Amsterdam in 1934 tot wijziging van de algemene bepalingen. Onder meer wordt uit de bepaling betreffende de bouwplicht, art. 8 lid 1 sub a AB, de zinsnede verwijderd die de gemeente de bevoegdheid geeft om in de vestigingsakte bepalingen op te nemen omtrent de wijze van de bebouwing.

Het duurt tot het begin van de jaren zeventig, voordat de gemeentelijke erfpacht weer populair wordt. In die tijd stijgt de grondprijs als gevolg van de enorme inflatie explosief. In Amsterdam is deze inflatie al in 1966 reden om een bepaling op te nemen op grond waarvan de canon iedere vijf jaar wordt geïndexeerd. Den Haag volgt in 1977 met een vergelijkbare regeling. In de tussenliggende jaren besluiten ook de gemeenten Utrecht en Rotterdam dat het

---

<sup>31</sup> Zie nader Discussienota Grondbeleid gemeente Den Haag 1983, p. 40.

<sup>32</sup> Zie Plantenga 1957, p. 17, Van Velten 1995a, p. 24 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 643. De grote deflatie is in 1935 zelfs aanleiding tot het indienen van een wetsontwerp waarin wordt voorgesteld om alle canons met twintig procent te verlagen: Koninklijke Boodschap 5 juli 1935, zitting 1934/1935, nr. 455, genoemd in Discussienota Grondbeleid gemeente Den Haag 1983, p. 43.

<sup>33</sup> Inckel 1933, p. 93-94. Zie ook KB 7 juli 1932, AB 1932, p. 855. Bijna zestig jaar later is overigens de omstandigheid dat het privaatrechtelijk gemeentelijk grondbeleid ondanks dit laatste besluit was blijven bestaan, één van de redenen om de gemeentelijke praktijk te sanctioneren. Zie HR 8 juli 1991, NJ 1991, 693, r.o. 3.3.

<sup>34</sup> Zie Jesterhoudt 2004, p. 59-61. De circulaire is onder meer afgedrukt in *Woningwet, editie J&S*, 1957, p. 362. Deze kon door mij niet worden geraadpleegd.

wenselijk zou zijn een graantje mee te pikken van de waardeontwikkeling van de grond. De belangrijkste bezwaren tegen de uitgifte in erfpacht – de in paragraaf 2.1 vermelde stijging van de gemeentelijke schuldenlast – houden deze gemeenten niet langer tegen: zij kiezen in 1973 (Rotterdam) en in 1974 (Utrecht) voor een erfpachtstelsel.<sup>35</sup> Uiteindelijk geven de aloude argumenten ook in deze gemeenten de doorslag: de (reële) waardestijging van grond behoort toe te komen aan de gemeenschap en het is wenselijk wanneer gemeenten, in aanvulling op hun publiekrechtelijke bevoegdheden, ook via erfpachtvoorwaarden het gebruik van grond zouden kunnen sturen.

In 1986 volgt een ingrijpende wijziging van het Haagse erfpachtstelsel. Men neemt afscheid van de gedachte dat de stijging van de grondwaarde aan de gemeenschap behoort toe te komen, maar wil niettemin aan een erfpachtstelsel vasthouden teneinde het gebruik van grond via het privaatrecht te kunnen blijven regelen. Om die reden voorzien de algemene bepalingen van 1986 in een canon waarvan de hoogte slechts met een renteconversie wordt aangepast en die bovendien voor eeuwig kan worden afgekocht.<sup>36</sup> De Gemeente Utrecht volgt drie jaar later met een vergelijkbare regeling, zij het dat erfpachters in Utrecht in beginsel gehouden zijn de canon af te kopen, terwijl in Den Haag daarnaast de mogelijkheid bestaat een jaarlijkse canon te betalen. Rotterdam en Amsterdam houden aan het oude uitgangspunt vast, met dien verstande dat vooruitbetaling van de canon voor een bepaald tijdvak wordt toegestaan en soms zelfs verplicht is.

### *2.3. De ontwikkeling van stedelijke erfpacht sinds 1990*

In de afgelopen decennia is de populariteit van het gebruik van erfpacht als primaire vorm van gemeentelijke gronduitgifte sterk teruggelopen. Dat heeft verschillende oorzaken. In de eerste plaats kan worden gewezen op de toegenomen mogelijkheden voor publiekrechtelijke regulering. Zo is een nieuwe Wet op de ruimtelijke ordening ingevoerd, met bijvoorbeeld ruimere mogelijkheden om milieueisen in het bestemmingsplan vast te leggen. Een tweede, belangrijkere, oorzaak voor het teruggelopen gebruik van stedelijke erfpacht, is gelegen in de maatschappelijke onvrede die tegen dat systeem bestaat. Deze richt zich vooral tegen de gemeentelijke wens om de stijging van de grondwaarde aan de gemeenschap te laten toekomen.<sup>37</sup> Zoals in de vorige paragraaf al aangegeven, heeft men in Den Haag en in Utrecht aan het einde van de jaren tachtig afscheid genomen van deze doelstelling, door gebruik te maken van eeuwigdurende erfpacht zonder canonverplichting.

---

<sup>35</sup> Zie uitgebreid over de ontwikkeling van erfpacht in Rotterdam en Utrecht o.m.: Huijsmans 1971, Frank 1990, Zeevalking 1972 en Van Asperen 1972.

<sup>36</sup> Zie o.m. Neeft 1991.

<sup>37</sup> Zie bijvoorbeeld: Bouma 1998, Van der Zwan 2004 en Roelofsz 2006.



In Rotterdam gaat men enkele jaren later nog verder. Daar wordt, teneinde de stad interessanter te maken voor investeerders, het erfpachtstelsel in 2002 volledig afgeschaft voor woningen en kantoren. Bij bestaande rechten kan de bloot eigendom door de erfpachter worden verworven. Als reden wordt voorts onder meer aangevoerd dat de mogelijkheid van sturing van het gebruik van grond bij die functies onvoldoende rechtvaardiging vormt voor de keuze van erfpacht boven eigendom.<sup>38</sup> Ook bij uitgifte in eigendom kan met behulp van kettingsbedingen en kwalitatieve verplichtingen het gebruik van de grond immers met (semi-)zakelijke werking worden geregeld. Ook in Den Haag blijft het niet bij de invoering van eeuwigdurende erfpacht. In 2005 vraagt de Haagse gemeenteraad een onderzoek in te stellen naar de wenselijkheid van wijziging van het systeem van gronduitgifte. Dit onderzoek leidt in februari 2006 tot het OTB-rapport *Toekomst van het Haagse gronduitgiftesysteem*, waarin onder meer wordt geconcludeerd dat de toegevoegde waarde van erfpacht voor het beheer van grond in de praktijk nauwelijks uit de verf blijkt te komen.<sup>39</sup> Inmiddels is besloten dat erfpachters voortaan de keuze hebben tussen erfpacht en eigendom.<sup>40</sup> Daarbij is een uitzondering gemaakt voor enkele bijzondere bestemmingen en voor gronden die de gemeente binnen afzienbare tijd nodig denkt te hebben voor herontwikkeling. In Groningen neemt de gemeenteraad eind 2011 een motie aan, strekkende tot beëindiging van het tot dan toe bestaande stelsel waarin (met name) grond in en rondom de binnenstad in beginsel in erfpacht wordt uitgegeven. De verantwoordelijke wethouder vreest evenwel voor de financiële consequenties van afschaffing voor de stad en wil niet voor alle locaties de privaatrechtelijke sturingsmechanismen prijsgeven. Hij weigert daarom de motie uit te voeren.<sup>41</sup>

In veel gemeenten is (of wordt) dus afscheid genomen van het stelsel waarin grond als regel in erfpacht wordt uitgegeven. Dat wil niet zeggen dat in die plaatsen geen erfpacht meer voorkomt. In de eerste plaats maken niet alle erfpachters gebruik van de mogelijkheid tot ‘conversie’ (met deze term wordt de omzetting van erfpacht naar eigendom in de regel aangeduid), terwijl in de tweede plaats de rechtsfiguur nog wel gehanteerd wordt in bijzondere gevallen. Ik noemde al het Haagse stelsel, maar ook in de Gemeente Leiden geldt sinds 2005 de regel dat het College van B&W conversie mag weigeren in het geval van bijzondere objecten of als verwacht wordt dat de gemeente de betreffende

---

<sup>38</sup> Breedveld 2003.

<sup>39</sup> De Jong, Ploeger & De Wolff 2006, waarover: De Wolff 2006.

<sup>40</sup> Zie raadsmededeling 2006, nr. 153-DSO/2006.1821 van 4 juli 2006. Geen keuzemogelijkheid is voorgesteld voor onder meer sociale woningbouw, corporatiebezit en kantoor- en bedrijventerreinen.

<sup>41</sup> Zie het bericht ‘Experts ingezet in impasse rond afschaffen van erfpacht’, in *Dagblad van het Noorden* d.d. 14 juni 2012, p. 30.

grond op een later tijdstip nodig heeft voor herontwikkeling.<sup>42</sup> In Delft is de norm dat wanneer grond ‘in gevoelig gebied’ ligt of als ‘bijzondere beheersbepalingen’ gewenst zijn, de grond in erfpacht wordt uitgegeven.<sup>43</sup> Een vergelijkbaar regime geldt ook in Zoetermeer.<sup>44</sup> Ook industrie- en haventerreinen worden veelal onverminderd in erfpacht uitgegeven.

Bijzonder is dat gemeenten niet alleen gebruikmaken van erfpacht om het gebruik van grond te reguleren en om de waarde stijging van de grond voor zich te behouden, maar ook om hun inwoners een aantrekkelijke financieringsstructuur te bieden. In de Gemeente ’s-Hertogenbosch is dat al in 1959 een van de redenen om te kiezen voor de uitgifte in erfpacht: de gemeente stelde de hoogte van de canon gelijk aan de rente op de lening die zijzelf had afgesloten om de gronden te financieren, zodat particulieren – die zelf niet in staat zouden zijn onder dergelijk gunstige voorwaarden een lening aan te gaan – hun woning goedkoop konden bekostigen.<sup>45</sup> In de binnenstad van Groningen is begin jaren ’90 op een geheel andere wijze het Waagstraat-complex gefinancierd met behulp van erfpacht: de gemeente gaf grond met een waarde van 14,5 miljoen gulden uit in eeuwigdurende erfpacht aan een belegger, die in ruil daarvoor een eenmalige vergoeding van zes miljoen gulden betaalde.<sup>46</sup> Verder investeerde de belegger nog 31,7 miljoen gulden voor de realisatie van het project. De totale investering van de belegger bedraagt daarmee 37,7 miljoen, die van de gemeente 8,5 miljoen. In dezelfde verhouding delen beiden in de jaarlijkse winst van het project: de voor het gebruik van de grond te betalen erfpachtcanon is gesteld op 18,4 procent van de winst. De derde gemeentelijke financieringsconstructie die vermelding verdient, betreft het Rotterdamse ‘erfpachtmaatregel’ van 2010: een besluit van de gemeente om met behulp van erfpacht de bouw te stimuleren.<sup>47</sup> De op basis van deze maatregel aangeboden constructie is onder meer toegepast bij het Weenapoint: daar werd, om de gewenste herontwikkeling te kunnen financieren, de eigendom van een deel van het te vervangen complex door de projectontwikkelaar overgedragen aan de Gemeente Rotterdam, waarbij door hem een recht van erfpacht werd voorbehouden.<sup>48</sup> Op grond van de erfpachtvoorwaarden is de voormalige eigenaar een erfpachtcanon verschuldigd, echter

---

<sup>42</sup> *Omzetting van erfpacht naar volle eigendom Gemeente Leiden*, november 2005, onderdeel 10.1.

<sup>43</sup> *Nota Erfpacht 2005*, Gemeente Delft 2005, p. 5-6.

<sup>44</sup> *Op goede gronden. Nota grondbeleid 2007-2011*, Gemeente Zoetermeer 2006, p. 14.

<sup>45</sup> Genoemd door Nelisse 2008, p. 76.

<sup>46</sup> Zie nader Bakker 1993.

<sup>47</sup> Deze maatregel wordt kort genoemd door Huijgen & Rijpert 2011, p. 12, die verwijzen naar de syllabus samengesteld door H.M.I.Th. Breedveld en W.D. Bahlman voor de studiemiddag van 5 november 2009 van de Vereniging van Vastgoedjuristen. Zie verder Hijmans 2010, over het gebruik van erfpacht ter stimulering van de bouw.

<sup>48</sup> Zie de akte van M.C.M. Bekke d.d. 14 juli 2010, ingeschreven in de openbare registers, in register 4 onder deel 58572, nummer 99.

hij is gerechtigd zijn canonverplichting voor de toekomst geheel af te kopen. Wordt de canon afgekocht, dan is de gemeente gehouden de eigendom terug over te dragen aan de erfpachter.

Naast de gemeenten die erfpacht enkel gebruiken in dergelijke bijzondere gevallen, wordt erfpacht in twee grote gemeenten nog steeds als standaarduitgiftetevorm gehanteerd: Amsterdam en Utrecht.<sup>49</sup> Kortom, hoewel steeds minder gebruik gemaakt wordt van de stedelijke erfpacht, blijft zij ook in de (nabije) toekomst relevant.

### **3. Uitgifte door natuurbeschermingsorganisaties**

Erfpacht wordt door organisaties als Natuurmonumenten en ook door de Staat via Staatsbosbeheer gebruikt voor het reguleren van grondgebruik in natuurgebieden. Het gaat daarbij vaak om stukken grond die geschikt zijn voor particulier gebruik, maar gelegen zijn in gebieden met een landschappelijk bijzondere betekenis. Een van de doelen van de uitgifte in erfpacht is het genereren van inkomsten: gronden die de organisatie niet direct zelf nodig heeft, kunnen met erfpacht rendabel worden gemaakt.<sup>50</sup> De voornaamste reden om de grond niet te verkopen, maar in erfpacht uit te geven is echter – net als bij de stedelijke erfpacht – dat greep gehouden kan worden op het gebruik van de grond en de opstallen. Dat gebeurt in de eerste plaats door de duur van de erfpacht te beperken tot – in de regel – dertig jaar. Na die periode is heruitgifte mogelijk of kan – als dat te zijner tijd wenselijk blijkt – de eigenaar zijn grond voor andere doelen bestemmen. Daarnaast worden in de erfpachtvoorwaarden de bevoegdheden van de erfpachter beperkt. Zo komt voor dat het de erfpachter verboden is felle verlichting te laten schijnen in de richting van het natuurgebied, om te voorkomen dat de daar aanwezige vogels worden opgeschrikt. Ook is denkbaar dat wordt bedongen dat pas mag worden gemaaid nadat de erfverpachter heeft geconstateerd dat een bepaalde bloem is uitgebloeid, dat geen vuurwerk mag worden afgestoken in het natuurgebied of dat op het erf geen opzichtige werken mogen worden geplaatst die niet binnen het landschap passen.

Juridisch is de ‘groene erfpacht’ vooral interessant omdat de erfpachtvoorwaarden vaak niet zozeer de in erfpacht uitgegeven grond met eventuele opstal betreffen, maar veeleer het natuurgebied in de nabijheid daarvan. Stel bijvoorbeeld dat het de erfpachter verboden is om in het natuurgebied vuurwerk af te steken. Een dergelijk beding reguleert niet het gebruik van de erfpachtgrond, maar van het gebied daar omheen. Het is de vraag of een dergelijk beding zon-

---

<sup>49</sup> In Amsterdam en Utrecht is het beleid niet gericht op afschaffing, maar op het doorzichtiger en klantvriendelijker maken van het bestaande stelsel. Zie Gemeentebld Amsterdam 2000 I, nr. 19, p. 4 (Eindrapportage 100 jaar erfpacht; operatie Groot onderhoud) en Rapport werkgroep erfpacht, gemeente Utrecht d.d. 21 juni 2002, p. 3.

<sup>50</sup> Vgl. De Jong e.a. 2009, p. 26-27. Zie nader over de doelen van groene erfpacht: De Koe 2011.

der meer zakelijke werking heeft en – als dat niet het geval is – of ernstige schending van de voorwaarde kan leiden tot beëindiging van de erfpacht. Verderop in dit onderzoek wordt nader bij die vragen stil gestaan.<sup>51</sup>

Behalve gebruiksbeperkende bepalingen, komen in het geval van groene erfpacht ook wel vervreemdingsbeperkingen voor. Die kunnen samenhangen met de wens van de grondeigenaar om enkel door hem goedgekeurde personen als erfpachter toe te laten, maar ook is denkbaar dat zij ertoe strekken te voorkomen dat het gebied langdurig wordt gesplitst. Een voorbeeld treffen we aan op het Wassenaarse landgoed ‘De Horsten’, waarvan (in dat geval bij de afwikkeling van een nalatenschap) verschillende onderdelen in erfpacht zijn uitgegeven. In de erfpachtvoorwaarden is bepaald dat de erfpachters in geval van een voorgenomen vervreemding, gehouden zijn hun recht eerst aan de grondeigenaar aan te bieden.<sup>52</sup> Doel van de uitgifte in erfpacht is hier de langdurige versnippering van het landgoed te voorkomen.

Omdat in natuurgebieden vaak gebruik wordt gemaakt van tijdelijke erfpachtrechten, rijst met betrekking tot deze vorm van erfpacht ook geregeld de vraag naar het rechtskarakter van de relatie tussen de erfpachter en de grondeigenaar tijdens de onderhandelingen over heruitgifte. Hoewel de erfpacht, behoudens de toepassing van art. 5:98 BW, eindigt na de overeengekomen looptijd, blijken beide partijen in de praktijk vaak behoefte te hebben aan de voortzetting van hun relatie. Rondom de groene erfpacht is daarom de vraag actueel in hoeverre het de eigenaar bij die gelegenheid vrijstaat om de voorwaarden te bedingen die hij wenselijk acht. Die vraag – die overigens speelt bij vrijwel alle erfpachtrechten met een beperkte looptijd – wordt behandeld in hoofdstuk V.

#### **4. Uitgifte door de Rijksoverheid**

##### *4.1. Algemeen*

De Nederlandse Staat heeft naast natuurgebieden andere grote stukken grond in eigendom. Wanneer deze gronden niet voor een specifieke overheidsdienst nodig zijn, is het Rijksvastgoed- en ontwikkelingsbedrijf (de vroegere Dienst Domeinen) verantwoordelijk voor hun exploitatie. Deze dienst geeft de gronden vaak in tijdelijke erfpacht uit aan particulieren. Dat gebeurt onder meer in de gebieden langs de rivieren, waarvan denkbaar is dat deze op termijn weer door Rijkswaterstaat benodigd zijn. Ook in de polders is, zoals in de inleiding van dit hoofdstuk al werd vermeld, overheidsgrond in erfpacht uitgegeven, met name voor agrarische doeleinden. In paragraaf 4.2 werk ik de doelen daarvan verder

---

<sup>51</sup> Zie hoofdstuk IV, paragraaf 8.2.3 en hoofdstuk VI, paragraaf 2.3.2.

<sup>52</sup> Akte op 6 oktober 2005 verleden voor de Amsterdamse notaris R.H. Meppelink, toegelicht door M.J.A. van Mourik in *NRC Handelsblad* d.d. 10 december 2005, p. 3 en vermeld door Van Velten 2012, p. 529.

uit. In paragraaf 4.3 wordt vervolgens de uitgifte besproken van locaties langs snelwegen. Qua omvang is dat niet van groot belang – in de praktijk worden deze plekken meestal niet in erfpacht uitgegeven, maar verhuurd – maar vanwege enkele juridische bijzonderheden verdient die vorm van erfpacht niettemin nadere aandacht.

#### *4.2. Erfpacht in de polders*

Op 24 maart 1930 brengt een commissie, onder voorzitterschap van Nederlandse-Bankpresident Gerard Vissering, het reeds in de inleiding van dit hoofdstuk genoemde advies uit aan de minister van Waterstaat over de wijze waarop de Zuiderzeepolders na hun drooglegging geëxploiteerd zouden moeten worden.<sup>53</sup> Het droogvallen van de eerste polder, de Wieringermeer in november 1930, is dan aanstaande. De commissie meent dat het onverstandig zou zijn om het nieuwe land al te spoedig in particuliere handen te brengen, maar vindt dat in de eerste periode de grond van Staatswege gecultiveerd moet worden. Na die fase zou een deel van de gronden ook door de overheid geëxploiteerd moeten worden. Voor het overige moet ernaar worden gestreefd de grond in eeuwigdurende erfpacht uit te geven.<sup>54</sup> Met de langdurige ontvangst van erfpachtcanons zou de overheid in staat zijn de kosten terug te verdienen die zij had moeten maken voor de drooglegging van het gebied. De commissie meent bovendien dat de grond het best zou worden geëxploiteerd als degene die voor de exploitatie verantwoordelijk is een stevige rechtsband met de grond zou hebben. Die band zou bij pacht – dat indertijd minder zekerheid bood aan de pachter dan de reguliere pacht die de wet tegenwoordig kent – te zwak zijn, terwijl bij uitgifte in eigendom het risico bestaat dat de nieuwe eigenaar de grond zelf zou verpachten aan een derde. Dat zou eveneens tot een scheiding leiden tussen de persoon die de grond bewerkt en de persoon die bij de verbetering van het land het grootste belang heeft.

Hoewel uiteindelijk naar uitgifte in erfpacht gestreefd moet worden, acht de commissie het gewenst de gronden tot de definitieve uitgifte, eerst te verpachten. Reden daarvoor is dat de keuze van geschikte erfpachters moeilijk zou zijn en tijd zou vergen.<sup>55</sup> Door de grond eerst te verpachten kan die tijd overbrugd worden en is het bovendien mogelijk om uit de pachters geschikte erfpachters te selecteren.

De Regering wil uiteindelijk iets afwijken van de voorstellen van de commissie. Zij sluit zich aan bij het advies van de Zuiderzeeraad, die voorstelt om ook

---

<sup>53</sup> Vissering e.a. 1930.

<sup>54</sup> Vissering e.a. 1930, p. 46 e.v.

<sup>55</sup> Vissering e.a. 1930, p. 43.

een deel van de gronden uit te geven in eigendom.<sup>56</sup> De Raad laat zich leiden door de wens de hoogte van de erfpachtcanons te relateren aan de marktwaarde van het onroerend goed in de regio. Die zou enkel goed bepaald kunnen worden wanneer in de regio van tijd tot tijd ook grond in eigendom overgaat. Kortom, juist om het erfpachtstelsel tot een succes te maken, dient een deel van de grond in eigendom te worden uitgegeven. In 1932 schuift men de uiteindelijke keuze echter voor zich uit: ook de Zuiderzeeraad is er voorstander van dat de grond, voorafgaand aan de definitieve uitgifte, eerst verpacht wordt of door de Staat zelf wordt geëxploiteerd.

De parlementaire discussie over de vervolgfase barst weer los bij de behandeling van de begroting van het Ministerie van Financiën voor 1951.<sup>57</sup> De minister merkt bij die gelegenheid op – ook de uitgifte van de in 1942 drooggevallen Noordoostpolder is dan al in volle gang – dat onder de zittende pachters nauwelijks behoefte bestaat aan de verkrijging van een recht van erfpacht op de gronden die al bij hen in gebruik zijn. Inmiddels biedt het pachtrecht door de invoering van de Pachtwet hun namelijk een aanzienlijk zekerder gebruiksrecht dan in de tijd waarin de commissie Vissering haar rapport uitbracht.

Het debat over de vervreemding van de eigendom wordt vervolgd bij de behandeling van de begroting voor 1953, waar KVP-Kamerlid Engelbertink zich verbaast over de volgens de minister eveneens bestaande onwil om de gepachte grond in eigendom te verwerven:

“Het verlangen naar bezit – en bij de boer zeker het verlangen naar grondeigendom – zijn productiemiddel – is zo natuurlijk, dat ik ten aanzien van degenen, die dit missen, zou willen zeggen: daarover moet men de dokter consulteren, want daaraan ontbreekt iets.”<sup>58</sup>

De minister bevestigt echter dat de veranderingen die zich sinds 1930 hebben voorgedaan in het pachtrecht, ertoe leiden dat de pachters hun rechtspositie niet willen veranderen, ook niet wanneer zij in ruil daarvoor eigendom kunnen krijgen. Hij zegt toe met een nota te zullen komen, waarin het grondbeleid voor de toekomst uiteengezet wordt.<sup>59</sup> Die nota komt in september 1954, bijna drie jaar vóór het droogvallen van de derde polder: Oostelijk Flevoland.<sup>60</sup> De Regering geeft daarin aan dat tot dan toe zowel in de Wieringermeer als in de Noordoostpolder gekozen is voor een pachtstelsel, behalve bij de uitgifte van enkele fruitteeltbedrijven. Die waren, met het oog op de door de gebruikers te

---

<sup>56</sup> *Kamerstukken II 1932/33, Begroting Zuiderzeefonds voor 1933, nr. 2F, ondernummer 2, p. 6, waar ook wordt geciteerd uit het advies van de Zuiderzeeraad.*

<sup>57</sup> *Kamerstukken II 1950/51, 1 900, VII B, nr. 7, bijlage A, p. 28-29 (VV en MvA).*

<sup>58</sup> *Handelingen II 1952/53, p. 296-297.*

<sup>59</sup> *Handelingen II 1952/53, p. 320-321.*

<sup>60</sup> *Kamerstukken II 1954/55, 3 748, nr. 1 en 2.*

stichten bouwwerken en de door hen aan te brengen beplantingen, wel in erfpacht uitgegeven. In de toekomst wil men het erfpachtareaal uitbreiden: de Regering pleit ervoor in de toekomst vijftieng procent van de grond uit te geven in erfpachtrechten met een looptijd van honderd jaar en de overige grond te verpachten. De hoogte van de erfpachtcanon zou daarbij gelijk moeten worden gesteld aan de maximale pachtprijs. Als reden voor de aanpassing van het stelsel noemt de minister dat met erfpacht een duurzame relatie kan worden gecreëerd tussen de grond en de gebruiker daarvan en dat kan worden voorkomen dat de gronden in te kleine exploitatie-eenheden worden opgesplitst of bij een ander in gebruik zouden komen dan bij de gerechtigde. Bovendien zou de Staat, net zoals dat ook door gemeentelijke erfverpachters wordt nagestreefd,<sup>61</sup> belang houden bij de waardeontwikkeling van de grond.

Over een ander argument van de minister is het parlement minder te spreken: de erfpachter zou zelf zorg kunnen dragen voor de realisatie van de gewenste gebouwen, omdat hij de kosten daarvan, anders dan de pachter, hypotheccair kan financieren. Het beleidsmatige bezwaar hiertegen is dat onder het voorgestelde systeem de pachters aanmerkelijk beter af zijn dan de erfpachters: de maximale prijzen zijn weliswaar gelijk, maar daarnaast rusten op de erfpachter de kosten van de bebouwing.<sup>62</sup>

Een ander bezwaar is gelegen in het feit dat de voorgestelde erfpachtvoorwaarden niet voorzien in waarborgen voor de kwaliteit van eventuele rechtsoptvolgers van de erfpachter. Vooral in de Noordoostpolder had men in het verleden buitengewoon veel energie gestoken in de selectie van de personen die de polder mochten bewonen. Daarvoor gingen ambtenaren onaangekondigd bij de sollicitanten op huisbezoek om hun geschiktheid te onderzoeken: zij gingen het oorlogsverleden van de kandidaat na, namen zijn landbouwkundige capaciteiten onder de loep en onderzochten of hij beschikte over een (aspirant-) echtgenote die bereid was het verenigingsleven in de polder tot bloei te brengen.<sup>63</sup> Bij de uitgifte in erfpacht, zo vreest onder meer CHU-Kamerlid De Ruiter, zou de Staat zijn invloed op de persoon van de grondgebruiker meteen na de uitgifte verliezen.<sup>64</sup> De minister weigert echter dat te veranderen: op het voorstel van Vondeling (PvdA) om in de erfpachtvoorwaarden een voorkeursrecht op te nemen voor de Staat<sup>65</sup> laat hij weten dat een dergelijk beding de hypotheccaire financierbaarheid van de rechten niet ten goede zou komen.<sup>66</sup> Volgens de minister willen hypotheekbanken de mogelijkheid houden de erfpacht in slechte tijden zelf in te kopen of met executie te wachten.

---

<sup>61</sup> Zie paragraaf 2.1.

<sup>62</sup> *Handelingen II 1955/56*, p. 1033.

<sup>63</sup> Zie uitgebreid hierover Gort & Van Oostrom 1987.

<sup>64</sup> *Handelingen II 1955/56*, p. 1036.

<sup>65</sup> *Handelingen II 1955/56*, p. 1048-1049.

Zo kan het dat de uiteindelijke voorwaarden waaronder vanaf 1962 in vooral Oostelijk Flevoland grond in eeuwigdurende<sup>67</sup> erfpacht wordt uitgegeven, wel voorzien in een beding dat verhuur en verpachting zonder toestemming belet, maar niet in een regeling die de erfpachter beperkt in zijn mogelijkheden tot vervreemding.<sup>68</sup> Functie van de wel opgenomen verboden is, als gezegd, echter niet gelegen in de mogelijkheid van selectie, maar in de wens om het belang bij de grond in dezelfde handen te houden als het gebruik van de grond; dat zou de optimale exploitatie van de gronden bevorderen. Na 1970 kennen de erfpachtvoorwaarden wel vervreemdingsbeperkingen, die echter evenmin op selectie gericht zijn. Deze worden opgenomen als reactie op de praktijk waarin pachters gebruikmaken van de hun geboden mogelijkheid de erfpacht te verwerven van de bij hen in gebruik zijnde gronden, met de bedoeling het verkregen zakelijke recht snel door te verkopen. Omdat de erfpachtcanon gelijk is aan de relatief lage pachtprizen, vertegenwoordigen de gebruiksrechten een vermogenswaarde die de agrariër kan verzilveren na een omzetting van zijn pachtrecht in erfpacht. Om die praktijk tegen te gaan wordt in 1970 (ook Zuidelijk Flevoland is dan drooggelegd) besloten bij iedere omzetting een vervreemdingsverbod voor tien jaar in de erfpachtvoorwaarden op te nemen.<sup>69</sup> Nog later besluit men om dezelfde reden tot een nog verderstreckende wijziging van het stelsel: de zogenoemde ‘erfpacht nieuwe stijl’ wordt ingevoerd.<sup>70</sup> Daarbij wordt alleen het boerenerf met de opstallen in erfpacht uitgegeven, terwijl de overige landerijen worden verpacht. Inmiddels wordt ook deze vorm van erfpacht niet meer toegepast en worden alle zogenoemde ‘niet-strategische’ landbouwgronden in eigendom uitgegeven.<sup>71</sup> Agrarische erfpachten komen tegenwoordig nog wel tot stand, maar dan vooral in relatie tussen beleggingsmaatschappijen en boeren. Zij zijn niet zozeer gericht op de regulering van het gebruik, maar deze particuliere rechten van agrarische erfpacht hebben vooral een functie in het kader van de financiering.<sup>72</sup>

---

<sup>66</sup> *Handelingen II* 1955/56, p. 1064.

<sup>67</sup> In dit opzicht wijken de voorwaarden wel af van het eerdere voorstel, waarin de duur van de erfpacht op honderd jaar was gesteld. Vanaf 1972 kennen de voorwaarden overigens een duur van veertig jaar, met mogelijkheid van verlenging.

<sup>68</sup> Deze voorwaarden zijn gepubliceerd als bijlage IV bij *Kamerstukken II* 1962/63, 6 900, nr. 3 (MvT).

<sup>69</sup> *Kamerstukken II* 1970/71, 10 900, nr. 2, p. 10 (MvT).

<sup>70</sup> Daarover De Hoog 1991a, Koning 1991 en De Hoog 1991b.

<sup>71</sup> Zie het rapport *Herijking beleid agrarische domeingronden 2009*, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 24 490, nr. 24, p. 4, waar wordt vermeld dat het resterende areaal erfpachtgronden voornamelijk bestaat uit strategische grond. Volgens dit rapport (p. 7-8) worden gronden als niet-strategisch aangemerkt, indien de komende twintig jaar geen bestemmingswijziging wordt verwacht.

<sup>72</sup> Zie nader hierna in paragraaf 6.2.



### 4.3. Erfpacht op auto(snel)weglocaties

De Rijksoverheid gebruikt erfpacht ook als vorm van gronduitgifte bij locaties langs auto(snel)wegen. Dat gebeurt in de eerste plaats ten behoeve van de exploitatie van benzinestations. Onder vigeur van de in 2005 ingevoerde Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen (ook wel aangeduid als de ‘Benzinewet’), worden periodiek de rechten geveild om een benzinestation te exploiteren langs de wegen die in beheer zijn bij het Rijk of die eigendom zijn van de Staat. De hoogste bidder verwerft het recht om het betreffende benzinestation de komende vijftien jaar te exploiteren. Daarna eindigt het gebruiksrecht en wordt de locatie opnieuw geveild. De (eventueel) vertrekkende exploitant ontvangt dan de waarde van de door hem op de locatie achtergelaten opstallen. De reden om gebruik te maken van relatief korte gebruiksrechten die – tenzij de zittende exploitant na vijftien jaar opnieuw het hoogste bedrag biedt – niet worden verlengd, is gelegen in de wens van de Regering om de concurrentie op de benzinemarkt te bevorderen. In het bijzonder de toetreding van nieuwe aanbieders wordt met dit systeem vergemakkelijkt.

Uitgangspunt van de wet is niet dat erfpachtrechten worden gevestigd: in eerste instantie worden huurrechten geveild. Om echter de financiering van de gebruiksrechten te vereenvoudigen, biedt art. 3 lid 7 Benzinewet veilingkopers de mogelijkheid om in plaats van huur, te kiezen voor erfpacht.<sup>73</sup> De algemene erfpachtvoorwaarden die op deze rechten van toepassing zijn kennen vooral op het punt van de duur enkele bijzondere bepalingen.<sup>74</sup> Die is, als gezegd, in de eerste plaats beperkt tot vijftien jaar, waarna het recht zonder beëindigingshandeling afloopt. Zelfs art. 5:98 BW wordt in art. 3 lid 7 Benzinewet voor dergelijke gevallen buiten toepassing verklaard. Ook tussentijds zijn er beëindigingsmogelijkheden. Niet alleen kan op grond van ernstig tekortschieten of om redenen van algemeen belang worden opgezegd, ook eindigt de erfpacht indien de vergunning eindigt voor het hebben van een werk op of in de door het Rijk beheerde weg. In dat geval is volgens de erfpachtvoorwaarden zelfs geen opzegging vereist, maar eindigt de erfpacht van rechtswege. De geldigheid van een dergelijke voorwaarde is in het licht van het dwingendrechtelijke regime van art. 5:87 BW, dat de erfpachter beoogt te voorzien van bescherming tegen lichtzinnige beëindiging, echter twijfelachtig. Voor zover in het geval van een

---

<sup>73</sup> Dit motief wordt uitdrukkelijk verwoord in *Kamerstukken II 2004/05*, 29 951, nr. 3, p. 12 (MvT).

<sup>74</sup> Zie bijv. de ‘Algemene erfpachtvoorwaarden benzinestations langs Rijkswegen 2005’, ingeschreven in de openbare registers, in register 4 onder deel 58103, nummer 82 en de ‘Algemene erfpachtvoorwaarden servicestations langs Rijkswegen 2005’, ingeschreven in de openbare registers, in register 4 onder deel 57721, nummer 90.

beëindiging wegens het tekortschieten van de erfpachter geen sprake is van een ernstige mate van tekortschieten, is de beëindiging mijns inziens niet geldig.<sup>75</sup>

Bijzondere bestemmingsbepalingen komen ook voor in de voorwaarden waaronder gronden in erfpacht zijn uitgegeven ten behoeve van de exploitatie van wegrestaurants.<sup>76</sup> In art. 6 van die voorwaarden wordt de erfpachter verplicht ervoor te zorgen dat de inrichting gedurende het hele jaar dag en nacht geopend is voor de verkoop van eet- en drinkwaren, het verschaffen van douche- en toiletgelegenheid en het gebruik van telefoon. Enkel in bijzondere gevallen kan de Staat toestemming verlenen voor een sluiting gedurende de nachtelijke uren. Verder bepalen de erfpachtvoorwaarden dat de spijskaart ten minste enkele eenvoudige schotels dient te vermelden en dat in de nabijheid van het restaurant geen speeltuinen en zwembaden mogen worden geëxploiteerd. Bij al deze bedingen rijst de vraag in hoeverre zij zakelijke werking hebben en in hoeverre het de Staat is toegestaan dergelijke aangelegenheden privaatrechtelijk te reguleren.

## **5. Uitgifte door woningcorporaties<sup>77</sup>**

### *5.1. Inleiding*

Verschillende woningcorporaties maken gebruik van juridische constructies, die zijn ontworpen om personen met lagere inkomens aan een koopwoning te helpen. De doelgroep wordt in staat gesteld een woning te kopen voor een prijs die lager is dan de marktwaarde en in ruil daarvoor dient men toekomstige waarde- stijgingen (of -dalingen) met de corporatie te delen. De juridische verhouding tussen de corporatie en de koper van de woning wordt op verschillende manieren vormgegeven. Vaak speelt erfpacht daarin een belangrijke rol, omdat in de erfpachtvoorwaarden een anti-speculatiebeding kan worden opgenomen met goederenrechtelijke werking. Hierna bespreek ik twee constructies die in de praktijk worden gehanteerd en ga ik in op enkele civielrechtelijke kwesties rondom beide varianten. Ten slotte sta ik kort stil bij enkele fiscale bijzonderheden die bij deze varianten de aandacht verdienen.

---

<sup>75</sup> Vgl. hetgeen hierna in hoofdstuk V, paragraaf 2.1 wordt opgemerkt over wijzigingen die de erfverpachter eenzijdig kan bewerkstelligen als sanctie op tekortschieten in de nakoming van de erfpachtverplichtingen.

<sup>76</sup> ‘Algemene erfpachtvoorwaarden weggebonden horeca-ondernemingen 2001’, ingeschreven in de openbare registers, in register 4 onder deel 57721, nummer 87.

<sup>77</sup> Deze paragraaf is een bewerking van Vonck 2007b.

## 5.2. De twee te bespreken varianten

### ***De a-variant***<sup>78</sup>

De kern van, wat ik hier zal noemen, de a-variant wordt gevormd door een eeuwigdurende erfpacht zonder canonverplichting. De verkrijger betaalt bij aanvang een bepaald percentage, bijvoorbeeld vijfenzeventig procent, van de waarde van de onderliggende zaak. In de vestigingsakte wordt vervolgens geregeld dat hij zijn recht niet zonder toestemming van de grondeigenaar kan overdragen. Daarbij wordt bepaald dat de grondeigenaar de toestemming zal verlenen onder de opschortende voorwaarde dat de erfpachter zijn recht eerst aan hem aanbiedt voor een prijs die wordt vastgesteld volgens een eveneens in de vestigingsakte vastgelegde formule. Die formule strekt ertoe dat de erfpachter het bedrag terugontvangt dat hij zelf bij aankoop heeft betaald, plus een vergoeding voor de waardestijging die het gevolg is van verbeteringen die voor zijn rekening zijn aangebracht<sup>79</sup>, plus een overeengekomen percentage, bijvoorbeeld de helft, van de overige waardestijging. Omdat de grondeigenaar zich verbindt om de erfpacht ook daadwerkelijk terug te zullen kopen, komen niet alleen waardestijgingen, maar ook waardedalingen steeds gedeeltelijk voor zijn rekening.

Een voorbeeld ter verduidelijking: Y verkrijgt in 2007 van X een recht van erfpacht onder de hier besproken voorwaarden: hij betaalt bij aanvang dus vijfenzeventig procent van de waarde van het perceel en hij deelt voor vijftig procent mee in de waardestijging. In 2007 is de waarde van het perceel € 200.000, zodat Y bij aanvang € 150.000 dient te betalen voor zijn recht. In 2014 wil hij zijn recht vervreemden. De waarde van het perceel is dan € 250.000. Van die waardestijging is € 10.000 het gevolg van verbeteringen aan de woning. X betaalt dan dus ( $€ 150.000 + € 10.000 + (€ 40.000 \times 0,5 =) € 20.000 =$ ) € 180.000. Stel echter dat de waarde niet gestegen is tot € 250.000, maar is gedaald tot € 170.000 en dat de waarde zonder de verbeteringen van Y nog verder zou zijn gedaald, namelijk tot € 160.000. In dat geval betaalt X hem ( $€ 150.000 + € 10.000 + (-€ 40.000 \times 0,5 =) -€ 20.000 =$ ) € 140.000. Y deelt zo voor de helft in het waardeverlies van € 40.000, en krijgt het waarde-effect van zijn verbeteringen volledig vergoed.

---

<sup>78</sup> De a-variant lijkt sterk op het 'maatschappelijk gebonden eigendom' (MGE) dat in Rotterdam al sinds het begin van de jaren tachtig bestaat. Daarover o.a. Venema 1984 en De Vries-Kalff 1986.

<sup>79</sup> De omvang van dit effect wordt vastgesteld door bij de vestiging van de erfpachtverhouding aan een taxateur opdracht te geven om de staat van de woning ('waarbij zowel de als onroerend aan te merken voorzieningen als de staat van het onderhoud van de woning worden betrokken') te beschrijven. Voorafgaand aan de terugverkoop wordt opnieuw een dergelijke opdracht verstrekt. Door beide beschrijvingen met elkaar te vergelijken, dient de taxateur dan te bepalen welke verbeteringen er zijn aangebracht en wat daarvan het waarde-effect is.

### *De b-variant*

In de b-variant stelt men de waarde vast van de opstal en van de grond. Vervolgens wordt (om in paragraaf 5.4.2 te noemen fiscale redenen) een erfpachtrecht en een zelfstandig opstalrecht gevestigd op het erf. De aspirant-bewoner koopt beide rechten en bepaalt zelf (binnen zekere grenzen) welk bedrag hij daarvoor wil betalen. Voor het gedeelte van de waarde dat hij niet betaalt, wordt een canon en een retributie vastgesteld van bijvoorbeeld vijf procent per jaar. Daarbij komt het wel betaalde bedrag (eveneens op verzoek van de fiscus) in eerste instantie in mindering op de grondslag waarover de opstalretributie berekend wordt.

Stel dat de waarde van de grond wordt vastgesteld op € 50.000 en de waarde van de opstal op € 150.000. Koper Y kiest ervoor om bij aanvang € 75.000 te betalen. De retributie bedraagt dan bij aanvang ( $€ 75.000 \times 0,05 =$ ) € 3.750 per jaar. De erfpachtcanon bedraagt ( $€ 50.000 \times 0,05 =$ ) € 2.500 per jaar. In totaal wordt dus € 6.250 per jaar verschuldigd. Had Y ervoor gekozen om € 175.000 te betalen, dan zou geen retributie en een canon van ( $€ 25.000 \times 0,05 =$ ) € 1.250 per jaar verschuldigd zijn.

De hoogte van de canon en de retributie wordt jaarlijks gecorrigeerd aan de hand van de 'woningwaarde-index'. Dat is een index waarin het Kadaster de gemiddelde waardeverandering van woningen bijhoudt voor iedere provincie, per woningcategorie. Wanneer dus de prijzen van eengezinswoningen in Gelderland in een jaar met drie procent stijgen, dan stijgen de canon en de retributie van Gelderse eengezinswoningen in de b-variant ook met drie procent.

Het voordeel dat starters op de woningmarkt bij deze constructie hebben, is gelegen in een eveneens afgesloten onderhandse overeenkomst, die de koper vervolgens vrijstelt van zijn betalingsverplichtingen. In diezelfde overeenkomst wordt afgesproken dat de erfpachter/opstaller ook de bloot eigendom van het perceel koopt. Die eigendom wordt geleverd onmiddellijk voorafgaand aan het moment waarop de bewoner de volle eigendom (of (een van) de beperkte rechten) doorlevert aan een derde. Pas dan hoeft hij ook te betalen voor de bloot eigendom. De prijs is gelijk aan de contante waarde van de dan nog te verschijnen canon- en retributietermijnen, welke berekend wordt door de canon en retributie van dat moment te delen door het gekozen canon- en retributiepercentage (in het voorbeeld dus vijf procent). Enfin, de strekking van de constructie is dat de koper bij het begin van de rechtsverhouding een gedeelte van de waarde van de woning betaalt, en dat hij het restant betaalt bij doorverkoop. De hoogte van dat restant is dan afhankelijk van het verloop van de index. Kopers zijn overigens ook bevoegd om (gedeeltelijk) af te kopen als (nog) geen sprake is van doorverkoop.

Terug naar het voorbeeld, waarin de canon en retributie bij aanvang gezamenlijk € 6.250 bedragen. Stel dat Y zijn woning wil vervreemden aan Z en de toepasselijke index op dat moment met vijftientig procent gestegen is. De (niet verschuldigde) canon en retributie bedragen dan ( $€ 6.250 \times 1,25 =$ ) € 7.812,50. Dat betekent dat Y op dat moment ( $€ 7.812,50/0,05 =$ ) € 156.250 voor de bloot eigendom zal moeten betalen. Stel nu dat Y de volle eigendom aan Z verkoopt voor € 255.000. Na betaling van de bloot eigendom houdt hij dan zelf ( $€ 255.000 - € 156.250 =$ ) € 98.750 over. Zouden het erfpacht- en het opstalrecht echter door schuldeisers van Y worden geëxecuteerd, dan zal de grondeigenaar het genoemde bedrag van € 156.250 uiteraard niet ontvangen, maar daar zou dan tegenover staan dat de veilingkoper (die immers geen beroep op de onderhandse overeenkomst kan doen) hem periodiek canon en retributie zal moeten betalen, tenzij deze die verplichting zelf, voor eveneens € 156.250, afkoopt.

De waarde van het bloot-eigendomsrecht verandert dus afhankelijk van de index van het Kadaster. Daardoor komt de waardeverandering die het gevolg is van handelen (of nalaten) van de gebruiker voor diens rekening, althans voor zover dat afwijkt van het gemiddelde in de regio. Daarnaast bestaat echter het risico dat de waardeverandering die buiten de invloedssfeer van de koper ontstaat, niet met de cijfers uit de index overeenstemt. Dat risico zal in de praktijk het grootst zijn voor de minst draagkrachtigen, die immers in de regel bij aanvang van de rechtsverhouding relatief weinig zullen betalen. Daardoor moet bij doorverkoop een grotere afkoopsom worden betaald, en het is nu juist de hoogte van die afkoopsom die van het verloop van de index afhankelijk is.<sup>80</sup> Wie onder deze voorwaarden een woning koopt, zal zich dus zeer wel bewust moeten zijn van de uiterst grofmazige wijze waarop de hoogte van de te betalen afkoopsom wordt vastgesteld.

### *5.3. Enkele civielrechtelijke aspecten van de besproken varianten*

#### *5.3.1. De a-variant: de overdrachtsbeperking in de erfpachtverhouding*

##### **5.3.1.1. Algemeen**

De overdraagbaarheid van de rechten in de a-variant is afhankelijk van de toestemming van de grondeigenaar. Deze wordt verleend onder de opschortende

---

<sup>80</sup> Via de website van het Kadaster kan men een tweede index raadplegen (de 'marge-index'), aan de hand waarvan de betrouwbaarheid van de verschillende woningwaarde-indices in ieder geval enigszins kan worden beoordeeld. Ook kan men voorafgaand aan de koop van een dergelijk recht uiteraard enig onderzoek doen naar de verschillen in het verleden, tussen het verloop van de index en de waardeontwikkeling in de specifieke buurt. In hoeverre in de praktijk schrijnende situaties kunnen ontstaan, zal voorts afhangen van de wijze waarop woningcorporaties omgaan met gevallen waarin de feitelijke waardeontwikkeling sterk van de index afwijkt. De directeur van een van de corporaties die de b-variant aanbiedt, heeft mij in ieder geval gezegd op dit punt een 'vangnetfunctie' voor de corporatie te zien.

voorwaarde dat de erfpacht aan de grondeigenaar wordt aangeboden voor een prijs die wordt vastgesteld volgens een bepaalde formule. Of het stellen van die voorwaarde geoorloofd is, moet worden gezien in het licht van art. 5:91 lid 4 BW. Daarin wordt voor het geval dat de erfpachter zijn recht slechts met toestemming van de eigenaar kan overdragen, geregeld dat vervangende machtiging kan worden verkregen wanneer de toestemming zonder redelijke gronden geweigerd wordt. Dat impliceert dat ook de eventuele voorwaarden die worden verbonden aan een toestemming, de toets der redelijkheid moeten kunnen doorstaan. Hoe redelijk is het nu dat de erfpachter verplicht wordt om zijn recht terug te verkopen aan de bloot eigenaar voor een prijs die beneden de marktprijs van de onroerende zaak ligt? Bij de beantwoording van die vraag maak ik onderscheid tussen de redelijkheid jegens de eerste erfpachter en de redelijkheid jegens diens rechtsopvolgers.

### **5.3.1.2. Het inroepen van de voorwaarde tegen de eerste erfpachter**

Het inroepen van een aanbiedingsverplichting met een prijsbeding jegens iemand die deze voorwaarden uitdrukkelijk heeft aanvaard, is niet zonder meer redelijk. Uit jurisprudentie over de regel van art. 6:233 sub a BW (onredelijke bezwarendheid van algemene voorwaarden) wordt duidelijk dat dergelijke voorwaarden soms onredelijk bezwarend worden geacht jegens degene tegen wie ze worden ingeroepen. Zo werden de kopers van appartementen in de Lochemse ‘Parkwoningen Hoge Weide’ bij aankoop verplicht om hun woning in geval van een voorgenomen vervreemding aan te bieden aan de oorspronkelijke verkoper.<sup>81</sup> Deze mocht de woning dan kopen voor de oorspronkelijke koopprijs, gecorrigeerd met het zogeheten ‘prijsindexcijfer nieuwbouwwoningen en verkoopprijzen van woningen’. Als een van de kopers (die met tegenzin akkoord gegaan was) overlijdt, stelt zijn erfgename zich op het standpunt dat het beding een onredelijk bezwarende algemene voorwaarde is, die dus op grond van art. 6:233 sub a BW kan worden vernietigd. Bij een verkoop van de woning tegen de marktprijs, zou zij een aanmerkelijk hogere opbrengst ontvangen. Het Hof Leeuwarden stelt haar uiteindelijk in het gelijk. Het hof acht het beding bezwarend, omdat de koper “beperkt wordt in de uitoefening van de aan zijn appartementsrecht verbonden bevoegdheid om over dit recht te beschikken en [omdat] dat leidt tot potentiële vermogensschade”. Dit wordt onredelijk geacht, nu een en ander niet wordt gerechtvaardigd door de aard van de overeenkomst, of wordt gecompenseerd door de overige inhoud daarvan. Het hof merkt in het bijzonder op dat de verkoper niet aannemelijk heeft kunnen maken dat hij ook zelf een korting op de marktprijs had verleend. In het geval van de parkwoningen was dus sprake van een onredelijk bezwarende algemene voorwaarde. Dat

impliceert mijns inziens dat, wanneer bij de vestiging van een erfpachtverhouding dezelfde voorwaarde zou zijn opgenomen in een toestemmingsregeling, een beroep op die voorwaarde in de regel ook de redelijkheidstoets van art. 5:91 lid 4 BW niet zou kunnen doorstaan. De lat ligt daar voor de grondeigenaar immers nog wat hoger dan in art. 6:233 sub a BW.<sup>82</sup> Voor toepassing van art. 5:91 lid 4 is niet vereist dat het beding jegens de wederpartij onredelijk bezwarend is, maar dat het beroep op het beding onredelijk is. Die onredelijkheid kan dus ook het gevolg zijn van omstandigheden die zijn ingetreden nadat de voorwaarde is overeengekomen (en die dus niet het beding zelf, maar wel het beroep daarop onredelijk maken), en bovendien is voldoende dat het beroep op het beding meer in het algemeen (en niet specifiek jegens de wederpartij) onredelijk is.

Passen we niettemin de criteria van het hof toe op het beding in de a-variant, dan lijkt die voorwaarde jegens de eerste erfpachter niet onredelijk bezwarend te zijn. Hij wordt enerzijds verplicht om de bij aanvang van de rechtsverhouding verkregen korting terug te betalen, en anderzijds om het waarderisico te delen met de grondeigenaar. De verplichting om terug te betalen is mijns inziens nauwelijks als bezwarend aan te merken.<sup>83</sup> De verplichting om het waarderisico te delen zou dat wel kunnen zijn, met name als de grondeigenaar recht heeft op een – in verhouding tot de hoogte van zijn investering – relatief hoog rendement.<sup>84</sup> De vraag is dan of die bezwaring redelijk is, en dus – in de lijn van het hof – of voor de erfpachter specifieke voordelen zijn opgenomen die zijn ‘pijn’ verzachten. Dat is mijns inziens het geval. De grondeigenaar deelt immers ook in eventueel waardeverlies en hij krijgt geen tussentijdse vergoedingen voor het gebruik van de zaak.<sup>85</sup> In veel gevallen krijgen aspirant-kopers bovendien de

---

<sup>81</sup> HR 21 februari 2003, *NJ* 2004, 567, m.nt. J. Hijma en i.h.b. Hof Leeuwarden 12 mei 2004, *NJF* 2004, 518.

<sup>82</sup> In veel gevallen zal (via de schakelbepaling van art. 6:216 BW) bovendien ook binnen de erfpachtverhouding sprake zijn van een algemene voorwaarde in de zin van afdeling 6.5.3 BW, zodat de regel van art. 6:233 sub a BW ook rechtstreeks van toepassing is.

<sup>83</sup> De uitspraak van het Hof Leeuwarden maakt wel duidelijk dat het belangrijk is dat er geen twijfel bestaat over het al dan niet verleend zijn van de korting. Het verdient daarom aanbeveling om – zoals dat overigens in alle door mij geraadpleegde aktes ook is gebeurd – in de vestigingsakte ook de getaxeerde waarde van de volle eigendom te memoreren.

<sup>84</sup> Zo deelt hij in het in paragraaf 5.2 genoemde voorbeeld voor vijftig procent in de waardeverandering, terwijl hij bij aanvang slechts vijftientwintig procent van de waarde heeft gefinancierd. Opmerking verdient overigens dat de minister van VROM in 2006 regels heeft gesteld met betrekking tot de verhouding tussen de omvang van de korting en het aandeel van de vervreemder in de waardeontwikkeling. Zie de circulaire van 10 juli 2006, MG2006-06. Deze regels gelden strikt genomen alleen voor toegelaten instellingen in de zin van art. 70 Woningwet. Kouffeld & Wiertsema 2011, p. 5 wijzen er echter op dat anderen deze regels kunnen volgen, ter beperking van het risico dat (een beroep op) hun regeling in rechte onredelijk wordt geoordeeld.

<sup>85</sup> Wanneer de eigenaar de zaak niet in erfpacht had uitgegeven, maar had verhuurd, dan was zijn aandeel in de waardeontwikkeling even groot als zijn aandeel in de grondwaarde (beide honderd procent), maar had hij daarnaast ook nog huurpenningen ontvangen.

mogelijkheid om te kiezen voor een variant waarbij ze de volledige waarde betalen en het volledige risico dragen. Ook dat kan een argument zijn om aan te nemen dat de voorwaarde niet onredelijk is.<sup>86</sup>

Is het invoeren van het beding dan anderszins onredelijk? Dat de voorwaarde redelijk is jegens de (voor zijn nadeel gecompenseerde) erfpachter, neemt de mogelijkheid niet weg dat het beding, bijvoorbeeld vanwege geschonden maatschappelijke belangen (art. 3:12 BW), op zichzelf onredelijk is. Waaraan moet worden gedacht? Het ligt voor de hand om die vraag te beantwoorden tegen de achtergrond van de ratio van art. 5:91 lid 4 BW. Waarom stelt de wet hier relatief strenge eisen aan de motivering van een beslissing die niet tot een onvoorwaardelijke toestemming strekt?<sup>87</sup> Dat hangt samen met het belang van de vrije overdraagbaarheid van goederen. Met art. 5:91 BW heeft de wetgever beoogd een juiste balans te vinden tussen enerzijds het uitgangspunt dat goederen (en dus ook erfpachtrechten) vrij overdraagbaar zijn, en anderzijds het belang van de grondeigenaar om invloed te houden op de persoon van opvolgende erfpachters.<sup>88</sup> De aanvaardbaarheid van de voorwaarde vermindert dus naarmate ze de overdraagbaarheid verder beperkt. Daarbij moet worden bedacht dat niet elke beperking onaanvaardbaar is: een toestemmingsregeling heeft immers vrijwel per definitie tot gevolg dat de overdraagbaarheid wordt beperkt, zeker wanneer (en juist voor dergelijke regelingen heeft de wetgever beoogd ruimte te creëren) een regeling de mogelijkheid schept om overdracht aan een bepaalde groep van personen te verbieden. Beperking van de overdraagbaarheid is in de a-variant nauwelijks aan de orde. Het stellen van de voorwaarde verlaagt de prijs, maar het maakt de erfpacht op zichzelf niet veel minder courant, zeker niet wanneer de erfverpachter zich tot terugkoop heeft verplicht. Mijns inziens staat dus ook het maatschappelijke belang van de overdraagbaarheid van goederen niet aan de redelijkheid van het stellen van de voorwaarde in de weg.

Verschillende rechterlijke uitspraken voeden echter de twijfel over de juistheid van dat standpunt. Zo oordeelt het Hof Amsterdam in een geschil tussen het

---

<sup>86</sup> Vgl. Algemene voorwaarden 2010 (Jongeneel), p. 138. Hoewel dit argument hier m.i. niet van doorslaggevende betekenis is, verdient het, wanneer een keuze is voorgelegd, aanbeveling om dat (zekerheidshalve) te vermelden in de vestigingsakte.

<sup>87</sup> Elders in titel 5.7 BW gelden minder strenge eisen. Het kan de erfpachter op grond van art. 5:94 lid 1 BW bijvoorbeeld simpelweg worden verboden om de zaak te verhuren. Wanneer een erfpachter dan – ondanks een dergelijk verbod – toestemming vraagt voor verhuur, geldt als uitgangspunt dat die toestemming mag worden geweigerd, tenzij dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW). Ook het weigeren van toestemming voor splitsing in appartementsrechten (art. 5:106 lid 7 BW) is sneller geoorloofd: zo'n weigering kan slechts succesvol worden aangevochten, wanneer ze *'kennelijk zonder redelijke gronden'* is geschied (mijn curs.;FJV). Zie voor een voorbeeld van de daar gehanteerde marginale toetsing Hof Den Haag 6 januari 2009, *NJF* 2009, 63, waarover Pleysier 2009.

<sup>88</sup> PG Boek 5, p. 312-313.



Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier en zijn erfpachter, dat de door de erfverpachter gestelde voorwaarde onredelijk is, omdat ze gericht is op beëindiging van de erfpacht in plaats van op overdracht.<sup>89</sup> Volgens het hof is dat in strijd met het goederenrechtelijk systeem. In een ander geval oordeelt het Hof Leeuwarden dat de voorwaarden uitsluitend de persoon van de erfpachter en het gebruik van de grond mogen betreffen, maar niet de betaling van een financiële vergoeding.<sup>90</sup> Die gedachte acht ik niet juist. In het Amsterdamse en in het Leeuwardense geval is problematisch dat de vestigingsvoorwaarden niet duidelijk maken onder welke voorwaarden de overdracht van de erfpacht zou worden goedgekeurd. Dat betekent echter niet dat de gestelde voorwaarden zonder meer – dus ook wanneer de voorwaarden duidelijk in de akte vermeld zouden zijn – onredelijk zijn. Uit de wet kan slechts de eis worden afgeleid dat de voorwaarde redelijk is. Aan dat vereiste kunnen zowel een financiële voorwaarde als de voorwaarde dat voor een bepaalde prijs wordt overgedragen aan de grondeigenaar voldoen.<sup>91</sup> Geen van beide voorwaarden is ook zonder meer in strijd met het goederenrechtelijk systeem.

Ook overigens zie ik geen redengevende argumenten om aan te nemen dat het stellen van de voorwaarde in de a-variant ongeoorloofd is. Zoals ik hiervoor al aangaf is het denkbaar dat het, ondanks de redelijkheid van de voorwaarde op zichzelf, toch niet redelijk is om op die voorwaarde een beroep te doen. Dat zou het geval zijn wanneer de grondeigenaar dat recht door later handelen of nalaten zou hebben verspeeld, of wanneer zich anderszins omstandigheden hebben voorgedaan waarbij moet worden aangenomen dat het niet redelijk is om de voorwaarde onder die omstandigheden in te roepen. Zulke ontwikkelingen laten zich mijns inziens niet goed denken bij dergelijke zuiver financiële voorwaarden. In het algemeen moet dus worden aangenomen dat het inroepen van de voorwaarde jegens de eerste erfpachter redelijk is in de zin van art. 5:91 lid 4 BW.

### **5.3.1.3. Het inroepen van de voorwaarde tegen latere erfpachters**

Executerende schuldeisers zijn op grond van art. 5:91 lid 1 BW niet gebonden aan de aanbiedingsverplichting met het prijsbeding. Kan het beding dan worden ingeroepen tegen de veilingkoper (gelet op de terugkoopplicht zijn andere rechtsopvolgers onder bijzondere titel niet goed denkbaar) die op zijn beurt wenst door te verkopen? Daarvoor is vereist dat het stellen van de voorwaarde

---

<sup>89</sup> Hof Amsterdam 7 juni 2007, te kennen uit HR 5 februari 2010, *NJ* 2010, 242. Zie ook mijn noot onder de publicatie van het arrest in *TBR* 2010/93.

<sup>90</sup> Hof Leeuwarden 14 januari 2010, *NJ* 2010, 236.

<sup>91</sup> In die zin Huijgen & Rijpert 2011, p. 812-813, Rb. Zutphen 23 november 2011, *RVR* 2012, 43 en V. Tweehuysen in haar annotatie bij Rb. Den Haag 30 november 2011, *JOR* 2012/233.

ook jegens hem redelijk is. De vraag is dus in welk opzicht de veilingkoper verschilt van de eerste erfpachter en of dat verschil een afwijkende behandeling kan rechtvaardigen.

Wellicht kan een veilingkoper zich erop beroepen dat hij bij aankoop van de erfpacht niet wist van het bestaan van de voorwaarde. Een dergelijk beroep kan alleen slagen wanneer de voorwaarde geen deel uitmaakt van de erfpachtverhouding zelf. Wanneer dat wel het geval is, dan zal art. 3:23 BW aan een geslaagd beroep op onwetendheid in de weg staan.<sup>92</sup> De opzet van art. 5:91 BW brengt echter met zich dat *elke* regeling die aangeeft wanneer toestemming wordt verleend, deel uitmaakt van de erfpachtverhouding. Op zichzelf laat art. 5:91 lid 1 BW aan de grondeigenaar namelijk de vrije keus om zijn toestemming te weigeren, te verlenen of onder voorwaarden te verlenen. Die vrijheid impliceert ook de mogelijkheid om te regelen onder welke voorwaarden toestemming zal worden verleend. Pas bij het feitelijke stellen van de voorwaarde, komt dan de redelijkheid om de hoek kijken: een weigering zonder redelijke gronden, kan door een machtiging van de kantonrechter worden vervangen (lid 4). De wet verplaatst de redelijkheidstoets dus naar de 'uitvoeringsfase': het moment waarop een beroep op de bepaling wordt gedaan. Op zichzelf is dat niet erg, omdat ook dan met vrijwel alle belangen rekening kan worden gehouden.<sup>93</sup> De bedingen die bij een redelijkheidstoets in de uitvoeringsfase echter buiten de boot vallen, zijn de bedingen die slechts redelijk zijn *mits* het de erfpachter bij aankoop van zijn recht maar bekend was dat de voorwaarde gesteld zou gaan worden. Wanneer immers tevoren vast staat dat iedere toestemmingsregeling deel uitmaakt van de erfpachtverhouding, dan kan feitelijke onbekendheid met de inhoud van die regeling niet meer aan redelijkheid in de weg staan. Onder meer de voorwaarde die in de a-variant gesteld wordt, valt in die categorie: de aspirant-erfpachter die kennis heeft van het bestaan van de toestemmingsregeling, kan zijn bod daar eenvoudig op afstemmen en verkeert nadien in dezelfde positie als de eerste erfpachter. Doordat het beding onderdeel is van de goederenrechtelijke erfpachtverhouding, zal het echter ook ingeroepen kunnen worden tegen iemand die de erfpacht zonder kennis van de voorwaarde heeft gekocht.

Op zichzelf is dat niet bezwaarlijk. In de eerste plaats is in ons rechtssysteem aanvaard dat het kopen van erfpachtverhoudingen zonder kennis van de vestigingsakte ertoe kan leiden dat men geconfronteerd wordt met onverwachte financiële verplichtingen. Die handelwijze brengt het risico met zich dat men te

---

<sup>92</sup> Als de voorwaarde geen deel uitmaakt van de erfpachtverhouding is geen sprake van een 'inschrijfbaar feit' in de zin van art. 3:17 BW, zodat art. 3:23 BW dan voor het beding niet geldt. Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 68.

<sup>93</sup> Zo is het bijvoorbeeld goed denkbaar dat de kantonrechter de grondeigenaar terugfluit die zijn toestemming slechts wil verlenen als aan de nieuwe erfpachter verplichtingen worden opgelegd die te ver van de aard van het erfpachtrecht verwijderd zijn om daarvan zelfstandig deel uit te kunnen maken.

veel betaalt, doordat bijvoorbeeld een canon verschuldigd is dan verwacht, of doordat geen rekening is gehouden met een naderende canonverhoging. Wanneer toelaatbaar is dat degenen die een erfpachtrecht kopen zonder kennis van de registers, worden geconfronteerd met onverwachte canonverplichtingen, valt moeilijk in te zien waarom het ontoelaatbaar zou zijn hen te confronteren met de eveneens enkel financiële gevolgen van onbekendheid met een prijsbeding. Voorts meen ik dat op de veilingnotaris een zorgplicht rust om de deelnemers aan de executieveiling nog eens te wijzen op het bestaan van een dergelijk prijsbeding.<sup>94</sup>

In de praktijk pleegt men overigens wel te regelen dat de prijs die de grondeigenaar aan een veilingkoper dient te betalen, niet afhankelijk is van de prijs die bij vestiging is betaald, maar van de prijs op de veiling. Dat voorkomt uiteraard dat veilingkopers worden geconfronteerd met betalingsverplichtingen die zij niet in de geboden prijs hebben verdisconteerd, echter daar staat tegenover dat er voor de grondeigenaar nog maar bar weinig resteert van de goederenrechtelijke zekerheid dat de bij aanvang verleende korting uiteindelijk weer zal worden terugontvangen.

### 5.3.2. *De b-variant: de verhouding tussen het erfpacht- en het opstalrecht*

Op grond van art. 5:101 lid 2 BW kan een opstalrecht afhankelijk worden gemaakt van een erfpachtverhouding. Nu afhankelijke rechten niet zelfstandig overdraagbaar zijn, is financiering van zo'n opstalrecht vaak lastig: vestiging van een hypotheekrecht is op grond van art. 3:228 BW immers uitgesloten.<sup>95</sup> Dat leidt tot problemen wanneer een opstalrecht afhankelijk is van een persoonlijk gebruiksrecht. In geval van koppeling aan een erfpachtrecht speelt dat niet, omdat dan een hypotheekrecht kan worden gevestigd op dat recht. Het is daarom vreemd dat bij het hanteren van de b-variant veelal gekozen wordt voor de vestiging van een zelfstandig opstalrecht. In theorie bestaat dan de mogelijkheid dat het opstalrecht later van de erfpacht gescheiden wordt. Voor de praktijk is dat risico uiteraard zeer gering, omdat er weinig aspirant-opstallers of -erfpachters te vinden zullen zijn die wensen te dulden dat er nog iemand met een gebruiksrecht is. In de praktijk bedingt men ook wel dat de opstaller hoofdelijk verbonden is voor de betaling van de erfpachtcanon. De zakelijke werking van

---

<sup>94</sup> Vgl. Hof Amsterdam (notariskamer) 7 december 2006, *NJF* 2007, 117, r.o. 7.2: "Gelet op de van hem te verwachten onpartijdigheid en zorgvuldigheid als veilende notaris, had het in de rede gelegen dat de notaris in het veilingboekje aspirant-kopers had gewezen op de mogelijkheid dat klaagster zich ten aanzien van hen op de toepasselijkheid van de MGE-bepalingen zou beroepen." Overigens strandde een dergelijk beroep van 'klaagster' i.c. wel, omdat was nagelaten om de akte waarin de MGE-bepalingen waren opgenomen (en waarnaar in de individuele vestigingsaktes steeds verwezen werd) in te schrijven in de registers. Zie Rb. Rotterdam 10 januari 2007, *LJN* AZ8539.

<sup>95</sup> Zie o.a. Van Velten 1993b en De Jong & Ploeger 2008, nr. 47.

die voorwaarde is twijfelachtig: de verplichting tot het betalen van de erfpachtcanon kan toch lastig als een nadere regeling van het opstalrecht worden aangemerkt. Art. 5:101 lid 3 BW biedt echter enige ruimte om de aansprakelijkheid van de opstaller voor de betaling van erfpachtcanons praktisch te realiseren, nu daar een algemene mogelijkheid wordt geboden om de opstaller te verplichten een periodieke geldsom te betalen aan de grondeigenaar. Die bepaling zegt niets over de wijze waarop de hoogte van dat bedrag moet worden bepaald, over de tegenprestatie die de grondeigenaar in ruil daarvoor moet verrichten of over de wijze waarop de ontvangsten door de eigenaar moeten worden besteed.<sup>96</sup> De opstalretributie kan dus bepaald worden op een bedrag waarin ook een vergoeding voor het gebruik van de grond is verdisconteerd. Men zou zelfs kunnen zeggen dat dit de normale praktijk is: de opstalretributie is een vergoeding die de opstaller aan de grondeigenaar betaalt voor het gebruik van de grond waarop ‘zijn’ opstal is gebouwd. De verplichting tot betaling van de retributie kan vervolgens (gedeeltelijk) afhankelijk worden gemaakt van het al dan niet betaald zijn van de erfpachtcanon (en vice versa).

Vanuit civielrechtelijk oogpunt is dit wel een nogal gekunstelde constructie. Als men een koppeling wil aanbrenge n tussen een erfpacht- en een opstalrecht ligt het meer in de rede om het opstalrecht op de voet van art. 5:101 lid 2 BW afhankelijk te maken van het erfpachtrecht. Bij navraag bleek mij evenwel dat de keuze voor een zelfstandige opstal is ingegeven door fiscaalrechtelijke overwegingen: de belastingdienst blijkt toepasselijkheid van de eigenwoningregeling in de Wet IB 2001 sneller aan te nemen bij een splitsing in twee zelfstandige rechten. Ik kom daar in paragraaf 5.4.2 op terug.

### 5.3.3. *Nogmaals de b-variant: toepassing van de TWHOZ?*

Teneinde enkele misstanden op de woningmarkt te doen ophouden, is in 1973 de Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken (TWHOZ) ingevoerd.<sup>97</sup> Deze wet verschaft aan de huurkopers van onroerende zaken een zeer vergaande bescherming.<sup>98</sup> Van een huurkoop in de zin van de wet is op grond van art. 1 lid 1 TWHOZ sprake wanneer een overeenkomst een koop en verkoop inhoudt van een onroerende zaak, waarbij partijen overeenkomen dat de koopprijs wordt betaald in termijnen, en dat de overdracht eerst zal plaatsvinden na voldoening van

---

<sup>96</sup> Zie hierna in hoofdstuk IV, paragraaf 8.2.3.

<sup>97</sup> Indertijd heette de wet nog de ‘Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerend Goed’, echter de naam is bij de invoering van het BW in 1992 met de terminologie van die wet in overeenstemming gebracht.

<sup>98</sup> Die bescherming strekt zo ver dat volgens sommige auteurs in feite sprake is van een huurkoopverbod van onroerende zaken. Zie Van Velten 2012, p. 246. Verschillende schrijvers achten het dan ook wenselijk dat de TWHOZ vervangen wordt door een meer evenwichtige definitieve regeling. Zie o.a. Bekkers 1991, p. 110, Maas 1995 en Van Velten 1995b.

twee of meer termijnen die verschijnen nadat de koper in het genot van het goed is gesteld. Lid 2 voegt daaraan toe dat ook alle overeenkomsten met een dergelijke ‘strekking’ aan de voorschriften van de wet zijn onderworpen. Bij bestudering van de b-variant komt de vraag op of daar geen sprake kan zijn van huurkoop: voor de uiteindelijk beoogde overgang van de eigendom is immers de betaling van twee termijnen vereist (de initiële betaling bij aanvang van de erfpacht- en opstalverhouding en de slotbetaling bij de overgang van het eigendomsrecht). Wanneer wordt verkocht aan een zittende huurder verschijnen beide termijnen na de verschaffing van het genot. Dat de eerste termijn strikt bezien niet strekt tot betaling van de eigendom, maar tot betaling van het erfpacht- en het opstalrecht, maakt dat op zichzelf niet anders. Een dergelijk strikte benadering zou afbreuk doen aan de strekkingsbepaling van art. 1 lid 2 TWHOZ. Die gedachting zou het bijvoorbeeld mogelijk maken om een zuivere huurkoop te ‘verpakken’ in een erfpachtrecht: de huurkoper krijgt dan bij aanvang een tijdelijk recht van erfpacht, is de huurkooptermijnen periodiek verschuldigd in de vorm van een erfpachtcanon, en krijgt de bevoegdheid om de eigendom bij het einde van zijn recht te kopen voor een symbolische prijs. De strekking van de b-variant is dat de eigendom wordt gekocht, en dat men daarvoor in (minimaal) twee termijnen betaalt. Toch moet de vraag naar de toepasselijkheid van de TWHOZ in mijn optiek ontkennend worden beantwoord. In de eerste plaats ligt het in de rede om het moment waarop ‘de koper in het genot wordt gesteld’ te bepalen op het moment waarop de erfpacht- en opstalverhouding gevestigd worden. Pas dan krijgt hij het genot namelijk in hoedanigheid van koper. Daarvóór heeft hij dat als huurder van de zaak (in geval van verkoop aan een zittende huurder is tot aan het moment van vestiging ook nog huur verschuldigd) of in het geheel niet. Ook van de tweede betaling kan men zich afvragen of ze ‘meetelt’. In ieder geval naar zijn strekking verschijnt deze termijn toch immers gelijktijdig met de levering van de eigendom.<sup>99</sup> Wellicht dat als bijkomend argument nog kan worden genoemd dat de tweede betaling een vrijwillige is, omdat er in theorie niets op tegen is om bij het moment van vestiging meteen de *volle* waarde te betalen. Ik betwijfel echter of dat argument voldoende hout snijdt, omdat in de praktijk toch voor gebruik van de b-variant zal worden gekozen wanneer de mogelijkheid om de marktwaarde van de onroerende zaak te betalen, in feite juist *niet* bestaat. Niettemin meen ik dat de TWHOZ op de b-variant niet van toepassing is, wanneer het tenminste bij de twee genoemde betalingsmomenten blijft. Wie de constructie echter uitbreidt met enkele betalingsverplichtingen gedurende de looptijd van de beperkte rechten, riskeert dat de constructie wél onder het toepassingsbereik van de TWHOZ komt te vallen. Zodra dat het geval is, is het op grond van art. 10 van die wet

---

<sup>99</sup> Vgl. Kleijn 1975b, p. 7

bijvoorbeeld niet mogelijk om de hoogte van de te betalen termijnen tussentijds aan te passen. Die regel staat vermoedelijk ook aan een indexering van de termijnen in de weg.<sup>100</sup> Wellicht dat dan soms nog onder toepassing van de wet uit kan worden gekomen, door te stellen dat de TWHOZ eenvoudigweg niet *bedoeld* kan zijn om op de betreffende constructie van toepassing te zijn, en dat ook de strekkingsregel zélf naar zijn strekking moet worden uitgelegd.<sup>101</sup> Het lijkt evenwel riskant om erop te anticiperen dat die stelling in rechte houdbaar is.<sup>102</sup>

#### 5.4. Fiscale vraagstukken

##### 5.4.1. Behandeling voor de omzet- en overdrachtsbelasting

In de a-variant bestaat het voordeel van de erfpachter uit een korting: hij hoeft minder voor de onroerende zaak te betalen dan de waarde. Een dergelijke korting heeft ingrijpende fiscale consequenties indien de a-variant op nieuwbouwwoningen wordt toegepast. De normale overdracht van een nieuwbouwwoning door een woningcorporatie geldt als levering in de zin van art. 3 lid 2 Wet OB 1968. Een dergelijke levering is belast met btw, maar de woningcorporatie mag de btw die haar in de bouwfase in rekening is gebracht in aftrek brengen. Omdat de levering belast is met btw, blijft de heffing van overdrachtsbelasting bovendien achterwege (art. 15 lid 1 aanhef en onder a WBR). In het geval dat de corporatie een korting verleent, is blijkens het al aangehaalde art. 3 lid 2 Wet OB 1968 echter geen sprake meer van een levering. In plaats daarvan moet de vestiging van het erfpachtrecht in de a-variant worden aangemerkt als een dienst (art. 4 lid 1 Wet OB 1968), die – gelet op het feit dat de verkrijger een particulier is – is vrijgesteld van btw. Consequentie daarvan is dat de woningcorporatie de aan haar in rekening gebrachte btw niet in vooraftek mag brengen. Effectief is daarmee dus ook in die situatie wel degelijk btw verschuldigd. Omdat deze heffing echter niet haar beslag krijgt bij de vestiging van het erfpachtrecht, valt die vestiging niet onder de vrijstelling van art. 15 lid 1 aanhef en onder a WBR. Daarmee is overdrachtsbelasting verschuldigd.

In feite treedt dus een cumulatie op van beide belastingen, die zich bij normale uitgifte van nieuwbouw niet voordoet: in de bouwfase is btw verschuldigd en de transactie zelf is belast met overdrachtsbelasting. Onder bepaalde omstandig-

---

<sup>100</sup> Zie o.a. *Kamerstukken I 1972/73*, 11 277, nr. 81a, p. 2 (NEV), Stoffels 1974, p. 208 en Kleijn 1975b, p. 10.

<sup>101</sup> Zo reeds Stein 1976, p. 1075-1076.

<sup>102</sup> Wat overigens de mogelijkheid niet wegneemt dat een dergelijk beroep slaagt. Gewezen zij in dit verband op HR 15 maart 1996, *NJ* 1996, 639, waar het beroep van de huurkoper op een (in dat geval bestaande) bevoegdheid tot vernietiging van de overeenkomst in strijd wordt geacht met de redelijkheid en billijkheid. Annotator Kleijn leidt uit het arrest af dat de rechter niet erg positief tegenover deze TWHOZ staat.

heden is de Staatssecretaris van Financiën echter bereid de a-variant fiscaal zo te behandelen als normale nieuwbouw: belast met btw en vrijgesteld van overdrachtsbelasting. Aanvankelijk bestond die bereidheid alleen in gevallen van uitgifte door de zogenoemde ‘toegelaten instellingen’ in de zin van art. 70 Woningwet.<sup>103</sup> Inmiddels kunnen ook anderen gebruikmaken van de goedkeuring.<sup>104</sup> Vereist is dan wel dat na aftrek van de korting niet meer dan € 240.000 voor de woning in rekening wordt gebracht. In andere gevallen kan men dus geen gebruikmaken van deze goedkeuring; dan is de cumulatie van heffingen onvermijdelijk. Het problematische daarvan moet overigens ook weer niet worden overschat: in geval van oudbouw is ook overdrachtsbelasting verschuldigd, hoewel ook daar feitelijk btw op de onroerende zaak drukt, omdat die nu eenmaal bij de eerste uitgifte of in de daaraan voorafgaande bouwfase verschuldigd was.

#### *5.4.2. Behandeling voor de eigenwoningregeling van de Wet IB 2001*

De eigenwoningregeling in de Wet IB 2001 is niet enkel geschreven voor degenen die juridisch eigenaar zijn van hun woning. Vereist is op grond van art. 3.111 lid 1 Wet IB 2001 ‘slechts’ dat de belastingplichtige of diens partner de voordelen van de woning geniet, dat de lasten op hen drukken en dat de waardeverandering hen grotendeels aangaat. Als gevolg van deze bepaling komen ook diverse erfpachters voor toepassing van de eigenwoningregeling in aanmerking. Geldt dat ook voor een erfpachter in de a- en b-variant? Dat de kosten en lasten met betrekking tot de woning op hem drukken (onderhoud) is in beide gevallen geregeld, en dat hij de voordelen van de woning geniet (woongenot) is veelal ook duidelijk. De vraag is dus of de waardeverandering van de woning hem in voldoende mate aangaat.

#### ***De a-variant***

In het besluit van de Staatssecretaris van Financiën over de toepasselijkheid van de eigenwoningregeling op erfpachtverhoudingen, wordt expliciet vermeld dat een aanbiedingsverplichting (de kern van de a-variant) op zichzelf niet in de weg staat aan toepasselijkheid van de eigenwoningregeling.<sup>105</sup> Gezien de wettelijke regeling ligt dat ook voor de hand, nu zo’n verplichting op zichzelf niets afdoet

---

<sup>103</sup> Besluit van 7 december 2006, *V-N* 2007/6.20, waarnaar verwezen wordt in het Besluit van 14 september 2010, *V-N* 2010/52.23.

<sup>104</sup> Besluit van 28 maart 2011, *Stcrt.* 2011/20.18.1, waarover Kouffeld & Wiertsema 2011.

<sup>105</sup> Besluit van 2 november 2009, *BNB* 2010/27, nr. 1.2.3. Terzijde merk ik op dat de exegetische van het proza in dit besluit mij niet licht gevallen is. Ik durf niet geheel uit te sluiten dat een verkeerde uitleg tot gevolgtrekkingen heeft geleid die niet met de opvatting van de Staatssecretaris in overeenstemming zijn. Mij is bijvoorbeeld niet geheel duidelijk wat precies bedoeld wordt met *de gangbare juridische definitie van economische eigendom*

aan het waarderisico. Daarvoor is enkel relevant hoe de prijs wordt berekend die voor de erfpacht dient te worden betaald. Strekt die berekening ertoe om de waardeverandering van de woning in voldoende mate voor rekening van de erfpachter te doen komen? In de praktijk dragen de erfpachters in de a-variant minimaal de helft van het waarderisico. Strikt bezien is dat net iets te weinig. Art. 3.111 lid 1 aanhef en onder b Wet IB 2001 vereist immers dat de waardeverandering hem *grotendeels*, dus voor méér dan de helft, aangaat. Het genoemde besluit geeft echter aan dat ‘ten minste 50%’ van het risico voldoende is.<sup>106</sup> In de regel zullen de erfpachters in de a-variant dus gebruik mogen maken van de eigenwoningregeling. De rente op de lening die voor de financiering van de woning is aangegaan, zal dan voor hen aftrekbaar zijn.

### ***De b-variant***

De juridische splitsing in de b-variant tussen de grond en de opstal, is ingegeven door de gedachte dat bewoners dan reeds bij inleg van de helft van de opstalwaarde voldoende risico zouden lopen om recht te hebben op toepassing van de eigenwoningregeling. Het is sterk de vraag of die gedachtegang wel juist is. Wat verstaat de wet namelijk onder het begrip ‘woning’? Voor zover hier relevant, is dat een gebouw in de zin van art. 1 van de Woningwet, met de daartoe behorende aanhorigheden. Onder het begrip ‘aanhorigheden’ wordt datgene begrepen wat behoort bij de als woning in gebruik zijnde opstal, daarbij in gebruik is en daaraan dienstbaar is, zoals garages, stallen en tuinen.<sup>107</sup> Ook de grond onder een woning valt mijns inziens binnen die categorie.<sup>108</sup> Het eigenwoningbegrip omvat aldus de opstal met de ondergrond, zodat voor toepassing van de eigenwoningregeling vereist is dat de gebruiker minimaal de helft van het risico loopt ten aanzien van het geheel. Nu wordt de opstal met ondergrond enkel als ‘eigen woning’ gekwalificeerd *voor zover* de waardeverandering daarvan de bewoner grotendeels aangaat. Met een strikte interpretatie van art. 3.111 Wet IB 2001 is dus verdedigbaar dat de opstal ook los van de ondergrond een ‘eigen woning’ kan zijn voor de bewoner, namelijk wanneer slechts het waarderisico met betrekking tot die opstal hem grotendeels aangaat.<sup>109</sup> Ook dat is echter niet het

---

(nr. 1.1), met *een recht van erfpacht dat niet op de grond, maar wel op het pand is gevestigd* (nr. 1.2), en met *een persoonlijk recht van erfpacht* (nr. 1.2.1).

<sup>106</sup> Nr. 1.3.

<sup>107</sup> Zie o.a. HR 16 juli 1993, *BNB* 1993/281.

<sup>108</sup> Een nog braakliggend stuk grond zal onder omstandigheden waarschijnlijk zelfs kunnen worden gezien als een in aanbouw zijnde eigen woning in de zin van art. 3:111 lid 3 Wet IB 2001. Vgl. Rb. Haarlem 28 april 2006, *LJN* AW7214, r.o. 4.4. Zie ook Van Mourik 2006, p. 78.

<sup>109</sup> Men kan zich overigens afvragen of de belastingdienst zich met een dergelijk stringente interpretatie zal kunnen verenigen. Uit het genoemde besluit lijkt namelijk te blijken dat toepassing van de eigenwoningregeling geweigerd wordt voor erfpachters die een markt-



geval voor een gebruiker in de b-variant die slechts de helft van de opstalwaarde heeft betaald, omdat zijn risico niet aan de ontwikkeling van de opstalwaarde is gerelateerd. Wanneer de woning verkocht wordt, ontvangt hij immers de marktwaarde van de grond met de opstallen, en dient hij een afkoopsom te betalen voor de canon- en retributieverplichting, waarvan de hoogte afhankelijk is van de waardeontwikkeling van gronden met opstallen in de regio. Een bewoner die dus slechts de helft van de opstalwaarde betaalt, loopt én niet de helft van het waarderisico met betrekking tot die opstal (daaraan is zijn risico niet gerelateerd) én niet de helft van het waarderisico met betrekking tot de opstal met de ondergrond (zijn risico is te klein). Wel zou men kunnen aannemen dat de woninggebruiker in de b-variant minder dan de helft van de waarde van de opstal met de ondergrond hoeft in te leggen, omdat het waarderisico van de grondeigenaar niet is gerelateerd aan de betreffende woning, maar aan de index. Die index geeft niet de waardeverandering weer van de individuele woning, maar van de gemiddelde woning in de regio. Een aantal risicofactoren is daarmee niet of nauwelijks in de index verdisconteerd. Dat deel van het risico komt (nagenoeg) volledig voor rekening van de bewoner, ongeacht diens inleg. Hoe groot dan het bedrag is dat de bewoner bij aanvang dient te betalen om voldoende risico te lopen, is in zijn algemeenheid niet goed te zeggen. Echter, de juridische splitsing, die ook de civielrechtelijke schoonheidsprijs al bepaald niet verdient, lijkt mij in fiscaal opzicht eveneens overbodig. Zo'n splitsing beïnvloedt de risicoverdeling niet. Waarom de belastingdienst toestaat dat de eigenwoningregeling wordt toegepast door erfpachters/opstallers in de b-variant die de helft van de opstalwaarde hebben betaald, mits maar zowel een erfpacht-, als een *zelfstandig* opstalrecht gevestigd is, is mij dan ook niet duidelijk. Dat neemt uiteraard niet weg dat de betreffende erfpachters/opstallers aan concrete toezeggingen van de belastingdienst een in rechte te beschermen vertrouwen kunnen ontleen.

## **6. Uitgifte door beleggers in onroerend goed**

### *6.1. Algemeen*

In de eerder besproken gevallen van gronduitgifte in erfpacht is de wens invloed uit te oefenen op het gebruik of op de gebruiker van de onroerende zaak steeds (een van) de reden(en) geweest om voor deze rechtsvorm te kiezen. In deze paragraaf staat de uitgifte in erfpacht door beleggingsinstellingen centraal, die de rechtsfiguur gebruiken als zuivere financieringsvorm, alternatief aan de verstrekking van een hypothecaire geldlening. De erfpachters van deze beleggers waren tot voor kort vooral bedrijven, voor wie in de constructie interessante fiscale voordelen besloten liggen. Inmiddels zijn er ook geregeld particulieren die

---

conforme canon voor de grond betalen, wanneer zij niet het *volledige* risico lopen ten aanzien van de opstal (nr. 1.2.2).

zich ertoe laten verleiden hun woning met erfpacht te financieren. Ik bespreek hierna beide situaties, waarbij ik me voor wat betreft de ondernemingen beperk tot de agrarische gevallen. De figuur komt in de praktijk met name voor agrarische ondernemingen voor, terwijl bovendien rondom de agrarische erfpacht nog enkele andere bijzonderheden spelen die korte bespreking verdienen. Dat neemt niet weg dat de fiscale voordelen die aan de constructie kleven voortvloeien uit art. 3.25 Wet IB 2001 en daarom ook voor niet-agrarische ondernemingen gelden.

## 6.2. Agrarische erfpacht

Agrariërs kunnen het gebruik van landbouwgrond vaak niet alleen hypothecair, maar ook door middel van erfpacht financieren. Zij verkrijgen de door hen benodigde liquiditeiten dan niet door deze te lenen, maar door de grond met voorbehoud van een tijdelijk recht van erfpacht te vervreemden aan een beleggingsinstelling. Deze erfpacht moet een looptijd hebben die langer is dan vijftientig jaar.<sup>110</sup> Die termijn wordt ingegeven door art. 7:399d BW, dat bepaalt dat op agrarische erfpachtrechten met een onbepaalde duur of met een bepaalde looptijd van vijftientig jaar of korter, de pachtregels van overeenkomstige toepassing zijn. De dwingendrechtelijke bepalingen in titel 7.5 BW (pacht) hebben een sterk beperkende invloed op de mogelijkheden om de meest gewenste inhoud te geven aan die erfpachtverhoudingen. In het bijzonder wordt de maximale hoogte van de canon bepaald door het op de voet van art. 7:327 lid 1 BW vastgestelde Pacht Prijzenbesluit 2007 en door de Regeling pacht prijzen. Daarenboven meen ik dat dergelijke erfpachtrechten niet tegen vergoeding mogen worden overgedragen. Reden daarvoor is dat art. 7:399c lid 2 BW naar mijn mening in de weg staat aan het bedingen van sleutelgeld bij de overgang van pachtrechten.<sup>111</sup>

Erfpachtrechten met een bepaalde duur, langer dan vijftientig jaar, kunnen echter goed worden gebruikt als vehikels voor een financieringsstructuur, alternatief aan hypotheek. Gedurende de looptijd van de erfpacht is de boer een canon verschuldigd aan de belegger, waarvan de hoogte wordt gesteld op een percentage van het bedrag dat de belegger bij de verkrijging van de eigendom heeft betaald. Dit bedrag is nooit gelijk aan de volledige waarde van de grond:

---

<sup>110</sup> Zie hierover ook Somsen 1989.

<sup>111</sup> Zie uitgebreid Vonck 2008. In die bijdrage komt echter een arrest van het Hof Arnhem ter sprake, dat het bedingen van vergoedingen bij de overgang van pachtrechten wel toestaat. Zie Hof Arnhem 19 augustus 2008, *Agr.R.* 2008, 5455, m.nt. D.W. Bruil. Sindsdien heeft ook Rodrigues Lopes 2011, p. 108-109 nog verdedigd dat bij de overgang van de pacht een redelijke vergoeding mag worden bedongen. De Hoge Raad heeft zich over dit vraagstuk nog niet uitgelaten. Het tegen voornoemd arrest ingestelde cassatieberoep is niet in behandeling genomen, omdat de procedure voor 1 september 2007 was begonnen, toen het

de belegger betaalt bijvoorbeeld zeventig procent van die waarde en brengt over dat bedrag een canon in rekening. De overige dertig procent kan worden beschouwd als waarde van de erfpacht, die in handen blijft van de boer. De hoogte van deze canon wordt periodiek geïndexeerd, bijvoorbeeld aan de hand van de inflatie. De indexering maakt het mogelijk dat de aanvangscanon minder hoog is dan de hypotheekrente zou zijn geweest: bij een normale geldlening wordt de hoogte van de rente mede bepaald door het risico van geldontwaarding, terwijl in de erfpachtconstructie dat risico door de erfpachter zelf wordt genomen.

Een belangrijk voordeel van deze constructie is fiscaal van aard. De agrariër die zijn grond in eigendom heeft, mag niet afschrijven op zijn land: grond wordt geacht zijn waarde te behouden. Bij de erfpachtconstructie kan dat anders zijn. Onder de hierboven geschetste uitgiftevoorwaarden verliest de erfpacht, die bij aanvang nog dertig procent van de grondwaarde waard is, zijn waarde naarmate de einddatum dichterbij komt. De boer mag om die reden bij aanvang van de erfpacht de genoemde dertig procent activeren op zijn balans en daarop afschrijven. Op die manier kan hij zijn fiscale winst omlaag brengen met kosten die hij niet direct in zijn portemonnee voelt.<sup>112</sup>

In de praktijk wordt de hier genoemde constructie wel aangevuld met een beding op grond waarvan de erfpachter de bevoegdheid heeft om de eigendom van de grond bij het einde van de rechtsverhouding terug te kopen tegen een prijs die waarschijnlijk lager is dan de marktwaarde die de grond op dat moment zal hebben. Meestal kan de erfpachter de grond terugkopen voor het bedrag dat hem indertijd ook zelf is betaald, vermeerderd met dezelfde indexering als die waaraan ook de canon onderhevig is.

Agrariër A verkoopt op 1 januari 2010 zijn grond met een waarde van 100 aan beleggingsinstelling B. Daarvoor betaalt B 70. Op grond van de erfpachtvoorwaarden is A een canon verschuldigd, die bij aanvang 2,8 bedraagt (4 procent van 70), maar die jaarlijks wordt gecorrigeerd aan de hand van de consumentenprijsindex. Bij het einde van de erfpacht in 2040 is A bevoegd de eigendom terug te kopen voor 70, gecorrigeerd aan de hand van dezelfde consumentenprijsindex. Gesteld dat de inflatie gedurende de periode tussen 2010 en 2040 in totaal honderd procent is, kan A de grond in 2040 kopen voor 140. Omdat grond in de regel op de lange termijn waardevast is, mag worden verwacht dat A te zijner tijd van die bevoegdheid gebruik zal maken: de grond zal dan meer waard zal zijn dan 140. Onder deze omstandigheden blijft hij daarom gedurende de looptijd van de erfpacht degene die belang heeft bij de werkelijke waardeontwikkeling van de grond. In economische zin blijft A eigenaar.

Is in de rechtsverhouding een terugkooprecht opgenomen, dan wordt niet toegestaan dat de agrariër afschrijft op de op het door hem geactiveerde recht op

---

Arnhemse gerechtshof nog de hoogste rechter in pachtzaken was. Zie HR 11 september 2009, *Agr.R.* 2009, 5539.

<sup>112</sup> HR 9 februari 2000, *BNB* 2000/277

gebruik van de grond. Zijn recht verliest geen waarde gedurende de looptijd van de erfpacht. Niettemin kunnen ook aan deze variant interessante fiscale voordelen verbonden zijn. De Hoge Raad staat namelijk toe dat de constructie wordt aangemerkt als een geïndexeerde geldlening.<sup>113</sup>

In het voorbeeld betekent dit dat A de aan hem betaalde 70 mag behandelen als een aan hem verstrekte lening. De jaarlijkse canon die hij betaalt, kan hij als rente in mindering brengen op zijn winst. Daarnaast is fiscaal van belang dat ook de waarde van zijn terugbetalingsverplichting (de 'hoofdsom') toeneemt. Met een inflatie in 2010 van 1,3 procent, kon A in dat jaar niet alleen de verschuldigde canon (2,8) in mindering brengen op zijn winst, maar ook het bedrag waarmee zijn 'schuld' in dat jaar is toegenomen: 0,91. De systematiek levert hem dus een aftrekpost op van 3,71, terwijl hij feitelijk niet meer dan 2,8 heeft betaald.

Het zal duidelijk zijn dat de erfpachtfinanciering niet voor alle agrariërs aantrekkelijk is. De voordelen van de constructie manifesteren zich vooral bij de aanvang van de rechtsverhouding. Naarmate de looptijd van de erfpacht vordert, vermindert het voordeel van de lage aanvangscanon: waar bij hypothecaire financiering kan worden gekozen voor een rente die lange tijd op hetzelfde niveau blijft, neemt de hoogte van de erfpachtcanon toe met de inflatie. Het dieptepunt komt aan het einde, als blijkt dat de kosten die al die jaren in aftrek zijn gebracht, ook daadwerkelijk blijken te zijn gemaakt: de boer is of de grond kwijt, of hij dient het verhoogde bedrag daadwerkelijk terug te betalen. Of deze constructie voor hem per saldo dus daadwerkelijk aantrekkelijker is dan hypothecaire financiering, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Van belang is in het bijzonder hoe rendabel de agrariër de extra liquide middelen in de aanvangsfase kan besteden en of hij een dusdanig inkomen heeft dat hij fiscaal optimaal profijt heeft van de financieringsvorm: extra aftrekposten zijn nu eenmaal aantrekkelijker voor degene die over de top van zijn inkomen tweenvijftig procent belasting betaalt, dan voor degene die daarover drieëndertig procent verschuldigd is.

### *6.3. Particuliere erfpacht voor woningen*

#### *6.3.1. Algemeen*

De fiscale voordelen die aan de in de vorige paragraaf besproken vorm van uitgifte in erfpacht verbonden zijn, vloeien voort uit het bepaalde in art. 3.25 Wet IB 2001: "De in een kalenderjaar genoten winst wordt bepaald volgens goed koopmansgebruik." Die bepaling geldt voor ondernemers en is niet van toepassing op particulieren die hun woonhuis met behulp van erfpacht financieren. Niettemin worden tegenwoordig ook steeds vaker woningen in erfpacht gegeven

---

<sup>113</sup> HR 10 april 1996, *BNB* 1996/274.

door beleggers in onroerend goed. Deze ‘particuliere erfpacht’ staat de laatste jaren negatief in de belangstelling, onder meer omdat banken wegens onduidelijke of bezwarende erfpachtbepalingen steeds vaker weigeren deze rechten (hypothecair) te financieren.

Particulieren die hun grond louter met een beleggingsmotief in erfpacht geven, kunnen grofweg in twee categorieën worden onderscheiden. De eerste groep betreft de gevallen van particulieren die erin zijn geslaagd grond in eigendom te verwerven in de traditionele erfpachtgebieden en deze zelf uitgeven in erfpacht. Dit gebeurt vaak onder (nagenoeg) dezelfde voorwaarden als die van het betreffende overheidslichaam (meestal een gemeente, maar ook is denkbaar dat in het gebied een waterschap of bijvoorbeeld Staatsbosbeheer de dominante erfverpachter is). De tweede variant van particuliere erfpacht komt door het hele land voor. Dit betreft de praktijk van beleggingsinstellingen die erfpacht – net zoals besproken voor de agrarische sfeer – aanbieden als financieringsstructuur, alternatief aan hypotheek.

### *6.3.2. Particuliere erfpacht in de traditionele erfpachtgebieden*

De in de traditionele erfpachtgebieden voorkomende particuliere erfpachtrechten lijken vaak sterk op de erfpachtrechten van de op de betreffende locaties actieve overheidslichamen. Dat verwondert niet wanneer men zich bedenkt dat het doel van de particuliere erfverpachters gelijk is aan een van de doelen van deze overheden: profiteren van de waardeontwikkeling van de grond. Zij zijn tot de verwezenlijking van dat doel in staat omdat degenen die in het betreffende gebied een woning willen verwerven, toch op erfpacht zijn aangewezen. Waar particuliere erfverpachters zich in andere gebieden snel uit de markt prijzen, bieden zij in de traditionele erfpachtgemeenten een product waaraan de verkrijger toch niet kan ontkomen.

Deze voordelige concurrentiepositie is het sterkst aanwezig in de gevallen waarin de belegger voorwaarden bedingt die voor de erfpachter even belastend of minder belastend zijn dan de voorwaarden die de plaatselijke overheid stelt.<sup>114</sup> Wanneer dezelfde voorwaarden worden bedongen, is echter nog niet gezegd dat ook de rechtspositie van de particuliere erfpachter hetzelfde is als die van de wederpartij van de overheid. Overheden worden namelijk aan strengere regels gehouden dan particulieren. In de eerste plaats is denkbaar dat de algemene erfpachtvoorwaarden in het geval van uitgifte door een overheid wel en in het geval van uitgifte door een particulier niet als algemene voorwaarden in de zin

---

<sup>114</sup> Terzijde merk ik op dat niet zonder meer gesteld kan worden dat particuliere erfpacht voor de erfpachter aantrekkelijker is dan overheidserfpacht omdat de particuliere erfverpachter geen door beleidsmotieven geïnspireerde genotsbeperkingen stelt. Ruimere gebruiksmogelijkheden zullen namelijk zowel bij overheidserfpacht als bij particuliere erfpacht leiden tot een hogere erfpachtcanon.

van art. 6:231 BW kunnen worden gekwalificeerd. Dat is het geval wanneer de particulier de voorwaarden, anders dan het overheidslichaam, niet bestemd heeft om in meerdere gevallen te gebruiken. In de tweede plaats zijn erfpachtvoorwaarden in het geval van overheidserfpacht nietig indien zij een onaanvaardbare doorkruising inhouden van een publiekrechtelijke regeling, terwijl dezelfde voorwaarden in het geval van particuliere erfpacht gewoon geldig kunnen zijn.

Deze twee aspecten vormen in de praktijk niet het grootste bezwaar tegen particuliere erfpacht in de traditionele erfpachtgebieden. In de meeste gevallen maken namelijk ook particuliere erfverpachters wel degelijk geregeld gebruik van dezelfde voorwaarden, met als gevolg dat ook hun erfpachtvoorwaarden onder het regime van afdeling 6.5.3 BW (algemene voorwaarden) vallen. Particuliere eigenaren bedingen bovendien maar zelden voorwaarden die de overheid op grond van de doorkruisingscriteria niet mag stellen. Zoals in hoofdstuk III van dit boek verder wordt uitgewerkt, is er wel enige ruimte om de hoogte van de erfpachtcanon met een beroep op de doorkruisingsleer te bestrijden, maar bestaat het doorkruisingsgevaar vooral met betrekking tot bedingen die een beleidsdoel nastreven dat exclusief door een publiekrechtelijke regeling wordt gediend. Dergelijke doelen plegen particuliere erfpachters – die over het algemeen alleen een beter gevulde portemonnee beogen – in het geheel niet te hebben.

Een belangrijker verschil tussen degene die overheidsgrond in erfpacht heeft en degene die is aangewezen op een particuliere erfverpachter, betreft de democratische controle waaraan het bestuur is onderworpen: de ‘controleurs’ kunnen aan de overheidserfpacht eisen stellen die het recht niet aan particuliere erfpacht stelt. Bovendien zijn overheidslichamen – ook in privaatrechtelijke verhoudingen – onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dat beïnvloedt de ruimte die zij rechtens hebben om de door hen gestelde voorwaarden te handhaven en om het erfpachtregime – bij verlenging of heruitgifte – te wijzigen. Aan de hand van een recente uitspraak van de Rechtbank Den Haag kan worden aangetoond dat deze beginselen beperkingen met zich brengen die met een beroep op louter privaatrechtelijke leerstukken als de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) of misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 4 BW) niet kunnen worden afgedwongen.<sup>115</sup>

De uitspraak betreft opstalrechten gevestigd door het Hoogheemraadschap van Rijnland. De rechtsvoorganger van het hoogheemraadschap, het Waterschap Groot Haarlemmermeer, gaf in het verleden opstalrechten uit onder in 1970 vastgestelde algemene voorwaarden. Deze voorwaarden voorzien in tijdelijke opstalrechten tegen een lage periodieke retributie. Geregeld is verder dat de op-

---

<sup>115</sup> Rb. Den Haag 18 augustus 2010, *LJN* BN5001. Zie ook het vervolg van deze procedure in Hof Den Haag 23 oktober 2012, *LJN* BY0517, BY0518 en BY0519 (waarin het hier besproken element van de zaak overigens niet meer ter discussie staat).

stallers bij het einde van de looptijd verlenging kan worden aangeboden tegen een – kort gezegd – eenzijdig door het waterschap vast te stellen retributie. In 2006 besluit het hoogheemraadschap de vrijheid die in laatstgenoemde bepaling besloten ligt te benutten: het besluit tot een wijziging van het beleid die tot gevolg moet hebben dat de hoogte van de retributie bij verlenging van de bestaande rechten wordt gesteld op een marktconforme prijs.

De uiteindelijke inhoud van het nieuwe beleid wordt vastgesteld op 31 januari 2007. Mede gelet op de kritiek die inmiddels van de kant van de opstallers op de beleidswijziging is geuit, heeft het hoogheemraadschap voorafgaand aan deze vaststelling advies ingewonnen bij een extern bureau. Een van de onderdelen van de nieuwe regeling is een vijfjaarlijkse aanpassing van de retributie, op basis van de ontwikkeling van de WOZ-waarde. Die voorwaarde kan naar het oordeel van de Haagse rechtbank niet door de beugel. De rechtbank erkent weliswaar de bevoegdheid van het hoogheemraadschap het retributiebeleid te wijzigen, ook als dat voor de opstallers ingrijpende consequenties heeft, maar zij acht de invoering van deze regeling in strijd met het motiveringsbeginsel: het ingeschakelde adviesbureau had deze methodiek niet geadviseerd, terwijl de regeling evenmin voorkomt in enig ander erfpachtsysteem dat in Nederland wordt toegepast. Voor de rechtbank is dat onvoldoende om strijd met de redelijkheid en billijkheid aan te nemen.<sup>116</sup> Naar haar oordeel is echter wel sprake van strijd met het (publiekrechtelijke) motiveringsbeginsel.

Een zo uitdrukkelijke toetsing aan een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur treffen we ook aan in een oordeel van de Amsterdamse rechtbank over het gewijzigde erfpachtbeleid van het Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier.<sup>117</sup> Net als bij zijn Rijnlandse collega, heeft men zich ook hier voorgenomen niet langer genoeg te nemen met de lage vergoedingen die voorheen voor het gebruik van de dijkgrond in rekening werden gebracht. En ook hier gooien de algemene beginselen van bestuur roet in het eten. In de procedure hameren de erfpachters sterk op de bijzondere aard van de waterschapserfpacht, die sterk zou verschillen van de gemeentelijke erfpacht. Volgens de erfpachters is de wijze van gronduitgifte ingegeven door de publieke functie van de dijken, die in de weg stond aan eigendomsoverdracht. Anders dan de gemeentelijke erfverpachters, heeft het hoogheemraadschap nooit enige bijdrage geleverd aan de waardeontwikkeling van de grond en ook nooit als doel gehad van de waardestijging te profiteren. Met de tijdelijkheid van de erfpachtrechten werd ook niet beoogd de voorwaarden bij de gelegenheid van de verlenging te kunnen wijzigen; het hoogheemraadschap wilde daarmee slechts

---

<sup>116</sup> Voor een deel van de opstallers slaagt een beroep op strijd met de redelijkheid en billijkheid wel, omdat zij zich op een aantal aanvullende omstandigheden kunnen beroepen. Zie r.o. 6.17.

<sup>117</sup> Rb. Amsterdam 5 januari 2011, *LJN* BO9943.

de mogelijkheid behouden om in geval van waterstaatskundige noodzaak eenvoudig weer over de grond te kunnen beschikken. Dat het aflopen van de erfpacht nu toch wordt aangegrepen om de hoogte van de canons fors te verhogen, achten de erfpachters tegen deze achtergrond ongeoorloofd.

De rechtbank volgt hen in dit betoog en stelt voorop dat de erfpachters niet zonder meer aanspraak maken op bestendiging van het oude beleid. In dit geval hoeven de erfpachters echter geen substantiële canonverhoging te verwachten en is het begrijpelijk dat de tot nog toe geldende lage canon tot uiting kwam in de verkoopprijzen die in het recente verleden voor deze erfpachtrechten zijn betaald. Met die omstandigheden moet het hoogheemraadschap rekening houden bij de wijziging van zijn beleid, in verband met de op hem rustende plicht tot een zorgvuldige afweging van belangen en het evenredigheidsbeginsel. Volgens de rechtbank kan daarom alleen een passende overgangsregeling en een adequate vooraankondiging de wijziging van het beleid aanvaardbaar maken.

### *6.3.3. Particuliere erfpacht als bijzondere financieringsstructuur*

De term ‘particuliere erfpacht’ wordt ook gebruikt voor de praktijk van beleggingsinstellingen die erfpacht aanbieden als financieringsstructuur, alternatief aan hypotheek. Dat gebeurt niet alleen voor bedrijfspanden – waar de fiscale consequenties hetzelfde zijn als bij de in paragraaf 6.2 behandelde agrarische erfpacht – maar ook voor woningen. Eigenaren van onroerend goed worden in staat gesteld ‘de grond onder hun pand’ te vervreemden aan de belegger, die hun in ruil daarvoor een recht van erfpacht verstrekt (soms ten overvloede gecombineerd met een van het erfpachtrecht afhankelijk opstalrecht). Net als bij de agrarische erfpacht is de voormalige eigenaar op grond van de erfpachtvoorwaarden een canon verschuldigd die jaarlijks wordt geïndexeerd op basis van de consumentenprijsindex. Verschillen zijn er ook: anders dan in de agrarische sfeer is veelal geen sprake van een tijdelijk recht, maar van eeuwigdurende erfpacht. Daarbij is dan vaak wel de mogelijkheid ingebouwd om de eigendom terug te kopen, bijvoorbeeld na een periode van dertig jaar. Eveneens anders dan bij de agrarische erfpacht, betaalt de belegger bij aanvang van de erfpacht de gehele grondwaarde. Bij de agrarische gevallen wordt dat niet gedaan, om de kans dat de erfpachter van zijn terugkooprecht gebruikmaakt zo groot mogelijk te maken en omdat de belegger zeker wil zijn van een verhaalsobject voor achterstallige canontermijnen. Door de erfpachtvoorwaarden zo in te richten dat het erfpachtrecht zelf ook enige waarde heeft, zorgt de financier ervoor dat hij die termijnen bij een opzegging op grond van art. 5:87 lid 2 BW in mindering kan brengen op de vergoeding die de erfpachter bij die gelegenheid ontvangt. De ‘buffer’, nodig voor eventueel verhaal van twee jaar achterstallige canon, wordt in de sfeer van de woningbouw gevormd door de opstalwaarde.



Het aantrekkelijke van de constructie wordt ook hier gezocht in de relatief lage lasten in met name de beginfase: doordat de canon geïndexeerd wordt, kan de jaarlijkse vergoeding bij aanvang laag zijn. Verder wordt wel aangenomen dat financiering met behulp van erfpacht ook in het geval van woningen bijzondere fiscale voordelen heeft. Bepleit wordt dat deze erfpachtrechten niet alleen gekwalificeerd kunnen worden als eigen woning in de sfeer van de Wet IB 2001, maar dat men met deze constructie ook kan ontkomen aan de beperkingen van de bijleenregeling, opgenomen in art. 3:119a Wet IB 2001. Het eerste element is weinig omstrede: als de woning vóór de transactie met de belegger een eigen woning in de sfeer van de wet was en de transactie niet tot gevolg heeft dat de erfpachter zijn belang bij waardeverandering grotendeels verliest, zal toepassing van de eigenwoningregeling in de regel zonder meer mogelijk blijven. Of kan worden ontkomen aan de werking van de bijleenregeling is wel twijfelachtig. De gedachte van de aanbieders van de constructie en de erfpachters die daarvan gebruik maken is duidelijk: art. 3:119a Wet IB staat in de weg aan de aftrek van rente op geldleningen die zijn aangegaan om de overwaarde van de eigen woning liquide te maken: in beginsel komt slechts de rente ter zake van schulden die zijn aangegaan *ter verwerving* van de eigen woning in aftrek. De bewoordingen van deze bepaling stellen echter geen enkele beperking aan de aftrekbaarheid van erfpachtcanons. In de visie van de gebruikers van deze constructie moet daarom worden aangenomen dat de woningeigenaar de overwaarde in zijn huis fiscaal voordelig kan verzilveren, door zijn woning in ruil voor die overwaarde te vervreemden aan een belegger en zich daarbij de erfpacht voor te behouden. De erfpachtcanons die in de toekomst verschuldigd worden zouden – anders dan de rente die verschuldigd zou zijn indien de woningeigenaar de overwaarde had beleend – in aftrek kunnen worden gebracht als aftrekbare kosten met betrekking tot de eigen woning (art. 3:120 aanhef en onder b Wet IB 2001). De Belastingdienst onderschrijft deze gedachte niet en accepteert de betaalde erfpachtcanons binnen deze constructie niet zonder meer in aftrek.<sup>118</sup> In enkele recente procedures is de fiscus in het gelijk gesteld. De rechtbanken in Haarlem en Den Haag hebben geabstraheerd van de juridische vormgeving en de aan hen voorgelegde gevallen gekwalificeerd als een geldle-

---

<sup>118</sup> In het Besluit van 10 juni 2010, *BNB* 2010/268, nr. 3.13 geeft de minister van Financiën aan dat dergelijke constructies door de belastingdienst bestreden worden. Met de inwerkingtreding van dit besluit is het Besluit van 29 oktober 2009, *Stcrt.* 2009, 16632 ingetrokken. Onder vigeur van die regeling werd slechts een zeer specifieke categorie van dergelijke erfpachtconstructies aangevochten, namelijk die welke centraal staan in de in de volgende voetnoot te noemen rechterlijke uitspraken.

ning, waarop de rente enkel aftrekbaar is indien en voor zover de ‘lening’ is aangegaan ter verwerving van de eigen woning.<sup>119</sup>

## **7. Uitgifte met het oog op parkmanagement**

### *7.1. Inleiding*

Bij de juridische vormgeving van terreinbeheer, het zogenoemde parkmanagement, bijvoorbeeld ten behoeve van recreatie- of kantoorgebieden, is het steeds de bedoeling dat het gebruik van de verschillende onderdelen goed is afgestemd op het gebruik van de rest van het gebied. Daartoe wordt gewerkt met diverse goederenrechtelijke figuren, waaronder erfpacht en opstal. In ons BW is de meest geëigende structuur voor parkmanagement niettemin het appartementsrecht van titel 5.9 BW. Die regeling maakt mogelijk dat alle betrokkenen gerechtigd zijn tot het genot van één of meer privégedeelten en tot het genot van de gemeenschappelijke gedeelten. Daarbij zijn alle appartementsgerechtigden gedwongen lid van (ten minste<sup>120</sup>) een vereniging van eigenaars die belast is met het beheer van de gemeenschappelijke delen, die eventuele ongewenste nieuwkomers uit het gebied kan weren en waaraan alle deelgenoten periodiek financiële bijdragen verschuldigd zijn.<sup>121</sup>

Een splitsing in appartementsrechten is niet altijd mogelijk of wenselijk. In de eerste plaats vereist art. 5:109 lid 2 BW dat de akte van splitsing vergezeld gaat van een tekening waarop de privégedeelten zijn aangegeven. Dat brengt met zich dat het appartementsrecht enkel interessant is in gevallen waarin al bij de overdracht van het eerste privégedeelte voor het gehele complex vaststaat hoe dat er uiteindelijk uit zal zien. In veel gevallen is dat op dat moment nog niet duidelijk. Een latere wijziging van de begrenzingen van de privégedeeltes kan onder het regime van appartementsrechten tot ongewenste moeilijkheden leiden: daarvoor is een wijziging van de splitsing vereist, die alleen mogelijk is wanneer ten minste tachtig procent van de deelgenoten daarin toestemt (art. 5:139 lid 2 BW) of nadat op de voet van art. 5:140 lid 3 BW een rechterlijke machtiging is verkregen. Een laatste reden waarom de goederenrechtelijke vormgeving van parkmanagement niet altijd volledig door middel van een splitsing in appartementsrechten plaatsvindt is commercieel van aard: eigendom verkoopt beter dan een appartementsrecht. Dat ligt niet alleen beter in het gehoor van de meeste aspirant-kopers; sommige beleggers hebben duidelijke zakelijke motieven om

---

<sup>119</sup> O.a. Rb. Den Haag 13 april 2011, *LJN* BQ3190, Rb. Den Haag 20 april 2011, *LJN* BQ5590, Rb. Haarlem 12 oktober 2011, *LJN* BV3499 en Rb. Haarlem 19 april 2012, *LJN* BW3602.

<sup>120</sup> Art. 5:112 lid 3 BW maakt daarnaast mogelijk dat aan alle of bepaalde rechten mede het lidmaatschap verbonden is van nog een andere vereniging of coöperatie.

<sup>121</sup> Naar huidig recht is een gedwongen lidmaatschap van een beheersvereniging enkel bij appartementsrechten mogelijk. Daarover recent Van Velten 2011.

niet in appartementsrechten te willen investeren, die er bijvoorbeeld in gelegen zijn dat zij bij het nemen van beslissingen niet afhankelijk willen zijn van derden.<sup>122</sup> Met name als men de verwerving van de gebruiksrechten aantrekkelijk wil houden voor Duitse beleggingsmaatschappijen, is het belangrijk de splitsing in appartementen te vermijden. Het is hun op grond van § 67 Abs. 2 Investmentgesetz (InvG) namelijk niet toegestaan hun vermogen voor meer dan vijftien procent uit ‘Teileigentum’ te laten bestaan.

In dit onderdeel wordt de functie van erfpacht in het kader van parkmanagement nader besproken. Daarbij wordt eerst aandacht besteed aan enkele algemene moeilijkheden die samenhangen met het gebruik van erfpacht in combinatie met andere rechtsfiguren: aangenomen wordt wel dat een erfpachtrecht niet kan worden bezwaard met een opstalrecht (en omgekeerd) en dat erfpachters hun gemeenschappelijke eigendommen niet mandelig kunnen maken. Volgens sommigen is een mandelig erfpachtrecht evenmin bestaanbaar. Naarmate de mogelijkheden om het erfpachtrecht te combineren met andere rechtsfiguren beperkter zijn, is het gebruik van de rechtsfiguur in het kader van parkmanagement minder aantrekkelijk. In paragraaf 7.3 ga ik vervolgens in op het gebruik van erfpacht en opstal bij de inrichting en het beheer van parken met op zichzelf staande gebouwen. Ten slotte bespreek ik de bijzonderheden die zich voordoen wanneer de verschillende onderdelen van een park bouwtechnisch sterker met elkaar verbonden zijn, doordat zij bijvoorbeeld op elkaar zijn gestapeld, waardoor ‘volume-eigendom’ of ‘volume-erfpacht’ zou moeten ontstaan.

## *7.2. Het gebruik van erfpacht in combinatie met andere rechtsfiguren*

### *7.2.1. Algemeen*

De beperkte rechten in ons BW staan voor een deel in Boek 3 en voor een deel in Boek 5 van het wetboek: in het derde boek worden de rechten vermeld die kunnen worden gevestigd op alle (overdraagbare) goederen, terwijl het vijfde boek bestemd is voor de ‘zakelijke rechten’: rechten die alleen op zaken betrekking kunnen hebben. Aan dit onderscheid wordt in de literatuur wel de consequentie verbonden dat de rechten uit Boek 5 niet ‘gestapeld’ kunnen worden: deze rechten zijn immers zelf geen zaken waarop een zakelijk recht gevestigd kan worden.<sup>123</sup> Anderen verdedigen dat weliswaar juist is dat Boek-5-rechten enkel op onroerende zaken gevestigd kunnen worden, maar dat zij daarop ook indirect kunnen rusten.<sup>124</sup> In die visie is bijvoorbeeld ook mogelijk dat

---

<sup>122</sup> Vgl. ook Mouthaan 2012a, p. 7, die er in het bijzonder op wijst dat investeerders wensen te voorkomen dat anderen grote invloed kunnen uitoefenen op het gebruik van hun privégedeelte.

<sup>123</sup> Bijv. Ploeger 1997, nr. 192-193 en Heyman 1999.

<sup>124</sup> Bijv. De Jong 2006a, nr. 110 en Struycken 2007, p. 378, betwist door Van Velten 2012, p. 27.

een vruchtgebruiker van een onroerende zaak, binnen de grenzen van zijn recht, een erfpacht vestigt: dat dit recht gevestigd is door een vruchtgebruiker, neemt immers niet weg dat de feitelijke bevoegdheden betrekking hebben op de onroerende zaak. Daarmee is in deze visie sprake van een zakelijk recht in de zin van Boek 5.

Voor de meeste in de praktijk wenselijke ‘stapelingen’ is niet erg relevant van welke systematiek men uitgaat. In de loop van het wetgevingsproces zijn namelijk bijzondere bepalingen opgenomen die verscheidene stapelingen van een uitdrukkelijke basis in de wet voorzien. Zo geeft art. 5:84 BW een regeling die de geldigheid erkent van erfdienstbaarheden die zijn gevestigd door of ten behoeve van erfpachters, opstallers en vruchtgebruikers en bepaalt art. 5:93 BW uitdrukkelijk dat de vestiging van een ondererfpachtrecht tot de mogelijkheden behoort. In die bepalingen blijft overigens de constructie overeind dat de Boek-5-rechten enkel op zaken rusten: volgens de wettekst rusten de genoemde erfdienstbaarheid en ondererfpacht niet op het recht van degene die het vestigt, maar rechtstreeks op de onroerende zaak. Hetzelfde geldt voor het onderrecht van opstal via de schakelbepaling van art. 5:104 lid 2 BW.

In de gevallen waarin zo’n wettelijke regeling niet is getroffen, staat mijns inziens niet zozeer de systematiek van de wet aan stapeling in de weg,<sup>125</sup> maar vaak wel de bewoordingen van de desbetreffende regeling. Zo gaan art. 5:60 en 62 BW voor de mandeligheid expliciet uit van gemeenschappelijke eigendom en kenmerkt het opstalrecht van art. 5:101 BW zich door de verkrijging van eigendom door de opstaller. Een erfpachter, die zelf geen eigendom heeft, kan daarin niet voorzien, waardoor de vestiging van een recht van opstal op erfpacht niet mogelijk is.

### 7.2.2. *Erfpacht en mandeligheid*

Mandeligheid ontstaat volgens art. 5:60 BW “wanneer een onroerende zaak gemeenschappelijk eigendom is van de eigenaars van twee of meer erven en door hen tot gemeenschappelijk nut van die erven wordt bestemd bij een tussen [hen] opgemaakte notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers”. Kortom, zowel de mandelig te maken onroerende zaak als de erven waaraan de aandelen in de mandeligheid moeten worden gekoppeld, moeten in eigendom toebehoren aan de verschillende deelgenoten. Ook elders in de wettelijke regeling wordt uitgegaan van een koppeling aan eigendom. Voor de in art. 5:62 lid 1 BW geregelde wettelijke mandeligheid van erfafscheidingen bijvoorbeeld is vereist dat “de grens van twee erven die aan verschillende eigenaars toebehoren, er in de lengterichting onderdoor loopt”.

Dat de wetgever het mandeligheidsregime uitdrukkelijk voorbehoudt aan eigenaren, staat in de weg aan de koppeling van gemeenschappelijke zaken aan

erfpachtrechten en aan het mandelig maken van een gemeenschappelijk erfpachtrecht.<sup>126</sup> Die belemmering is echter niet volstrekt; een strikte uitleg van art. 5:62 lid 1 BW bijvoorbeeld, zou een hiaat in het civiele recht opleveren: het BW zou geen regeling kennen die toepasselijk is op de situatie waarin een erfafscheiding is geplaatst tussen twee erven die aan dezelfde eigenaar toebehoren, maar aan verschillende erfpachters in gebruik zijn gegeven. Reeds om die reden is die uitleg onjuist: ook op de relatie tussen beide erfpachters is het civiele recht van toepassing en de meest voor toepassing in aanmerking komende bepaling is art. 5:62 lid 1 BW. Het mandeligheidsregime kan daarmee – ondanks de tekst van de genoemde wetsbepaling – ook tussen erfpachters toepassing vinden.<sup>127</sup>

Dat ook de mandeligheid van art. 5:60 BW door erfpachters kan worden toegepast, ligt minder voor de hand: de theoretische noodzaak daarvoor ontbreekt, zodat veeleer de conclusie voor de hand ligt dat een dergelijke koppeling niet mogelijk is. Verdedigd is ook wel dat het wettelijke regime niet is toegesneden op een koppeling, nu daarin geen regeling is getroffen voor het geval dat één van de erfpachtrechten waaraan de mandelige zaak gekoppeld is, eindigt.<sup>128</sup> Wat moet er in die situatie gebeuren met het aandeel van de gewezen erfpachter in de mandelige zaak?

Ondanks de genoemde bezwaren, gaan verschillende schrijvers ervan uit dat erfpacht en mandeligheid wel degelijk met elkaar verbonden kunnen worden. Wibbens-de Jong bijvoorbeeld, acht dat mogelijk. Zij wijst erop dat de erfpachter grote gelijkenis vertoont met de opstaller – die wel eigenaar wordt en dus in haar visie zonder meer gebruik kan maken van art. 5:60 BW – en dat ook bij de toepassing van art. 5:62 BW de letterlijke tekst van de wet niet aan een ruime uitleg in de weg staat.<sup>129</sup> Voor het geval dat de erfpacht eindigt, heeft zij een simpele oplossing: daarmee eindigt ook de mandeligheid. Zij betwist hiermee

---

<sup>125</sup> Vgl. Snijders 2006, p. 835.

<sup>126</sup> Vgl. Gräler 2003, p. 158-159. Inmiddels is Gräler echter van mening veranderd en ziet hij – meer praktisch ingesteld – geen bezwaren tegen de mandelige erfpacht. Zie Gräler 2006, p. 147.

<sup>127</sup> Vgl. Ploeger 1996 over de kerkbrug te Schipluiden, die oevers met elkaar verbindt welke aan verschillende eigenaren toebehoren. Na te constateren dat het BW de brug “niet kent”, komt Ploeger tot de conclusie dat sprake is van een aan mandeligheid verwante situatie, waarop de regels geschreven voor mandeligheid analoog kunnen worden toegepast. Zie ook HR 20 mei 2011, *NJ* 2011, 241 waarin een boom op de erfgrans wordt aangemerkt als gemeenschappelijk eigendom. Die conclusie wordt gebaseerd op art. 5:20 lid 1 aanhef en onder f BW. Of ook het mandeligheidsregime op de boom van toepassing is, zegt het college niet. Eén van de rechthebbenden tot de litigieuze boom in het genoemde arrest gaat daar overigens uitdrukkelijk wel van uit, zo is te lezen bij Van Velten 2012, p. 451-452. Zie nog voor enkele andere gevallen van ‘mandeligheid buiten de wet om’ J.G. Gräler, *GS Zakelijke rechten*, losbl. (2012), art. 5:62, aant. 10.

<sup>128</sup> Holtman 1993.

<sup>129</sup> Wibbens-de Jong 2006, nr. 3. In gelijke zin ook Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels (2008) 5\*, nr. 162-162a, met verdere verwijzingen.

het standpunt van Verstappen, die de mandeligheid in combinatie met opstal wel, maar in combinatie met erfpacht niet mogelijk acht.<sup>130</sup> Doorslaggevend is volgens Verstappen dat de opstaller eigendom heeft en de erfpachter niet. In zijn visie is dat cruciaal, waarbij hij zich niet alleen op de wettekst beroept, maar ook op de parlementaire geschiedenis. Hij verwijst onder meer naar het Voorlopig Verslag waarin de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer zich erover beklagt dat in het oorspronkelijk ontwerp van art. 5:69 gesproken werd van “deelgenoten” in plaats van “mede-eigenaars”.<sup>131</sup> De beperkte duur van de beperkte rechten ziet hij echter uitdrukkelijk niet als een bezwaar tegen de mogelijkheid aandelen in een gemeenschappelijke zaak te verbinden aan beperkte rechten: in de visie van Verstappen gaat bij het eindigen van een van de opstalrechten waaraan de mandelige zaak gekoppeld is, de mandeligheid niet teniet, maar wast het aandeel aan bij de eigendom van de zaak waarop het beperkte recht gevestigd was.

Het standpunt van Verstappen verdient in zoverre bijval, dat de wettekst geen ruimte laat voor een mandelig erfpachtrecht of voor het op de voet van art. 5:60 BW koppelen van een aandeel in een gemeenschappelijke zaak aan een erfpachtrecht. Het bestaan van een dergelijke mogelijkheid is op zich wel gewenst, maar daarmee nog geen geldend recht. Slechts de tekst van de wet staat daaraan in de weg. Niet problematisch is mijns inziens dat het beperkte recht eindig is: houdt de mandelige erfpacht of één van de erfpachtrechten waaraan de mandeligheid is verbonden op te bestaan, dan eindigt daarmee ook de mandeligheid. De gedachte dat het aandeel overgaat op de eigenaar van de zaak waarop de erfpacht gevestigd was, acht ik niet juist. Met Wibbens-de Jong meen ik dat een dergelijke verkrijging – waarbij iemand zonder zijn instemming gedeeld eigenaar wordt van (misschien wel sterk vervuilde) grond – niet goed past in het wettelijk stelsel.

### 7.2.3. *Erfpacht en opstal*

Waar verscheidene schrijvers weinig moeite hebben de mandeligheid met een beroep op de praktische nood te koppelen aan het recht van erfpacht, pleegt men zich ten aanzien van de vestiging van een opstalrecht door een erfpachter principiëler op te stellen: de erfpachter is geen eigenaar van de opstallen en kan dus ook niet ten behoeve van een ander een recht vestigen dat aan deze wél die eigendom verschaft.<sup>132</sup> Dit bezwaar acht ik juist: de tekst van art. 5:101 BW, waarin de opstaller eigendom moet verkrijgen, staat – net als art. 5:60 BW aan

---

<sup>130</sup> Verstappen 1991, p. 414. Wel is volgens hem mogelijk dat naast twee of meer eigenaren, ook nog een erfpachter in de mandeligheid participeert; zie Verstappen 1991, p. 415.

<sup>131</sup> PG Boek 5, p. 242.

<sup>132</sup> Zie bijv. Ploeger 1997, nr. 192. Een consequente lijn zien we wel bij Slaski 2009, die meent dat het begrip ‘onroerende zaak’ in art. 5:85 en 101 BW net zo ruim moet worden uitgelegd als in de mandelighedsbepalingen.

een mandelig erfpachtrecht – in de weg aan de vestiging van een opstalrecht door een erfpachter.

Onder meer Heyman en Struycken hebben daartegen ingebracht dat de kern van het opstalrecht niet is gelegen in de verkrijging van eigendom door de opstaller, maar in het doorknippen van de natrekking.<sup>133</sup> Volgens hen kan ook een erfpachter die doorbreking bewerkstelligen door een opstalrecht te vestigen. Die visie leidt noodzakelijkerwijs tot de mogelijkheid van opstalrechten die niet in werkelijke eigendom voorzien. Voor Heyman is dat geen bezwaar: hij karakteriseert de eigendom die het opstalrecht verschaft steeds slechts als ‘economische eigendom’.<sup>134</sup> Ik acht die benadering niet juist. Correct is mijns inziens de visie waarin de opstaller – hoe zeer aan dat eigendomsrecht ook de bijzonderheden kleven waarop Heyman wijst – zich kenmerkt doordat hij juridisch eigenaar is van de opstallen (wat dat ook precies mag betekenen). Die visie is in overeenstemming met de tekst van art. 5:101 BW. De erfpachter heeft geen eigendom en kan daarom ook geen eigendom verschaffen. Het is dus niet mogelijk dat de erfpachter een opstalrecht vestigt. De economische eigendom heeft hij in de regel wel en deze kan hij dan ook aan een derde verlenen. Daarvoor moet echter geen opstalrecht worden gevestigd, maar een recht van ondererfpacht.

Wil de erfpachter bevoegd zijn een opstalrecht te vestigen, dan is daarvoor een aparte grondslag vereist. Inmiddels wordt wel aangenomen dat een erfpachter de mogelijkheid heeft een opstalrecht te vestigen indien hij eerst zijn recht in appartementsrechten splitst. Na een splitsing kan op grond van art. 5:118a BW namelijk het privégedeelte van één van de appartementen met het opstalrecht worden bezwaard.<sup>135</sup> Dat in deze bepaling een mogelijkheid tot stapeling van erfpacht en opstal besloten ligt, is in de Memorie van Toelichting op het wetsartikel uitdrukkelijk erkend.<sup>136</sup> Daar wordt echter slechts gesproken van de vestiging van een erfpachtrecht door een opstaller.<sup>137</sup> De dogmatisch moeilijker te aanvaarden vestiging van een opstalrecht door een erfpachter – waarbij de opstaller eigendom krijgt die de erfpachter niet heeft – wordt in de wetsgeschiedenis niet vermeld. Het is ook de vraag of de tekst van art. 5:118a BW voldoende grondslag vormt voor een dergelijke ‘stapeling’: men zou kunnen betogen dat die bepaling weliswaar de vestiging mogelijk maakt van een opstalrecht op het privégedeelte van een appartementsrecht, maar dat daarmee nog niet gezegd is dat dit opstalrecht ook meeromvattend kan zijn dan het appartementsrecht van degene die het vestigt. Die redenering miskent echter de strekking van

---

<sup>133</sup> Heyman 1999 en Struycken 2007, p. 381-382.

<sup>134</sup> Heyman 2005.

<sup>135</sup> In die zin uitdrukkelijk De Jong & Ploeger 2008, nr. 37 en Van Velten 2012, p. 489. Zie recent over deze constructie ook Kemp 2011.

<sup>136</sup> *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 614, nr. 3, p. 4 (MvT).

<sup>137</sup> Die figuur is inmiddels ook in de rechtspraak erkend. Zie Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2010, *RVR* 2010, 65.

art. 5:118a BW. Inherent aan die bepaling is dat de opstalgerechtigde eigendom kan krijgen die de appartementsgerechtigde zelf niet heeft: immers, in de systematiek van ons appartementsrecht wordt de individuele appartementsgerechtigde niet beschouwd als eigenaar van zijn appartement, maar als mede-eigenaar van het complex. Ook van de opstallen die op zijn privégedeelte worden aangebracht wordt hij – bij gebreke van een opstalrecht op de voet van art. 5:118a BW – slechts mede-eigenaar. Niettemin biedt art. 5:118a BW de mogelijkheid om zonder de medewerking van de overige deelgenoten een opstalrecht te vestigen dat in een volledig eigendomsrecht voorziet. De bepaling kent daarbij een andere waarborg tegen beschikking over goederen die (de facto) van een ander zijn: het opstalrecht van art. 5:118a BW is slechts mogelijk voor nieuwe opstallen, zoals in het geval van de bouw van een elektriciteitshuisje in de tuin van een appartementsgerechtigde. Daarmee laat de bepaling feitelijk niet zozeer toe dat de appartementsgerechtigde eigendom verschafft die hij zelf niet heeft, maar enkel dat hij kan bewerkstelligen dat een ander zijn eigendom behoudt ondanks het feit dat zijn zaak door natrekking onroerend wordt.<sup>138</sup> Niet valt in te zien waarom in geval van een in appartementsrechten gesplitste erfpacht geen gebruik van die – expliciet door de wetgever erkende – bevoegdheid zou kunnen worden gemaakt.

### 7.3. *Het gebruik van erfpacht bij 'normaal' parkbeheer*

In het geval dat een terrein zich niet leent voor een splitsing in appartementsrechten, is denkbaar dat de eigenaar de voor individueel gebruik bestemde onderdelen in erfpacht uitgeeft. Net als het appartementsrecht, is ook deze figuur niet voor alle situaties geschikt. In de eerste plaats vereist de vormgeving van parkmanagement met behulp van erfpacht de aanwezigheid van een (rechts)persoon die geschikt en bereid is om als bloot eigenaar van het terrein te fungeren en om het beheer van het gebied voor zijn rekening te nemen. Daarnaast geldt ook voor erfpacht dat dit een commercieel minder aantrekkelijke figuur is dan eigendom, niet in de laatste plaats omdat het in de inleiding genoemde InvG in § 67 Abs. 1 precies voorschrijft in welke onroerende goederen Duitse beleggingsmaatschappijen mogen investeren. Van de in die bepaling genoemde rechtsfiguren, lijkt het 'Erbbaurecht' het meest op ons recht van erfpacht. Theoretisch vertoont die figuur echter een nog grotere gelijkenis met

---

<sup>138</sup> Zie over de reikwijdte van art. 5:118a BW nader Mouthaan 2012b. Goed verdedigbaar is dat een opstalrecht voor dergelijke 'nieuwe' opstallen ook zonder tussengeschoven appartementsrecht kan worden gevestigd door een erfpachter, omdat deze vestiging feitelijk niet de verschaffing van eigendom aan een opstaller inhoudt, maar slechts bewerkstelligt dat de opstaller de eigendom kan behouden die hij al had. Een theoretisch bezwaar daartegen is dat een erfpachter zelf niet zonder medewerking van de grondeigenaar in staat is de eigendom te verkrijgen van (nieuwe) opstallen op de erfpachtgrond.



ons opstalrecht. § 1 Abs. 1 van het Gesetz über das Erbbaurecht zegt het als volgt:

“Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht).”

Deze beperkingen hebben tot gevolg dat men in bepaalde gevallen liever van het opstalrecht gebruikmaakt dan van het erfpachtrecht. Ook het opstalrecht vereist weliswaar de aanwezigheid van een grondeigenaar die geschikt en bereid is om het beheer van het gebied voor zijn rekening te nemen, echter commerciële bezwaren die gepaard gaan met het niet verschaffen van ‘echte eigendom’, zijn er in dat geval minder.<sup>139</sup> Bestaan er geen concrete bezwaren tegen dat geen ‘echte eigendom’ wordt verschaft, dan komt het – voor Nederlandse partijen gebruikelijkere – erfpachtrecht weer in aanmerking. De canon kan in dat geval bestaan uit twee elementen: een vergoeding voor het gebruik van de ondergrond (eventueel afgekocht) en een variabele vergoeding als bijdrage in het terreinbeheer.<sup>140</sup> De rol van bloot eigenaar wordt dan vaak vervuld door een daartoe opgerichte rechtspersoon (special purpose vehicle) of de gemeente (die soms ook zelf, bijvoorbeeld omdat dat haar standaarduitgiftevorm is, erfpacht boven opstal verkiest).

Een voorbeeld van het gebruik van erfpacht bij parkmanagement, treffen we aan op enkele terreinen die in beheer zijn bij de NV Schiphol Area Development Company (SADC). Dit is een bedrijf waarin de aandelen worden gehouden door de gemeenten Haarlemmermeer en Amsterdam, door de Provincie Noord-Holland en door de NV Luchthaven Schiphol (NVLS). SADC is in 1987 opgericht ter uitvoering van het zogeheten Schipholconvenant, waarin de vier genoemde aandeelhouders en de Nationale Investeringsbank (die tot 2003 ook een kwart van de aandelen in SADC hield) een samenwerkingsverband zijn aangegaan om de economische groei van de luchthavenregio te bevorderen.<sup>141</sup> Daartoe werd een aantal locaties in de (ruime) omgeving van Schiphol aangewezen als nieuwe, kwalitatief hoogwaardige bedrijventerreinen. SADC is belast met de ontwikkeling, de uitgifte en het beheer van deze terreinen. Zij maakt daarbij gebruik van de gronduitgiftevorm die in het betreffende gebied gebruikelijk is: grond gelegen binnen de Gemeente Amsterdam wordt dus in erfpacht uitgegeven, terwijl van grond in de Gemeente Haarlemmermeer de eigendom

---

<sup>139</sup> Ze ontbreken niet geheel, omdat ook de opstaller geen eigendom verkrijgt van de grond die hem in gebruik wordt verstrekt.

<sup>140</sup> Zowel in het licht van de doorkruisingsleer als vanuit een goederenrechtelijk perspectief is het de vraag in hoeverre het toelaatbaar is om op deze wijze de hoogte van de canon te bepalen. Zie hierna in hoofdstuk II, paragraaf 4.3 en in hoofdstuk IV, paragraaf 8.2.3.

<sup>141</sup> Zie daarover nader Bijlsma & Feddema 1987.

wordt verschaft.<sup>142</sup> Een belangrijke taak van SADC is te beoordelen of de ondernemingen die zich op de bedrijventerreinen willen vestigen voldoende binding hebben met de luchthaven. Aanvankelijk werd daarbij enkel van privaatrechtelijke middelen gebruikgemaakt.<sup>143</sup> Het erfpachtrecht biedt in zo'n geval een grotere (goederenrechtelijke) zekerheid dan het – in geval van eigendomsoverdracht benodigde – kettingbeding, inhoudende dat ook rechtsopvolgers van de eerste erfpachter voldoen aan het vereiste van 'Schipholgebondenheid'. In de uitgiftevoorwaarden kan daartoe namelijk een goederenrechtelijk werkende toestemmingsregeling in de zin van art. 5:91 BW worden opgenomen.

Waar de wijze van juridische vormgeving van het door SADC gevoerde parkmanagement enkel afhankelijk is van de in de betreffende gemeente gehanteerde uitgiftevorm, heeft Schiphol Real Estate BV (SRE) voor de luchthaventerreinen zelf bewust gekozen voor sturing door middel van erfpachtvoorwaarden. Het regime dat hier geldt, wordt wel aangemerkt als "het meest dwingende erfpachtstelsel van het land".<sup>144</sup> Die kwalificatie is in het bijzonder van toepassing op de gronden die in de zogenoemde overslagzone zijn gelegen. Dit is de grond die onmiddellijk grenst aan het gebied dat specifiek voor de luchtvaart bestemd is. In de overslagzone wordt de grond in erfpacht uitgegeven aan bedrijven die zich direct met de luchtvaart bezighouden: zij verzorgen bijvoorbeeld het onderhoud van vliegtuigen, regelen de catering aan boord of verzorgen de import en export door middel van luchtvracht. De erfpachtrechten in dit gebied hebben steeds een beperkte duur van veertig jaar en in de akte wordt geen mogelijkheid van verlenging geboden; bij het einde van de erfpacht is er geen opstalvergoeding en moet het terrein bouwrijp worden opgeleverd. Buiten de overslagzone komen ook wel rechten van vijftig jaar voor, met verlengingsoptie.

De kernbepaling bij alle vestigingen treffen we aan in art. 19 van de door SRE gehanteerde algemene voorwaarden (d.d. 21 oktober 2008):

"De erfpachter en de eigenaar stellen vast dat NVLS als door de Staat der Nederlanden aangewezen exploitant van de luchthaven verantwoordelijk is voor een goede exploitatie van de luchthaven en voor de orde en veiligheid op de luchthaven en dat de verplichtingen van de erfpachter uit hoofde van het in deze akte bepaalde en de daar tegenover staande rechten van de eigenaar ondermeer zijn gebaseerd op het grote en cruciale belang van NVLS bij het vervullen van de hier omschreven taak en bij een goede exploitatie en een goed functioneren van de luchthaven, alsmede bij de veiligheid – in ruime zin – van en op de luchthaven.

Mede in verband met het sub 17. en 18. bepaalde [in die artikelen wordt aan alle verplichtingen van de erfpachter, zo nodig met behulp van kettingbedingen,

---

<sup>142</sup> Zie nader Bergh & Van Wijk 2007.

<sup>143</sup> Zie Brattinga & Van Wijk 2009, waar vermeld wordt dat selectieve vestigingsbeleid inmiddels onderdeel is van het streekplan en van de meeste bestemmingsplannen.

<sup>144</sup> Bergh & Van Wijk 2007, p. 135.

derdenwerking toegekend en wordt het SRE toegestaan de erfpacht op te zeggen in geval van ernstig tekortschieten in de niet-nakoming van die verplichtingen; FJV], stellen de erfpachter en de eigenaar vast dat het hiervoor door beiden onderschreven belang alleen door de eigenaar of NVLS kan worden beoordeeld en dat dit belang niet of nauwelijks in geld waardeerbaar is.”

Deze ratio ligt ten grondslag aan de verplichtingen die de erfpachtvoorwaarden op de erfpachter leggen. Daarin wordt bijvoorbeeld geregeld dat de luchthaven alle op de erfpachtgrond te realiseren gebouwen en werken moet goedkeuren. Op die manier houdt SRE in de gaten of de bebouwing past binnen het luchthavengebied en kan zij voorkomen dat groenvoorzieningen en waterpartijen worden gecreëerd die een aantrekkingskracht uitoefenen op vogels en daardoor de luchtvaart in gevaar brengen. Ook voor iedere rechtshandeling die verandering aanbrengt in de gebruiker van de erfpachtzaak (bijvoorbeeld door verhuur of overdracht) is toestemming van de eigenaar vereist: Schiphol wenst niet alle gebruikers toe te laten tot de gebouwen op de luchthaven. Volgens het jaarverslag van 2010 van de *Schiphol Group* gaat de invloed van de luchthaven zelfs zo ver dat tussentijdse beëindiging van de erfpachtrechten mogelijk is indien de Schiphol Group de grond voor luchtvaartactiviteiten nodig heeft.<sup>145</sup>

Bij deze voorwaarden rijst steeds de vraag in hoeverre zij met goederenrechtelijke werking overeengekomen kunnen worden. Ook is het interessant te onderzoeken of de overheidslichamen die het overgrote deel van de aandelen houden in de NVLS, hun beleidsdoelstellingen niet langs publiekrechtelijke weg dienen te realiseren.<sup>146</sup>

#### 7.4. *Het gebruik van erfpacht in geval van meervoudig grondgebruik*

##### 7.4.1. *Algemeen*

Wanneer de splitsing in appartementsrechten op bezwaren stuit, kan dat ook in geval van gestapelde bebouwing reden zijn om te besluiten tot uitgifte in erfpacht of opstal. Een fraai voorbeeld treffen we aan bij het ‘Gebouw IJsei’, de nog in aanbouw zijnde vierde overkapping achter het treinstation Amsterdam Centraal. De vier verdiepingen in dit complex hebben alle verschillende functies: de onderste verdieping (niveau -2) is bestemd voor metroverkeer (Noord-

---

<sup>145</sup> Dit wordt uitdrukkelijk vermeld in bijvoorbeeld *Schiphol Group Jaarverslag 2010*, p. 212. In de door mij geraadpleegde voorwaarden uit 2008 is een dergelijk beding echter niet terug te vinden en bij navraag bleek mij dat dit thans niet meer op deze manier wordt bedongen.

<sup>146</sup> Toen dit onderzoek werd afgesloten hield de Nederlandse Staat een meerderheidsbelang van bijna zeventig procent in de NVLS. Daarnaast worden aandelen gehouden door de gemeenten Amsterdam en Rotterdam. Slechts acht procent van de aandelen in de NV, die op haar beurt volledig eigenaar van SRE is, is niet in (directe) handen van Nederlandse overheidslichamen. Deze aandelen behoren toe aan Aéroports de Paris SA.

/Zuidlijn), de verdieping daarboven (niveau -1) dient als tunnel voor autoverkeer, de begane grond wordt als nieuwe stationshal met winkelruimten gebruikt (de IJhal) en de bovenste verdieping dient voor gebruik als overdekte busterminal. De Gemeente Amsterdam heeft hier – om de exploitatiesferen van elkaar te scheiden – een opstalrecht gevestigd ten behoeve van NS Vastgoed dat enkel de eigendom van de IJhal verschaft: de bouwlaag op de begane grond.<sup>147</sup> Een vergelijkbare constructie bepleit Van Maanen voor een project in de binnenstad van Maastricht, waar de eigendom van boven de winkels gelegen woningen door middel van een opstalrecht kan worden afgesplitst van de eigendom van die winkels.<sup>148</sup> Volgens Van Maanen zou deze constructie in dat geval mogelijk zijn, omdat de woningen voldoende economische zelfstandigheid bezitten.

Dat een dergelijke afsplitsing goederenrechtelijk enkel mogelijk is wanneer het af te splitsen gedeelte voldoende zelfstandig is, wordt breed aanvaard.<sup>149, 150</sup> Zo schrijft Van Velten dat soms een opstalrecht kan worden gevestigd voor een trappenhuis en de bovenverdieping die daarop aansluit, maar dat daarvoor wel vereist is dat het trappenhuis niet in bouwkundig opzicht onderdeel is van het huis.<sup>151</sup> Volgens Ploeger hangt de mogelijkheid een opstalrecht te vestigen af

---

<sup>147</sup> Zie de akte van notaris M.C. Aarts d.d. 10 december 2009, ingeschreven in de openbare registers, in register 4 onder deel 57583, nummer 167.

<sup>148</sup> Van Maanen 1998, p. 555. Zie ook het voorbeeld van Venemans 1997, p. 54-56.

<sup>149</sup> Zie ook HR 29 mei 1985, *NJ* 1986, 274, waarin ons hoogste rechtscollege overweegt dat “sprake is van twee onafhankelijk van elkaar te gebruiken bouwsels, die weliswaar aan één eigenaar toebehoren maar zich naar verkeersopvatting lenen voor verticale splitsing door overdracht van de eigendom als afzonderlijke gebouwen en *derhalve* (mijn curs.; FJV) ook voor vestiging van een vruchtgebruik op één daarvan”. De mate van de vereiste zelfstandigheid staat wel ter discussie. Niemand verdedigt dat een opstalrecht kan worden gevestigd voor een dakpan op een huis of voor een willekeurige in de muur ingemetselde baksteen; wel stelt bijvoorbeeld Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels (2008) 5\*, dat een opstalrecht mogelijk is voor een (constructief gescheiden) gedeelte van andermans gebouw (nr. 89 en 362) of voor een machine die van een gebouw bestanddeel is (nr. 249). In navolging van Asser/Mijnssen, Davids & Van Velten (1996) 3-II, nr. 89 acht Louwman 1997 zelfs een opstalrecht mogelijk dat de eigendom verschaft van enkel een ruimte in een gebouw. Daartegen: Luijten 1998, p. 691: “Men kan toch géén opstalrecht van een kamer op zich in een gebouw erkennen.”

<sup>150</sup> Ook voor het Amsterdamse project wordt deze zelfstandigheid gepropageerd. In de brochure over het project van de gemeentelijke Dienst Infrastructuur Verkeer en Vervoer, wordt de stationshal – anders dan de onmiddellijk daaronder gelegen autotunnel en het meteen daarboven gesitueerde busstation – uitdrukkelijk niet als onderdeel van het project IJsei aangemerkt. Zie Mijer 2008, p. 3: “De realisatie van de IJhal maakt geen onderdeel uit van het project IJsei.”

<sup>151</sup> Van Velten 1998, p. 740. Is het trappenhuis wel voldoende zelfstandig, dan kan ook worden overwogen de daaronder gelegen grond in eigendom over te dragen, met als gevolg dat de daarmee verbonden bovenverdieping door de werking van horizontale natrekking eveneens overgaat. Van die methode wordt tegenwoordig gebruik gemaakt bij de vormgeving van multifunctionele complexen. Men spreekt dan van ‘footprint ownership’, waarover Van Velten 2012, p. 70-78. Ook komt voor dat de grondstukken niet in eigendom, maar in

van de wijze waarop het af te splitsen gedeelte wordt nagetrokken door het geheel: is sprake van bestanddeelvorming in de zin van art. 3:4 BW, dan is afsplitsing niet mogelijk; geschiedt de natrekking door directe of indirecte duurzame vereniging met de ondergrond (art. 5:20 BW), dan kan afsplitsing wel.<sup>152</sup> Kortom, wel een opstalrecht voor zelfstandige woningen, gsm-masten of elektriciteitshuisjes, maar niet voor een dakpan op een huis of voor een baksteen in een muur.

Dat de vestiging van een opstalrecht alleen mogelijk is in het geval dat de opstal over een zekere mate van zelfstandigheid beschikt, kan reeds uit de tekst van de wet worden afgeleid. Art. 5:101 BW maakt de vestiging van een opstalrecht immers alleen mogelijk voor ‘gebouwen, werken en beplantingen’. Welke mate van zelfstandigheid vereist is, is daarmee nog niet gezegd. Hierna ga ik eerst nader op die vraag in. Vervolgens bespreek ik of minder strenge eisen gelden wanneer een onderdeel niet door middel van opstal, maar door middel van erfpacht wordt afgesplitst. Voor dat recht regelt de wet in dit verband niet meer dan dat in de akte van vestiging kan worden geregeld dat de erfpachter een geringer genot van de zaak heeft dan de eigenaar (art. 5:89 lid 1 BW), een formulering die zelfs niet onmiddellijk in de weg staat aan een beperking van het genot tot een willekeurige vierkante meter in de onroerende zaak.

#### *7.4.2. De zelfstandigheid van het rechtsobject bij opstal*

Volgens de regel van art. 5:3 BW kan men alleen eigenaar zijn van een gehele zaak: wie die eigendom heeft, is automatisch gerechtigd tot alle bestanddelen waaruit die zaak bestaat. In deze bepaling ligt het eenheidsbeginsel besloten: eigendom rust slechts op zaken in hun geheel. Deze regel dient verschillende doelen, welke grote gelijkenissen vertonen met de doelen van het – in hoofdstuk IV van dit boek te behandelen – gesloten systeem van goederenrechtelijke rechten. In de eerste plaats vereenvoudigt de regel het rechtsverkeer: het vergroot de kenbaarheid van eigendomsverhoudingen. Daarnaast kan worden gewezen op het ‘waardemotief’, waarop met name Ploeger de aandacht vestigt: indien ik eigenaar kan zijn van de poten van een stoel die zijn verbonden met de zitting en de leuning die aan iemand anders toebehoren, dan kan ik mijn recht alleen doelmatig uitoefenen wanneer ik mijn eigendom fysiek van de rest van het geheel scheid.<sup>153</sup> Hoewel de eigenaar van een stoel bevoegd is die scheiding tot

---

erfpacht worden uitgegeven (‘footprint lease’), waarover Van Velten 2012, p. 530. Kritisch over deze constructies: Struycken 2007, p. 461-462 en p. 627-632.

<sup>152</sup> Ploeger 1997, nr. 214-216.

<sup>153</sup> Ploeger 1997, nr. 35-47. Verschillende schrijvers wijzen erop dat Ploeger een te prominente plaats toekent aan dit argument voor zaakseenheid. Flach 2004, p. 283-284 bijvoorbeeld, geeft aan dat de rechtszekerheid in het gedrang zou kunnen komen wanneer de eigendomsverhoudingen door derden niet eenvoudig kunnen worden gekend. Wichers 2002, p. 19-20 weerspreekt het bestaan van een algemene regel dat het recht zich verzet tegen het

stand te brengen, wil het recht de kapitaalvernietiging die daarvan het gevolg is niet in de hand werken. Op de gehele stoel rust daarom maar één eigendomsrecht.

Hoewel het waarde-argument niet de volledige ratio achter het eenheidsbeginsel weergeeft, kan de vraag of iets bestanddeel is van een groter geheel of een zelfstandige zaak, in geval van twijfel over ‘de verkeersopvatting’ vaak het best met behulp van het waardemotief worden beantwoord. Het gaat dan, aldus Ploeger, “om een afweging of het gevolg van de scheiding economisch acceptabel beschouwd kan worden”.<sup>154</sup> Dat klinkt het duidelijkst door in art. 3:4 lid 2 BW, waar geregeld wordt dat iets bestanddeel is van een zaak wanneer het daarmee op zodanige wijze is verbonden dat het daarvan niet zonder schade van betekenis kan worden verwijderd. Echter, ook bij het geven van invulling aan art. 3:4 lid 1 BW – wat volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uit maakt, is bestanddeel van die zaak – is het zinvol deze ratio in het oog te houden.<sup>155</sup>

De toepassing van art. 3:4 lid 2 BW is in het geval van roerende zaken eenvoudiger dan in het geval van onroerende zaken. In het laatste geval is voor de zelfstandige exploitatie van iets wat nauw verbonden is met iets anders, een fysieke scheiding namelijk niet altijd nodig en vaak zelfs ongewenst. Bij een normale, doelmatige uitoefening van het eigendomsrecht op een tussenwoning bijvoorbeeld, hoort niet de verplaatsing van de zaak naar elders. Het enkele feit dat de tussenwoning niet kan worden verwijderd zonder dat in fysieke zin schade van betekenis wordt aangericht aan het huizenblok (art. 3:4 lid 2 BW), is daarom geen sterke reden om het gehele huizenblok als één onroerende zaak aan te merken. De termen ‘afscheiding’ en ‘beschadiging van betekenis’ verdienen in het geval van onroerende zaken een wat andere interpretatie. Daar dient de

---

vernietigen van economische waarden, waarbij zij verwijst naar onder meer de amotiëren van bijvoorbeeld art. 3:208 lid 2 BW en 5:75 lid 3 BW en naar de mogelijkheid om, als men zijn zaak door bestanddeelvorming is kwijtgeraakt, op de voet van art. 6:103 BW schadevergoeding in natura (lees: afscheiding van het bestanddeel) te vorderen. Flach en Wichers hebben gelijk waar zij stellen dat het behoud van waarde niet het enige doel is van het eenheidsbeginsel en dat de eenheid niet onder alle omstandigheden wordt beschermd. Daar staat echter tegenover dat – van de motieven die aan het eenheidsbeginsel ten grondslag liggen – het waardemotief het meest onderscheidend is. Vgl. Ploeger 1997, nr. 47. Als de verkeersopvattingen niet eenduidig zijn, kan het criterium daarom een belangrijke functie vervullen. Dat op zichzelf is voldoende reden om het waardemotief in theoretische bespiegelingen over de vraag of iets wel of geen bestanddeel is, een zeer prominente plaats toe te delen.

<sup>154</sup> Ploeger 1997, nr. 41.

<sup>155</sup> Ploeger 1997, nr. 45. Vgl. ook Memelink 2009, i.h.b. op p. 118-121, die overtuigend aantoonde dat de verkeersopvatting geen empirisch te meten gegeven is, maar een normatief begrip; bij het bepalen van de inhoud daarvan gaat het om het antwoord op de vraag of – in het geval van art. 3:4 lid 1 BW – een element bestanddeel behoort te zijn van een zaak, dus of dit element behoort te vallen onder het eigendomsrecht dat op die zaak rust. Of dat het geval is, laat zich naar mijn mening enkel beantwoorden met inachtneming van de ratio achter het eenheidsbeginsel.

vraag te worden gesteld of een scheiding in exploitatiesferen economisch acceptabel is. Bij het geven van invulling aan het vereiste “zonder [...] beschadiging van betekenis” gaat het niet om fysieke beschadiging – verwijdering van de bovenste verdieping van het huis, maakt zowel die verdieping als de rest van het pand kapot – maar om economische schade: wie de eigendom van de zolderverdieping apart van de rest van de woning overdraagt, realiseert een splitsing in twee uiterst incurante en weinig waardevolle exploitatiesferen. Als het recht in geval van roerende zaken de kapitaalvernietiging die van een fysieke splitsing het gevolg is (wel accepteert maar) niet faciliteert, dan zal in het geval van onroerende zaken een dergelijke kapitaalvernietiging evenmin worden aangemoedigd.<sup>156</sup>

Kortom, het recht beschermt de waarde van de eenheid. Naar ik meen kan die ook niet met de vestiging van een opstalrecht aan de kant worden gezet. Bepalend voor het antwoord op de vraag of iets een (zelfstandig) gebouw of werk is in de zin van art. 5:101 BW, acht ik daarom de economische aanvaardbaarheid van de afsplitsing van de exploitatie van het betreffende onderdeel. Een opstalrecht kan niet worden gevestigd voor een machine die bestanddeel is van een gebouw, maar onder omstandigheden wel voor een bouwlaag binnen een gebouw. Daarbij moet worden bedacht dat een machine meestal geen bestanddeel wordt van het gebouw waarin ze wordt gebruikt; in de regel is zelfstandige eigendom van een machine dus wel mogelijk. Alleen in bijzondere gevallen doet zich bestanddeelvorming voor. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat een aanwijzing voor die conclusie gelegen kan zijn in de onderlinge constructieve afstemming van het gebouw en de machine en in de incompleetheid van het gebouw (niet te verwarren met het bedrijf dat daarin wordt geëxploiteerd) zonder de machine.<sup>157</sup> Die benadering doet recht aan het waardemotief: als een gebouw zonder machine incompleet is of wanneer beide elementen in constructief opzicht op elkaar zijn afgestemd, zal afscheiding gemakkelijk leiden tot substantiële kapitaalvernietiging.<sup>158</sup> Nu fysieke afscheiding ook steeds nodig is

---

<sup>156</sup> Het is niettemin wel mogelijk dat men op de zolder van een pas verworven woning iemand aantreft die daar met recht verblijft: deze persoon kan weliswaar geen eigenaar zijn van de bovenste verdieping, maar ten aanzien van een dergelijke onzelfstandige ruimte kan wel een rechtsgeldige huurovereenkomst zijn gesloten. Ook daar bevordert het recht echter de spoedige opheffing van de last die op de eigendom rust: de huur kan worden beëindigd op basis van enkel een in het voordeel van de verhuurder uitpakkende afweging van belangen (art. 7:274 lid 1 aanhef en onder f BW).

<sup>157</sup> HR 15 november 1991, *NJ* 1993, 316. Zie ook Ploeger 1997, nr. 45, onder d.

<sup>158</sup> De door de Hoge Raad genoemde aanwijzingen hoeven niet steeds doorslaggevend te zijn. Men kan zich indenken dat in een raceauto de motor en de carrosserie weliswaar in constructief opzicht op elkaar zijn afgestemd, maar dat gebruikelijk is dat de motor slechts tijdelijk in de auto gemonteerd is, na verwijdering wordt onderhouden en vervolgens wordt geplaatst in een andere auto (met een carrosserie die op hetzelfde type motor is afgestemd). In zo'n geval is in het waardemotief geen argument gelegen om de geplaatste motor als be-

voor de doelmatige uitoefening van een eigendomsrecht op de machine, meen ik dat afzonderlijke eigendom van gebouw en machine niet kan worden aanvaard.<sup>159</sup> Een bouwlaag daarentegen, kan onder omstandigheden beschouwd worden als een zelfstandig te exploiteren object. In die gevallen bestaat er geen bezwaar tegen daarvan wel zelfstandige eigendom te accepteren.

De vraag die daarmee voorligt, is welke mate van zelfstandigheid vereist is om als opstal in de zin van art. 5:101 BW beschouwd te kunnen worden. Hiervoor gaf ik al aan dat weliswaar een zekere mate van zelfstandigheid verlangd wordt, anderzijds kan geen enkele onroerende zaak volstrekt zelfstandig worden geëxploiteerd: men zal haar altijd via andere stukken grond moeten bereiken. Zeker voor iedere opstal geldt dat deze niet kan worden gebruikt zonder bevoegdheden ten aanzien van de grond waarop de opstal is gesitueerd. Het BW speelt uitdrukkelijk op die afhankelijkheid in: niet alleen voorziet het voor ingesloten erven in het recht op de aanwijzing van een noodweg (art. 5:57 BW) en een noodwaterleiding (art. 5:58 BW), specifiek voor het opstalrecht wordt daarnaast in art. 5:103 BW bepaald dat de opstaller in ieder geval de bevoegdheden ten aanzien van de grond heeft die voor het volle genot van zijn recht nodig zijn.<sup>160</sup> De vraag is, kortom, hoe ver de betekenis van art. 5:103 BW kan worden opgerekt: het artikel maakt mogelijk dat de opstaller zijn gsm-mast via de tuin van een ander kan bereiken voor onderhoud, maar de bepaling rechtvaardigt waarschijnlijk niet de conclusie dat de kleinste slaapkamer in een doorzonwoning zelfstandig kan worden geëxploiteerd omdat de ‘eigenaar’ met een beroep op art. 5:103 BW – dat in een dergelijk geval zou moeten voorzien in de bevoegdheid om de kamer via voordeur en trappenhuis te bereiken – het slaapvertrek kan bereiken.

Waar ligt dan die grens? Criterium bij de beantwoording van de vraag of voor een bepaald onderdeel van een complex een opstalrecht kan worden gevestigd, moet zijn of de splitsing in exploitatiesferen die van de vestiging het gevolg zou zijn, in economisch opzicht acceptabel is.<sup>161</sup> Dat criterium blijft aan duidelijk-

---

standdeel van de auto aan te merken. Door de constructieve afstemming en de incompleetheid slechts als ‘aanwijzingen’ te noemen, biedt ons hoogste rechtscollege ruimte om bijvoorbeeld in zo’n geval geen bestanddeelvorming aan te nemen. In het hier besproken voorbeeld van een machine in een fabrieksgebouw, zullen de in het arrest genoemde aanwijzingen vermoedelijk echter steeds bepalend zijn.

<sup>159</sup> Vgl. Ploeger 1997, nr. 216. In die zin ook Asser/Mijnssen, Van Dam & Van Velten (2002) 3-II, nr. 249. Anders echter: Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels (2008) 5\*, nr. 249 en De Jong & Ploeger 2008, nr. 52.

<sup>160</sup> Zie daarover HR 11 maart 1981, *NJ* 1982, 76: aanvullende bevoegdheden zijn mogelijk, indien zij in zodanig verband staan met de bevoegdheden die de opstaller naar de aard van zijn recht toekomen dat het gerechtvaardigd is die bevoegdheden als onderdeel van het opstalrecht te behandelen.

<sup>161</sup> In deze zin Ploeger 1997, nr. 224, die – in navolging van de Zwitser Heinz Rey – spreekt van “wirtschaftlich-funktionelle Unabhängigkeit”. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels



heid te wensen over laten: wat is immers acceptabel? Ook in standaardgevallen leidt de vestiging van een opstalrecht tot kapitaalverlies, nu de waarde van bloot eigendom en opstalrecht gezamenlijk vaak lager is dan de waarde van vol eigendom.<sup>162</sup> Niettemin moet met het doel van het criterium in het hoofd, in concrete gevallen bepaald kunnen worden of een opstalrecht wel of niet tot de mogelijkheden behoort. Het criterium beoogt enerzijds de eenheid van de zaak te beschermen, maar anderzijds ruimte te bieden voor de afsplitsing van niet geheel zelfstandige onderdelen in de gevallen waarin de praktijk dat wenst.<sup>163</sup> Op zichzelf is mogelijk dat de eigendom van een werk wordt afgesplitst dat enkel kan worden bereikt via de onroerende zaak van iemand anders, bijvoorbeeld in het geval van een transformatorhuisje op het erf bij een landhuis. Voor de aanvaardbaarheid van een dergelijke onderlinge afhankelijkheid dient te worden gekeken naar de intensiteit van de belasting en naar de aard van de gesplitste zaken. Zo hoeft geen bezwaar te bestaan tegen de vestiging van een opstalrecht voor een ondergrondse parkeergarage die te voet enkel kan worden bereikt via het daarboven gelegen treinstation. Bevindt de garage zich echter onder een woonhuis, dan heeft een dergelijke splitsing in exploitatiesferen een onaanvaardbare kapitaalvernietiging tot gevolg, omdat zij leidt tot twee nauwelijks te verhandelen eigendomsrechten: op de eigenaar van de woning rust een last die verplicht tot het dulden van de aanwezigheid van de eigenaar van de garage in de woning, terwijl de eigenaar van de garage een recht heeft dat hij enkel kan benutten in-

---

(2008) 5\*, nr. 363 gaat uit van dezelfde maatstaf. Struycken 2007, p. 631 vindt dit criterium echter onbevredigend, omdat zij de (exclusieve) geldingspretentie van het appartementsrecht buiten beschouwing laat. Inderdaad kan men zich afvragen of dit criterium niet ook ruimte biedt voor de vestiging van een opstalrecht dat eigendom verschafft van een regulier flatgebouw, zoals dat mogelijk wordt geacht door De Jong 2006a, nr. 146. Principiële (niet te verwarren met praktische) bezwaren tegen het gebruik van het opstalrecht in gevallen waarin een splitsing in appartementsrechten de meest geëigende weg is, zie ik echter niet, zodat de bezwaren van Struycken naar mijn mening niet aan de juistheid van het criterium in de weg hoeven te staan.

<sup>162</sup> Nelisse 2008, p. 168 noemt de vuistregel bij de taxatie van erfpachtrechten, die wordt propageerd in de opleiding voor makelaars. Eerst brengt men op de waarde van de volle eigendom de waarde van de bloot eigendom in mindering; vervolgens moet worden gecorrigeerd voor courantheid.

<sup>163</sup> Hof 's-Hertogenbosch 8 maart 2006, *RN* 2006, 42 (arrest na verwijzing door HR 30 september 2005, *BNB* 2006/22) stelt zeer geringe eisen aan de zelfstandigheid: het hof merkt een woning aan als een zelfstandige zaak, hoewel de bewoners voor het gebruik van douche en toilet afhankelijk zijn van de 'buren', "nu is komen vast te staan dat in het door belanghebbendes ouders bewoonde gedeelte gemakkelijk een wc en douche kunnen worden aangelegd en splitsing derhalve technisch gemakkelijk te verwezenlijken is". Kort nadien heeft de Hoge Raad in een vergelijkbare kwestie de beoordeling van de zelfstandigheid van het rechtsobject overigens niet meer aan de Bossche feitenrechter over willen laten. In HR 17 november 2006, *BNB* 2007/48 wordt uitdrukkelijk overwogen dat het gevestigde recht van gebruik en bewoning niet op een zelfstandige zaak rust, omdat de in gebruik gegeven vertrekken worden gescheiden door een gang die in gemeenschappelijk gebruik is met de eigenaar.

dien hij zich bij ieder gebruik een weg baant door de persoonlijke levenssfeer van iemand anders. Een dergelijke splitsing doet afbreuk aan de eenheidsgedachte en is om die reden niet mogelijk.

#### 7.4.3. *De zelfstandigheid van het rechtsobject bij erfpacht*

Ook een erfpachtrecht kan enkel worden gevestigd op onroerende zaken in hun geheel. Het is echter de vraag of de flexibiliteit van erfpacht niet groter is dan die van het opstalrecht, doordat art. 5:89 BW de (generieke) mogelijkheid biedt om het genot van de erfpachter te beperken in de vestigingsakte. In die bepaling kan de ruimte worden gevonden om een onroerende zaak meerdere malen in erfpacht te geven, waarbij steeds het genot wordt beperkt tot een verschillend onzelfstandig gedeelte van de betreffende zaak.<sup>164</sup> Dat dergelijke constructies mogelijk zijn, bevestigt (de belastingkamer van) de Hoge Raad in kwesties over het recht van vruchtgebruik en over het recht van gebruik en bewoning.<sup>165</sup> In beide zaken oordeelt ons hoogste rechtscollege dat

“[h]et [...] geenszins uitgesloten [is] dat – zo niet krachtens uitleg van de vestigingsakte dan toch in elk geval krachtens art. 3:42 BW – aan de akte de werking moet worden toegekend dat het [beperkte recht] is gevestigd op de gehele [in dat geval: ene] onroerende zaak, waarbij echter bij de akte nader is bepaald dat [de beperkt gerechtigde] slechts het in de akte omschreven gedeelte daadwerkelijk gebruikt en [de eigenaren] het andere gedeelte”.

Pleysier vindt dat ook bij de vestiging van een erfpachtrecht de bevoegdheden op deze wijze kunnen worden beperkt: “Er is immers geen enkel wetssystematisch of dogmatisch argument te ontwaren waarom bij erfpacht niet zou kunnen wat bij het recht van gebruik en bewoning wél kan.”<sup>166</sup>

Het op deze wijze kunnen beperken van het genot van een beperkt gerechtigde tot een onzelfstandig gedeelte, is echter niet minder bezwaarlijk dan de – in de vorige paragraaf voor onmogelijk gehouden – vestiging van een beperkt recht op een dergelijk bestanddeel. Terecht stelt Struycken dat een goederenrechtelijk recht op een goed en de daaruit voortvloeiende bevoegdheid ten aanzien van dat goed als eenheid in het rechtsverkeer verschijnen.<sup>167</sup> Met zijn conclusie, dat bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de horizontale splitsing ook de ruimtelijke afbakening van de uit het beperkte recht voortvloeiende bevoegdhe-

---

<sup>164</sup> Mouthaan 2012a, p. 8 wijst deze mogelijkheid af met een beroep op – een wel erg strikte uitleg van – het afsplitsingsprincipe. Dat principe ligt naar mijn mening echter in het geheel niet in het wettelijk stelsel besloten. Zie hierna in hoofdstuk IV, paragraaf 8.2.1.

<sup>165</sup> HR 30 september 2005, *BNB* 2006/22 en HR 17 november 2006, *BNB* 2007/48, besproken door Pleysier 2008.

<sup>166</sup> Pleysier 1990. In dezelfde zin J.C. van Straaten in zijn noot bij HR 11 december 2009, *BNB* 2010/67.

<sup>167</sup> Struycken 2007, p. 457-458.

den moet worden meegenomen, kan daarom worden ingestemd. Zoals in hoofdstuk IV, paragraaf 8.3.3 verder wordt uitgewerkt, dient bij de afbakening van de ruimte om inhoud te geven aan beperkte rechten, acht te worden geslagen op het belang van behoorlijke verhandelbaarheid van goederenrechtelijke rechten. Het eenheidsbeginsel, op grond waarvan goederenrechtelijke rechten slechts een zaak als geheel als object kunnen hebben, is wezenlijk voor de realisatie van dat principe en mag daarom – ook bij het geven van inhoud aan een erfpachtverhouding – niet worden genegeerd.

De vraag is – gelet op de aangehaalde arresten – wel hoe strak de Hoge Raad aan het onderhavige principe vasthoudt. Duidelijk is dat hij goederenrechtelijke rechten die feitelijk betrekking hebben op onzelfstandige objecten, niet onaanvaardbaar vindt. Daar staat tegenover dat hij deze vorm van afsplitsing tot nu toe enkel toelaat voor de rechten van vruchtgebruik en van gebruik en bewoning. Dat zijn bijzondere rechtsfiguren, waarbij een minder strikte handhaving van het eenheidsbeginsel gemakkelijker geaccepteerd kan worden dan bij erfpacht.<sup>168</sup> Anders dan erfpacht, vormen deze rechten naar hun aard immers slechts een tijdelijke belasting van de eigendom. Bovendien is de handel in deze rechten beperkt of – in het geval van gebruik en bewoning – zelfs geheel uitgesloten.

## **8. Conclusie**

Diverse partijen kiezen ervoor hun gronden in erfpacht uit te geven. Dat gebeurt niet alleen om invloed uit te kunnen oefenen op de wijze waarop anderen de grond gebruiken; ook wordt de rechtsfiguur gebruikt als vehikel voor terreinbeheer of om de financiering van het grondgebruik met goederenrechtelijke werking te regelen.

Deze doelen worden op uiteenlopende wijzen nagestreefd. Wil men goed in staat zijn op de lange termijn invloed te houden op het gebruik van de grond, dan vereist dat in de eerste plaats een erfpacht die eindig is, bijvoorbeeld doordat zij na verloop van een bepaalde tijd eenvoudigweg ophoudt te bestaan, of doordat zij beëindigd kan worden indien de omstandigheden van het geval of de gedragingen van de erfpachter daartoe aanleiding geven. Daarnaast is de meest voor de hand liggende methode om invloed te houden op het gebruik van de grond, dat regelingen worden opgenomen die de bestemming van de grond en het toegestane gebruik expliciet inperken. Daarbij worden vaak concrete verboden en verplichtingen op de erfpachter gelegd, opdat de grond op de – in de ogen van de eigenaar – meest doelmatige wijze wordt gebruikt. In dit hoofdstuk is nog geen aandacht besteed aan de belangrijkste juridische haken en ogen die kleven aan dergelijke bepalingen. Wel bleken enkele praktische beperkingen: daadwerkelijk succesvolle regulering van het gebruik van grond vereist niet al-

---

<sup>168</sup> Dat het recht van gebruik en bewoning een bijzondere rechtsfiguur is, waarvoor bijzondere regels gelden, wordt verdedigd door Struycken 2007, p. 451-452.

leen dat de grondeigenaar de juiste voorwaarden bedingt, maar ook dat hij deze handhaaft. In de Gemeente Den Haag is de afbouw van het erfpachtstelsel mede ingegeven door het feit dat van dat laatste weinig blijkt terecht te komen; in de sfeer van parkmanagement is een belangrijk bezwaar tegen het gebruik van het erfpachtrecht dat deze rechtsfiguur alleen kan worden gebruikt wanneer iemand als erfverpachter kan fungeren die in staat en bereid is de erfpachtvoorwaarden te handhaven. Op het gebied van parkmanagement hangt de belangrijke rol van de erfverpachter daarnaast samen met de gebrekkige mogelijkheden om het erfpachtrecht te combineren met andere beperkte rechten. Zo staat art. 5:60 BW naar mijn mening in de weg aan het koppelen van mandeligheid aan erfpacht, met als gevolg dat de erfverpachter belast zal moeten worden met het onderhoud van de niet in exclusief gebruik gegeven delen van het park (waarbij dan de kosten moeten worden doorberekend aan de erfpachters).

Het gebruik van de erfpachtgrond wordt niet alleen gereguleerd met bepalingen die expliciet regelen op welke wijze de erfpachter de grond mag gebruiken. Ook op meer impliciete wijze vindt regulering plaats, bijvoorbeeld met bepalingen die het eigen belang van de erfpachter vergroten bij doelmatig gebruik en zorgvuldig onderhoud van het in erfpacht gegeven object. In dit verband verdient onder meer vermelding dat de erfpachter bij het einde van de erfpacht vaak recht heeft op een vergoeding van de opstalwaarde. Ook kan worden gewezen op het verhuur- en verpachtingsverbod dat de Rijksoverheid bedong van de erfpachters in de IJsselmeerpolders: doel van die verboden is het in één hand houden van het genot van de grond en het belang bij het doelmatige gebruik van die grond. Beperking van de overdraagbaarheid van de erfpacht is daarvoor niet nodig, maar verhuur en verpachting wordt nadrukkelijk ongewenst gevonden.

Het voorgaande neemt overigens niet weg dat ook vervreemdingsbeperkingen een belangrijk middel zijn om het gebruik van grond met erfpacht te reguleren. Dergelijke bepalingen worden geregeerd door art. 5:91 BW: op grond daarvan kan de overdraagbaarheid van de erfpacht afhankelijk worden gemaakt van door de erfverpachter verleende toestemming. Dat biedt de erfverpachter, behoudens in het geval van executoriale verkoop, in het bijzonder de mogelijkheid invloed te houden op de persoon van opvolgende erfpachters. Het opnemen van voorkeursrechten strekt echter niet alleen ter regulering van het gebruik. Ook worden deze gebruikt in situaties waarin het erfpachtrecht dient als vehikel voor de financiering van het grondgebruik. In die gevallen is een voorkeursrecht tot koop van de grondeigenaar gewenst wanneer de erfpachter voor zijn gebruiksrecht een prijs moet betalen die beneden de marktwaarde ligt van zijn genotsrecht. Met het voorkeursrecht kan worden voorkomen dat de erfpachter dit voordeel te gelde maakt door zijn recht aan een derde over te dragen tegen de marktwaarde. Daartoe wordt dan geregeld dat slechts toestemming wordt verleend onder

de opschortende voorwaarde dat de erfpacht eerst wordt aangeboden aan de grondeigenaar, die in de gelegenheid moet worden gesteld de erfpacht te kopen voor een op basis van een tevoren vastgestelde formule te bepalen prijs (waarna de erfpacht teniet zal gaan).

In de meeste gevallen waarin grondgebruik door middel van erfpacht wordt gefinancierd, is de kernbepaling echter de regeling omtrent de periodieke canonverplichting. Deze fungeert vaak feitelijk als equivalent van de rente die moet worden betaald door degene die zijn onroerende zaak met een (hypothecaire) geldlening financiert. Dat blijkt het duidelijkst bij de met name in de landbouw geregeld toegepaste constructie waarin men zijn grond met behoud van een erfpachtrecht vervreemdt aan een belegger, die vervolgens een canon in rekening brengt die wordt gesteld op een percentage van de door hem betaalde aankoopssom. Na verloop van een bepaalde periode wordt de eigendom weer teruggekocht voor een prijs die gelijk is aan de geïndexeerde aankoopssom. Kortom, in wezen leent de agrariër bij aanvang een geldbedrag, is hij gedurende de looptijd van de erfpachtverhouding interest verschuldigd en betaalt hij bij het einde van de erfpacht het geleende bedrag geïndexeerd terug. Ook bij de normale stedelijke erfpacht kan de erfpachtcanon goed worden vergeleken met een vergoeding voor het door de erfverpachter beschikbaar gestelde vermogen. Minder verwant met een geldlening zijn de canonregelingen die verplichten tot vergoeding van een deel van de winst die op de erfpachtgrond wordt behaald. In die gevallen kan men beter spreken van de investering van (risicodragend) vermogen.

Het doel dat de grondeigenaar met deze regelingen nastreeft is in de eerste plaats het behalen van rendement op het geïnvesteerde vermogen. In de particuliere sfeer is dit een zuiver beleggingsmotief: net zoals degene die zijn vermogen in aandelen investeert daarmee winst beoogt te maken, heeft ook degene die in grond belegt een winstoogmerk. Met name bij gemeentelijke overheden krijgt dat doel daarnaast een zekere ethische inkleuring: het besluit om grond niet in eigendom te geven maar in erfpacht wordt veelal ingegeven door de gedachte dat de waardestijging aan de gemeenschap te danken is en om die reden ook aan haar behoort toe te komen. Overheden streven daarnaast soms nog een ander doel na: door het gebruik van grond met behulp van erfpacht te financieren, zorgen zij ervoor dat de grondgebruikers liquiditeiten tot hun beschikking krijgen die zij kunnen gebruiken voor door de overheid gewenst gedrag. Een voorbeeld daarvan is de recente Rotterdamse praktijk waarin de overheid onroerende zaken koopt, waarbij de voormalige eigenaar zich de erfpacht voorbehoudt. Met de aankoopssom is laatstgenoemde in staat om – bijvoorbeeld – een herontwikkeling te bekostigen waartoe hij zich jegens de gemeente verplicht.



### III Erfpacht en de doorkruising van het publiekrecht

#### 1. Inleiding

Al sinds lange tijd is erfpacht een beproefd middel in het grondbeleid van de overheid. Dat wordt door sommige politici zo normaal gevonden dat zij de wettelijke regeling van het erfpachtrecht vermoedelijk niet eens zouden zoeken in het Burgerlijk Wetboek. In 1995 wijst Huijgen daar al op, als hij bespreekt welke moeite het de Haagse wethouder Duijvestein (PvdA) had gekost om de algemene bepalingen voor gronduitgifte in erfpacht juist te duiden. De wethouder had gesproken van ‘een verordening’ en van ‘een stukje wetgeving’.<sup>169</sup> Begin 2008 maakt het Tweede Kamerlid Jansen (SP) het nog wat bonter, als hij zich door minister Vogelaar (PvdA) laat informeren over ‘het fenomeen’ particuliere erfpachtovereenkomst. Jansen wil weten of de particulieren die grond in erfpacht uitgeven misschien een maas in de wet hebben opgezocht en vraagt of de minister deze ten spoedigste wil dichten.<sup>170</sup>

In rechtsgeleerde kringen stuit juist het gebruik van privaatrechtelijke rechtsfiguren als erfpacht door de overheid op verzet.<sup>171</sup> Wanneer zij haar beleidsdoelstellingen wil verwezenlijken, dient zij zich eerst en vooral van publiekrechtelijke middelen te bedienen, zo is de gedachte. Deze gedachte wordt wel verklaard tegen de achtergrond van de ontwikkelingen die zich in de voorbije eeuwen hebben voorgedaan inde verhouding tussen de overheid en de burger. Teunissen bijvoorbeeld, beschrijft in zijn proefschrift uitgebreid hoe de Europese landen zich hebben ontwikkeld van feodale staten tot politiestaten en vervolgens tot rechtsstaten.<sup>172</sup> Binnen het feodale regime gold de macht van de overheid als een – zelfs verhandel- en vererfbaar – vermogensrecht: de vorst was

---

<sup>169</sup> Huijgen 1995, p. 118.

<sup>170</sup> *Aanhangsel Handelingen II* 2007/08, nr. 2524. Overigens bestaat er uiteraard ook in het parlement wel verzet tegen het gebruik van erfpacht door de overheid. Zie bijvoorbeeld de vragen van Van der Burg en Neppéus (VVD), *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 3203.

<sup>171</sup> De proefschriften die met name in de jaren tachtig en negentig van de twintigste eeuw over dit onderwerp zijn verschenen, komen uit vrijwel alle academische windstreken van het land. Een greep uit de veelheid aan literatuur: Spier 1981, Lubach 1982, De Jong 1984a, Ackermans-Wijn 1989, Kobussen 1991, Simon 1993 en Teunissen 1996. Uitvoerige behandeling van alle verschillende visies die in deze dissertaties verdedigd zijn, wordt in dit onderzoek niet beoogd. Ik beperk mij in het navolgende voornamelijk tot een uitwerking van mijn eigen opvatting, waarbij – van de hier aangehaalde onderzoeken – in het bijzonder zal worden verwezen naar de proefschriften van Kobussen en Teunissen, wier opvattingen in mijn ogen het verst uit elkaar staan.

<sup>172</sup> Teunissen 1996, p. 14 e.v.

oppereigenaar van het territoir en ontleende daaraan zijn bevoegdheid om te besturen; aan de verschillende standen in de maatschappij verleende hij, in ruil voor belastingmiddelen, privileges. Onder de politiestaat was van een dergelijke wederkerigheid geen sprake: de vorst regeerde, zonder daarbij zelf gebonden te zijn aan het recht. Onder dit regime ging men uit van een duidelijk verschil in karakter tussen enerzijds de (eenzijdige) macht die de overheid over haar onderdanen kon uitoefenen en anderzijds de (wederkerige) betrekkingen tussen burgers. Onder de rechtsstaat ten slotte, blijft dat onderscheid overeind, maar wordt de bescherming van de vrijheid van individuele burgers daarenboven als taak van de overheid aangemerkt. Men ziet in dat de overheid die taak enkel naar behoren kan vervullen indien zij een grote macht heeft tot het eenzijdig stellen van regels, maar onderkent ook dat aan het toekennen of erkennen van die macht, een groot risico van misbruik kleeft.

Het staatsbestel moet waarborgen bieden tegen dat misbruik. Deze worden onder meer gezocht in de eis dat de overheid zelf ook gebonden is aan het recht en dat zij onder omstandigheden pas bevoegd is tot handelen indien dat op een wettelijke grondslag kan worden teruggevoerd (de legaliteitseis). De bevoegdheid om eenzijdig regels te stellen is daarmee niet (zoals in het feodale regime) gebaseerd op een eigen vermogensrechtelijke positie van het bestuur; de legitimatie wordt elders gezocht. Het verwondert daarom niet dat het einde van het feodale regime en de opkomst van de rechtsstaat gepaard ging met een pleidooi voor een scherpe scheiding tussen het private en het publieke domein. Relaties met de overheid waren volgens sommigen per definitie publiekrechtelijk van aard.<sup>173</sup>

Inmiddels wordt weer breed erkend dat de overheid zich ook van het privaatrecht kan en mag bedienen en gaat de discussie over de vraag in hoeverre die regel uitzonderingen kent. Wordt de bevoegdheid gebruik te maken van het privaatrecht bijvoorbeeld beperkt door de genoemde legaliteitseis?<sup>174</sup> En in hoeverre wordt zij beperkt door de algemene eisen die het publiekrecht stelt ten aanzien van het gedrag van de overheid? Duidelijk is dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook binnen privaatrechtelijke verhoudingen met de overheid gelden (art. 3:14 BW en art. 3:3 lid 2 Awb), maar daarenboven is denkbaar dat deze beginselen onder omstandigheden met zich brengen dat de overheid geheel onbevoegd is gebruik te maken van het privaatrecht. Reden daarvoor zou kunnen zijn dat publiekrechtelijke waarborgen onder vigeur van het BW en het WBRv minder goed tot hun recht kunnen komen dan onder de Awb. In het bijzonder derdenbelanghebbenden zijn gebaat bij een bestuursrech-

---

<sup>173</sup> Zie o.a. Teunissen 1996, p. 207 e.v.

<sup>174</sup> De Jong & Ploeger 2008, nr. 16 stellen dat de ruimte voor gebruik van het privaatrecht door de overheid afneemt als gevolg van de toenemende invloed van het legaliteitsbeginsel.



telijke procedure, waarin zij niet – zoals na een totstandgekomen contract – voor voldongen feiten worden gesteld, maar die hun vroegtijdig de mogelijkheid biedt om zich in de besluitvorming te mengen.

In dit hoofdstuk wordt in kaart gebracht in hoeverre de overheid de ruimte heeft om beleid te voeren door middel van gronduitgifte in erfpacht. Daartoe volgt in paragraaf 2 eerst een theoretische beschouwing over de mate waarin overheidslichamen bevoegd zijn tot het sluiten van overeenkomsten naar burgerlijk recht.

Vervolgens wordt in paragraaf 3 besproken hoe de rechtspraak omgaat met de bevoegdheid van de overheid tot het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten. Daarbij richt ik mij in het bijzonder op de rechtspraak die geweest is sinds 1990. In dat jaar is voor de oude koers van de Hoge Raad, waarin gebruik van het privaatrecht enkel ongeoorloofd was na een publiekrechtelijk verbod, definitief ingeruild voor een minder tolerante benadering.<sup>175</sup> Tegenwoordig is een privaatrechtelijke rechtshandeling nietig wegens strijd met de openbare orde (art. 3:40 lid 2 BW) in het geval dat zij een publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. De rechtshandeling hoeft niet uitdrukkelijk door de wet verboden te zijn; voldoende is dat zij in strijd komt met de strekking van een wettelijke regeling.

Na de theoretische beschouwingen over de reikwijdte van de bevoegdheid van de overheid om gebruik te maken van het privaatrecht en de bespreking van de rechtspraak die over dit vraagstuk is geweest, bespreek ik ten slotte in paragraaf 4 de geldigheid van enkele in de praktijk van overheidserfpacht veel voorkomende bedingen.

## **2. Grenzen van de contracteerbevoegdheid van de overheid**

### *2.1. Algemeen*

Hoewel het gebruik van het privaatrecht door de overheid op principiële bezwaren stuit, zijn er goede redenen om door de overheid gesloten overeenkomsten in beginsel geldig te achten. De geldigheid van deze contracten wordt in dit onderzoek dan ook als uitgangspunt genomen: niet wordt gezocht naar de uitzonderingen die moeten gelden op de regel dat de overheid *niet* tot gebruik van het privaatrecht bevoegd is, maar – omgekeerd – naar de gevallen waarin de hoofdregel dat de overheid daartoe *wel* bevoegd is, aan de kant moet worden gezet.

---

<sup>175</sup> Ik doel hier op het Windmill-arrest van 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393. Dat de ‘nieuwe benadering’ met dit arrest is begonnen is niet helemaal correct. Ook in het Benckiser-arrest van 14 april 1989, *NJ* 1990, 712 gebruikt de Hoge Raad al de term ‘onaanvaardbare doorkruising’. Niettemin wordt het arrest uit 1990 alom beschouwd als het startpunt van de nieuwe koers, omdat de Hoge Raad in die uitspraak uitdrukkelijk de verschillende doorkruisingscriteria bespreekt.

De keuze voor dit uitgangspunt sluit aan op art. 2:1 en 2:5 BW. In die bepalingen wordt erkend dat de Staat, de provincies, de gemeenten en de waterschappen rechtshandelingen kunnen verrichten naar burgerlijk recht. Belangrijker is echter dat een contract met de overheid inhoudelijk niet principieel verschilt van een overeenkomst die tussen twee burgers gesloten wordt.<sup>176</sup> Dat maakt het ongewenst dat de wederpartij van de overheid – bij gebreke van een adequate materiële rechtvaardiging – gemakkelijker de geldigheid van een contract kan aanvechten dan degene die voor een vergelijkbaar contract is aangewezen op een marktpartij. Ook meen ik dat enkel onder bijzondere omstandigheden kan worden aanvaard dat derden gemakkelijker een contract met de overheid kunnen aanvechten dan een inhoudelijk gelijke overeenkomst die gesloten is tussen twee burgers.<sup>177</sup>

De uitzonderingen en beperkingen op de gestelde hoofdregel worden vanuit drie invalshoeken onderzocht. In de eerste plaats wordt gezien of de in de inleiding al kort besproken legaliteitseis beperkingen met zich brengt (paragraaf 2.2). Vervolgens wordt het gebruik van privaatrecht door de overheid getoetst aan de eis van gebondenheid aan de wet (paragraaf 2.3). Ten slotte bespreek ik in paragraaf 2.4 in hoeverre de bijzondere waarborgen die het bestuursrecht biedt, een verplichting met zich brengen om in het geval dat die waarborgen in het privaatrecht minder goed tot hun recht komen, gebruik te maken van het bestuursrecht.

## 2.2. *De eis van een wettelijke grondslag voor overheidshandelen*

### 2.2.1. *De functies van de legaliteitseis*

In de rechtsstaat geldt als basisprincipe dat de overheid, net als haar onderdanen, is onderworpen aan het recht. Met dat principe kan men ook in het overheidsprivaatrecht redelijk uit de voeten, door te stellen dat de overheid die gebruikmaakt van het civiele recht zich in ieder geval moet houden aan de regels die in de burgerlijke wetten (in het bijzonder het BW) zijn neergelegd. In een rechtsstaat dient de overheid echter niet alleen ‘volgens de wet’ te handelen, maar dient overheidshandelen soms ook op een wettelijke grondslag gebaseerd te zijn.

Verschillende schrijvers vinden de grondslag voor privaatrechtelijk overheidsoptreden in het BW zelf. Bloembergen bijvoorbeeld, meent dat met de invoering van art. 2:1 jo. 2:5 BW aan de legaliteitseis is voldaan.<sup>178</sup> De juistheid van die gedachte is twijfelachtig, omdat het vanuit rechtsstatelijk oogpunt zilverder lijkt om te stellen dat de bevoegdheden die in het BW worden omschreven, niet door de wetgever zijn verleend, maar slechts door hem worden

---

<sup>176</sup> Vgl. o.a. M.H. Wissink, in zijn conclusie voor HR 7 oktober 2011, *RvdW* 2011, 1225, nr. 19 en Nieuwenhuis 1999, p. 79.

<sup>177</sup> Ik kom daarop terug in paragraaf 2.4.

<sup>178</sup> Bloembergen 1992.

erkend. Verder is het de vraag of een zo algemene regeling over de rechtspersoonlijkheid van overheidslichamen en over de mogelijkheid om overeenkomsten te sluiten, voldoende concreet is om als wettelijke basis te dienen voor ieder namens de overheid getekend contract. De vergelijking met de Blanketwet uit 1818 dringt zich hier op. Deze wet verbindt in zijn algemeenheid sancties aan het niet-voldoen aan de door de Koning gestelde regels. De Hoge Raad oordeelt daarover dat een dergelijk algemene omschrijving aan de uitvoerende macht geen algemene en onbeperkte bevoegdheid verleent om algemene maatregelen van bestuur uit te vaardigen om die vervolgens met een beroep op de Blanketwet te kunnen handhaven.<sup>179</sup>

Zou voor de overheid ook in het civiele recht een (sterke) legaliteitseis gelden, dan kan worden verdedigd dat de overheid niet zonder meer tot het sluiten van alle overeenkomsten bevoegd is. Dat doet bijvoorbeeld Teunissen, die met een beroep op de legaliteitseis slechts een zeer beperkte contracteerbevoegdheid ziet. Als ik hem goed begrijp, bestaat deze bevoegdheid in zijn visie enkel in gevallen waarin de wet een uitdrukkelijke grondslag biedt en in situaties waarin het gebruik van het privaatrecht duidelijk de uitoefening van een publiekrechtelijke taak ondersteunt.<sup>180</sup> Het eerste doet zich voor bij de toepassing van art. 17 Onteigeningswet (OW), op grond waarvan pas mag worden onteigend nadat eerst geprobeerd is de te onteigenen zaak minnelijk te verkrijgen. Een duidelijk voorbeeld van gebruik van het privaatrecht dat de uitoefening van de publiekrechtelijke taken ondersteunt, is de aanschaf van het schrijfgerei dat nodig is om een (op grond van art. 3:1 Awb immers per definitie ‘schriftelijk’) besluit te nemen. De vereiste wettelijke grondslag ligt in zo’n geval impliciet besloten in de bevoegdheid om de betreffende taak te verrichten.

Ruimere contracteerbevoegdheden kunnen worden aanvaard als de eis van een concrete wettelijke grondslag niet of in minder sterke mate geldt voor privaatrechtelijk overheidsoptreden. Of dat het geval is, moet worden beoordeeld aan de hand van de doelen van de legaliteitseis.<sup>181</sup> Waarom moet het ene over-

---

<sup>179</sup> HR 13 januari 1879, W 1879, 4430.

<sup>180</sup> Teunissen 1996, p. 221. Hij stelt dat het fungeren van de in art. 2:1 BW bedoelde lichamen “in het burgerlijk verkeer steeds dient te geschieden, niet *ter* (zelfstandige) behartiging van publieke belangen – want de behartiging van publieke rechtsbelangen is een zaak van het publiek verbandsrecht en dient te geschieden op basis van publiekrechtelijke bevoegdheden –, maar waar dat nodig is *in het kader van* de uitoefening van de – steeds ter bereiking van specifieke doelstellingen verleende – publiekrechtelijke bevoegdheden”.

<sup>181</sup> Ik volg dus niet de (te formele) benadering van Van der Vlies 1984, p. 10. Zij baseert haar opvatting dat de legaliteitseis bij privaatrechtelijk overheidsoptreden niet geldt op de omstandigheid dat de bevoegdheid tot burgerrechtelijk handelen niet aan de bestuursorganen, maar aan de rechtspersoon toekomt. Die gedachte miskent de ratio van de legaliteitseis, die juist beoogt waarborgen in te bouwen tegen (belastend) overheidshandelen. Een inperking van het toepassingsgebied van dat beginsel op grond van een dergelijk formeel argument is dan niet overtuigend.

heidsgedrag wel en het andere niet of op een minder specifieke wettelijke grondslag zijn gebaseerd?

Kernfunctie van de legaliteitseis is rechtsstatelijk van aard. Het vereiste beschermt de individuele burgerlijke vrijheid. Of en in hoeverre vereist is dat privaatrechtelijk overheidshandelen op een concrete wettelijke grondslag berust, is daarom afhankelijk van de mate waarin de vrijheid van individuele personen binnen het privaatrecht door de overheid kan worden aangetast. Daarnaast wordt in de literatuur wel verdedigd dat de legaliteitseis een zelfstandig democratisch doel dient.<sup>182</sup> De gedachte is dan dat een wettelijke grondslag ervoor zorgt dat de vertegenwoordigende lichamen aan de basis staan van het beleid dat door het bestuur wordt uitgevoerd. Vanuit dat perspectief is een wettelijke grondslag niet enkel van belang in geval van maatregelen die voor de individuele burger ingrijpend zijn, maar ook bij aangelegenheden die juist in maatschappelijk opzicht van bijzondere betekenis zijn.

Kortom, twee verschillende functies die niet over één kam geschoren moeten worden: een rechtsstatelijke en een democratische.<sup>183</sup> Wie een beroep doet op de rechtsstatelijke dimensie van de legaliteitseis, stelt dat zijn vrijheid door het overheidsoptreden wordt beperkt en dat die beperking op onvoldoende (democratische) legitimatie steunt.<sup>184</sup> Stelt men daarentegen dat de democratische dimensie van de legaliteitseis geen recht wordt gedaan, dan wordt het ontbreken van legitimatie als zodanig – die ook van belang is in gevallen waarin de vrijheid van individuele burgers op zichzelf niet wordt aangetast – in stelling gebracht.

---

<sup>182</sup> Zie o.a. Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 652, waar wordt gesteld dat de democratische component van de legaliteitseis tegenwoordig nauwelijks meer omstreden is. Opvallend is overigens dat deze krachtige stellingname nog niet terug te vinden is in de vorige druk van dit handboek, waarin het bewuste onderdeel nog een andere bewerker had. Zie ook nog Damen 1992, p. 467, die Kobussen 1991, p. 95 verwijt dat zij het democratiebeginsel als onderdeel van de legaliteitseis te veel wegrelatieveert.

<sup>183</sup> Ten onrechte worden de begrippen democratie en rechtsstaat in de literatuur nogal eens als een onlosmakelijke twee-eenheid aangemerkt. Hertogh 2002, p. 15, neemt bijvoorbeeld in zijn “officiële (of: juridische) definitie van de rechtsstaat” het democratiebeginsel op. Echter, er zijn rechtsstaten denkbaar die geen democratie zijn en democratieën die niet als rechtsstaat zijn te beschouwen. Als voorbeeld van het eerste wordt in de literatuur vaak het Pruisen onder Frederik II genoemd of (als hedendaags voorbeeld) de staat Singapore. De tweede situatie bestaat bijvoorbeeld in het huidige Iran. Vgl. Witteveen, Bovens & Derksen 1987, p. 15, alsmede Van Ommeren 2003, p. 11 en Zoethout 2003, p. 56.

<sup>184</sup> De democratie kan wel materiële betekenis geven aan de legaliteitseis. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de ‘Ermächtigungsgesetz’ die in 1933 in Duitsland werd ingevoerd. Deze wet bepaalde in art. 1 dat Rijkswetten konden worden aangenomen door de Rijksregering, buiten de door de grondwet voorgeschreven procedure, en in art. 2 dat deze wetten konden afwijken van de grondwet. Weliswaar gold nog een ‘legaliteitseis’, echter de materiële betekenis daarvan was op deze manier volledig uitgehold. Zie o.a. Zoethout 2005, p. 28 e.v. Ook de hierboven al kort besproken Blanketwet uit 1818 is in dit verband illustratief.

De rechtsstatelijke dimensie van de legaliteitseis verdient bescherming in rechte. Het gebrek aan democratische legitimatie als zodanig is daarentegen iets wat niet de rechtspositie van individuele burgers raakt, maar die van de maatschappij. Dat vraagstuk dient daarom niet in de rechtszaal ter discussie te staan, maar in het parlement, waar het bestuur door de maatschappij als zodanig ter verantwoording wordt geroepen. Ietwat verwarrend is in dit licht de benadering van Damen als deze de – aan de borreltafel populaire en in de collegezaal ongetwijfeld illustratieve – personificatie van ‘de belastingbetaler’ ten tonele voert. Hij schrijft dat de overheid “beschikt over ‘andermans centen’ en [...] dus (zelfs) de (rechts)plicht [heeft] om die centen zo doelmatig te besteden. Een onverstandige aankoop is niet alleen jammer, maar ook onbehoorlijk tegenover de burgers die het geld hebben verschaft”.<sup>185</sup> Door individuele burgers zo te karakteriseren als onderdeel van de gemeenschap waaraan de overheid dienstbaar is,<sup>186</sup> raakt het elementaire onderscheid ondergesneeuwd tussen de rechterlijke en de parlementaire beoordeling van overheidsgedrag.<sup>187</sup> De ‘belastingbetaler’ beschikt niet over een in rechte afdwingbare aanspraak op doelmatige besteding van middelen: zelfs wanneer in evidente strijd met de begrotingswet geld uitgegeven wordt, kan enkel het parlement daar sancties aan verbinden.<sup>188</sup>

Of in rechte aanspraak kan worden gemaakt op een wettelijke grondslag voor overheidshandelen is ook louter afhankelijk van de mate waarin de individuele vrijheid door dat handelen kan worden beperkt. Irrelevant is in dat kader de maatschappelijke impact van het handelen.<sup>189</sup> Die is slechts van belang voor de mate waarin het bestuur in relatie tot de volksvertegenwoordiging een wettelijke grondslag nodig heeft. In deze privaatrechtelijke studie blijft dat aspect verder onbehandeld en beperk ik mij tot de rechtsstatelijke functie van de legaliteitseis.

### 2.2.2. *Aantasting van de burgerlijke vrijheid in het civiele recht*

In de rechtsstaat is een van de kerntaken van de overheid dat zij de burgerlijke vrijheid beschermt. De legaliteitseis geeft daaraan invulling: vrijheidsbeperkingen zijn slechts toegestaan op basis van een wettelijke grondslag. Ook het BW vervult een belangrijke rechtsstatelijke functie, doordat daarin wordt voorzien in bepalingen die moeten voorkomen dat grote feitelijke machtsposities worden misbruikt om andere burgers te binden aan verplichtingen die zij niet in vrijheid op zich zouden hebben genomen.<sup>190</sup> Het burgerlijk recht biedt bijvoorbeeld be-

---

<sup>185</sup> Damen 2009, nr. 1206.

<sup>186</sup> Nog duidelijker gebeurt dat in Damen e.a. 2009, nr. 1207.

<sup>187</sup> Damen e.a. 2009, nr. 1206 suggereert dat zijn opvatting in de rechtspraak is aanvaard, maar haalt daarbij slechts een arrest aan waarin de gebondenheid aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de plicht grondrechten te respecteren worden onderstreept.

<sup>188</sup> Zie Warmelink 1993, p. 54 e.v. en Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 797 e.v.

<sup>189</sup> Vgl. Van Ommeren 1996, p. 98 e.v.

<sup>190</sup> Vgl. Teunissen 1996, p. 212 e.v.

scherming tegen onredelijk bezwarende algemene voorwaarden (afdeling 6.5.3 BW), tegen misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW), tegen dwaling (art. 6:228 BW) en tegen bedreiging, misbruik van omstandigheden en bedrog (art. 3:44 BW). In een ideaal systeem is – onder meer met dergelijke beschermingsmechanismes – gewaarborgd dat de vrijheid van burgers in het contractenrecht niet eenzijdig door anderen wordt beperkt: contractuele gebondenheid ontstaat als gevolg van vrijwillige instemming en niet als gevolg van eenzijdige machtsuitoefening. Bij de gebondenheid aan publiekrechtelijke maatregelen is dat anders: die ontstaat bij uitstek wel als gevolg van eenzijdige machtsuitoefening. In een ideaal systeem heeft, kortom, de legaliteitseis wel toegevoegde waarde in het publiekrecht, maar niet in het contractenrecht.

In de praktijk is echter niet geheel uit te sluiten dat de bescherming die het civiele recht biedt tegen het ongeoorloofd gebruik van machtsposities, onvoldoende is: niet tegen iedere ongewenste situatie hoeft een specifieke bepaling voorhanden te zijn, terwijl de algemene correctiemechanismen in het burgerlijk recht – bijvoorbeeld art. 6:248 lid 2 BW – terughoudend toegepast dienen te worden. Juist vanuit rechtsstatelijk oogpunt is dat van belang: ook de toepassing van een correctiebepaling houdt immers een inperking in van de burgerlijke vrijheid van een van beide contractspartijen, die op een wettelijke grondslag dient te berusten.

In geval van contracten met de overheid is dat laatste op zichzelf geen argument: deze maakt geen aanspraak op bescherming van haar burgerlijke vrijheden, zodat een wat ruimere toepassing van de civielrechtelijke beschermingsmechanismen ten behoeve van haar wederpartij wel kan worden geaccepteerd. Ook in die relaties verdient dat echter niet de voorkeur. Reden daarvoor is dat van het invoeren van bijvoorbeeld art. 6:248 lid 2 BW tegen de overheid, de suggestie uitgaat dat de gedraging van de overheid ook ontoelaatbaar zou zijn in het geval dat zij zou zijn verricht door een niet-overheidslichaam. Met name nu steeds meer aangelegenheden die voorheen nog als ‘traditionele overheidstaken’ werden beschouwd, worden overgelaten aan marktpartijen, is het van belang dat duidelijk is dat het ontoelaatbare van de gedraging samenhangt met het feit dat de contractspartij een overheidslichaam is. Vanuit dogmatisch oogpunt is het daarom beter om hier een functie te onderkennen voor de legaliteitseis in privaatrechtelijke verhoudingen, dan om de algemene civielrechtelijke beschermingsmechanismen in relaties met de overheid op ruimere schaal toe te passen.

Dat de legaliteitseis binnen privaatrechtelijke verhoudingen met de overheid inderdaad een functie heeft, laat zich – hoewel in dat arrest van een zuivere civielrechtelijke aangelegenheid geen sprake is – het best illustreren aan de hand van het Fluorideringsarrest. Die uitspraak handelt over de praktijk van het Am-

sterdamse waterleidingbedrijf om fluoride toe te voegen aan het drinkwater.<sup>191</sup> De Hoge Raad constateert dat burgers door de toevoeging van fluoride aan hun drinkwater praktisch worden gedwongen tot het gebruik daarvan. Het enige alternatief dat hun geboden wordt – het tappen van ongefluorideerd water bij één van de vijf ‘tappunten’ ter stede – vormt geen bruikbare mogelijkheid. Vervolgens oordeelt ons hoogste rechtscollege “dat de toevoeging van stoffen aan het drinkwater teneinde daarmee een geheel buiten de eigenlijke drinkwatervoorziening gelegen doel te dienen daarom een maatregel is van zo ingrijpende aard dat, zonder wettelijke grondslag, niet kan worden aangenomen dat een waterleidingbedrijf daartoe bij de vervulling van de hem in art. 4 lid 1 van de [Waterleidingwet; FJV] opgedragen taak de vrijheid heeft”.

Het arrest handelt dus niet over normatieve dwang, maar over feitelijke dwang. Deze is naar het oordeel van de Hoge Raad in het betreffende geval ontoelaatbaar zonder wettelijke bevoegdheidsgrondslag. Daarmee laat hij de mogelijkheid open dat tegen dit soort van feitelijke dwang niets kan worden ondernomen wanneer de drinkwatervoorziening volledig geprivatiseerd zou zijn. De gekozen benadering richt zich immers niet enkel op de dwang zelf, maar ook op het feit dat het de overheid is die deze dwang uitoefent. Het is ook goed denkbaar dat de toevoeging van fluoride aan het drinkwater in een zuiver privaatrechtelijke context inderdaad niet zou zijn afgestraft. Immers, in het civiele recht is een correctie vooral geboden wanneer de machtige partij zich de belangen van zijn wederpartij onvoldoende aantrekt, terwijl zich in het Fluorideringsarrest de situatie voordoet waarin de overheid juist in het belang van (de gezondheid van) die wederpartij maatregelen heeft getroffen. De Hoge Raad zou daarom minder snel geneigd kunnen zijn dit gedrag te verbieden indien de drinkwatervoorziening volledig geprivatiseerd zou zijn en de aanbieder daarvan – bijvoorbeeld op verzoek van een belangrijk deel van zijn klanten – een beetje fluoride aan het water zou hebben toegevoegd. Het oordeel dat de waterleverancier in zo’n geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet tot fluoridering had kunnen komen (art. 6:248 lid 2 BW) ligt dan in ieder geval niet onmiddellijk voor de hand.

### *2.3. De gebondenheid van de overheid aan de geest van de wetgeving*

Dat niet voor ieder overheidsoptreden een wettelijke grondslag vereist is, neemt niet weg dat wanneer de wetgever wél heeft opgetreden, men aan de door hem vastgestelde regel gebonden is. Dat geldt niet alleen voor de overheid, maar ook voor de burger: beiden moeten zij zich houden aan de wet. Niettemin bestaat tussen hen verschil: waar voor de overheid het uitgangspunt is dat zij gebonden is aan de wet, staat voor de burger voorop dat hij vrij is.

---

<sup>191</sup> HR 22 juni 1973, *NJ* 1973, 386.

Dat maakt het bijvoorbeeld lastig om de burger, behalve aan de wet zelf, ook te binden aan de ‘wil van de wetgever’ die tot de invoering van de wet geleid heeft. In de praktijk gebeurt dat vaak overigens wel. Het rechtsstatelijke ideaal – waarin slechts de wet zelf bindt – vereist namelijk een wettekst die glashelder is en door de rechter enkel hoeft te worden toegepast. Dat is een illusie. Het is eenvoudigweg onmogelijk om voor iedere situatie die zich in de rechtspraak kan voordoen een duidelijke regel te codificeren, terwijl wel voor alle gevallen het recht geldt. De rechter zal daarom in ieder individueel geval een uitleg moeten geven aan de wet, welke de partijen vervolgens bindt. In de praktijk is het daarmee niet de wet zelf die bindt, maar de uitleg die daaraan door de rechter gegeven is. Vanuit rechtsstatelijk oogpunt is dat problematisch. Het is echter niet onoverkomelijk, mits de rechter zich bewust is van de doelen die gediend zijn met het uitgangspunt dat beperkingen van de burgerlijke vrijheid slechts kunnen berusten op de wet zelf. In de eerste plaats maakt dat beperkingen voorzienbaar – iets wat van oudsher als wezenskenmerk van vrijheid wordt gezien<sup>192</sup> – en in de tweede plaats zorgt dat voor een maatschappelijke legitimatie van die beperking<sup>193</sup>. In de zoektocht naar een uitleg die maatschappelijk gelegitimeerd is, ligt een uitleg in overeenstemming met de wil van de wetgever in de rede, vooral als het relatief recente wetgeving betreft. Die wijze van uitleg is echter niet zonder meer geboden. In veel gevallen doet een uitleg die past binnen de context van de regeling, de analogische toepassing van een andere regel of een uitleg die aansluit op de maatschappelijke werkelijkheid, meer recht aan het genoemde uitgangspunt.

Deze methoden van uitleg worden ook in publiekrechtelijke relaties gehanteerd. De gebondenheid aan de geest van de wetgeving is daar echter sterker dan in het civiele recht. Voor de overheid is de vrijheid van handelen als zodanig niet beschermenswaardig; voor haar staat juist de gebondenheid voorop aan de democratisch gelegitimeerde wet. Het verschil kan worden geïllustreerd aan de hand van het publiekrechtelijke specialiteitsbeginsel en diens privaatrechtelijke evenknie: misbruik van bevoegdheid door deze voor een ander doel te gebruiken dan waarvoor zij is verleend (art. 3:13 lid 2 BW). Het specialiteitsbeginsel ontneemt bestuursorganen de ruimte om een publiekrechtelijke bevoegdheid te gebruiken voor andere doelen dan die waarvoor zij hun is verleend. De (rechtsstatelijke) gedachte daarbij is dat de wetgever publiekrechtelijke bevoegdheden in het leven heeft geroepen met een bepaald doel en dat de legitimatie van de bevoegdheidsuitoefening niet gegarandeerd is wanneer zij vervolgens worden aangewend ten behoeve van andere doelen.<sup>194</sup> Die gedachte biedt de ruimte voor

---

<sup>192</sup> Zie bijv. Van der Marck 1762, p. 20-21.

<sup>193</sup> Vgl. Van Ommeren 1999, p. 82-83.

<sup>194</sup> Vgl. Messer & Heldeweg 1990, p. 156. Zie uitgebreid over de functies van het specialiteitsbeginsel Schlössels 1998.



een uitgebreid speuren in de parlementaire geschiedenis naar het doel dat de wetgever bij de invoering van de bevoegdheid voor ogen had. In civielrechtelijke verhoudingen is de ruimte voor toepassing van het specialiteitsbeginsel geringer. Daar geldt niet als uitgangspunt dat iedere bevoegdheid met een bepaald doel bestaat, terwijl evenmin uit het enkele feit dat de wetgever bij de invoering van een wettelijke regeling één bepaald doel voor ogen had, mag worden afgeleid dat andere doelen met die bepaling niet mogen worden nagestreefd.<sup>195</sup> Voor de toepassing van art. 3:13 lid 2 BW zal de onoorbaarheid van het nagestreefde doel veel duidelijker uit de wet(telijke context) moeten blijken.

De overheid is dus in sterkere mate dan de burger gebonden aan de wil van de wetgever. Het ligt in de rede om dat ook voor ogen te houden bij het bepalen van de ruimte die de overheid heeft om zich te bedienen van het privaatrecht. In het feit dat de wetgever een publiekrechtelijke regeling in het leven heeft geroepen om een bepaald belang te behartigen, kan bijvoorbeeld een reden worden gevonden om niet toe te staan dat de overheid datzelfde belang nastreeft met privaatrechtelijke middelen. Ook is denkbaar dat het gebruik van privaatrecht wordt afgewezen omdat de wetgever er bewust voor heeft gekozen een publiekrechtelijke bevoegdheid juist *niet* in het leven te roepen.

#### *2.4. De aanspraak op bestuursrechtelijke rechtsbescherming*

De maatschappelijke gedachte over de plaats van de overheid in de samenleving is in de tweede helft van de vorige eeuw sterk veranderd. Het bestuur wordt niet meer beschouwd als degene die eenzijdig besluiten uitvaardigt op grond van door de wet verleende bevoegdheden, maar is geworden tot een instantie die in overleg treedt met haar onderdanen en na een zorgvuldige belangenafweging uiteindelijk de knoop mag doorhakken. Daarbij wordt niet alleen verlangd dat ze zich aan de tekst van de wet houdt, maar ook dat ze diverse gedragsnormen in acht neemt: de zogenoemde ‘algemene beginselen van behoorlijk bestuur’. Deze regels kunnen in veel gevallen goed doorwerken in privaatrechtelijke verhoudingen en dat is ook geboden. Dat wordt in de rechtspraak,<sup>196</sup> en sinds 1992 door de wetgever (art. 3:14 BW en art. 3:3 lid 2 Awb) erkend.

Het doorwerken van dit soort gedragsnormen in het privaatrecht heeft praktisch niet altijd hetzelfde effect als gebruikmaken van het bestuursrecht. In het bijzonder derdenbelanghebbenden zijn wezenlijk gebaat bij de bestuursrechtelijke procedure, vooral omdat zij daarin een zorgvuldige afweging van hun

---

<sup>195</sup> Aldus uitdrukkelijk PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1038. Vgl. ook HR 12 januari 1939, *NJ* 1939, 535. Zie nader over de beperkte reikwijdte van het specialiteitsbeginsel in het civiele recht P.A. Stein, *GS Vermogensrecht*, losbl. (2011), art. 3:13 BW, aant. 39.1 en 39.2 en Schrage 2012, nr. 2.9.

<sup>196</sup> O.a. HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727.

belangen beter kunnen afdwingen dan in het privaatrecht.<sup>197</sup> De Awb voorziet namelijk in een algemene verplichting tot bekendmaking van (voor)genomen besluiten en in een recht voor belanghebbenden om bezwaar en beroep aan te tekenen wanneer het betreffende besluit hun niet zint. In het civiele recht heeft een overeenkomst daarentegen zijn werking nadat de contractspartijen overeenstemming hebben bereikt en is er geen ruimte voor derden om zich daartegen in een vroeg stadium te verzetten.

Niettemin acht ik het ongewenst om aan te nemen dat louter in het belang van de werking van publiekrechtelijke normen een verplichting ligt tot gebruik van het bestuursrecht, of dat daarin zelfs wanneer een bestuursrechtelijk kader ontbreekt een verbod gelegen zou kunnen zijn om gebruik te maken van het civiele recht. Een dergelijk verbod zou namelijk ook de positie van de contractspartner van de overheid raken. Voor dat laatste is op zijn minst vereist dat de publiekrechtelijke beginselen ook daadwerkelijk zijn geschaad.

Wat dan resteert is dat de derdenbelanghebbende zich tot de overheid kan wenden indien hij meent dat zijn belang bij de totstandkoming van een contract onvoldoende is meegewogen. Als dan blijkt dat het schadelijke contract niet of onder andere voorwaarden gesloten zou zijn wanneer het getroffen belang wel naar behoren in de afweging betrokken was, is het in strijd met het algemeen belang de overeenkomst na te komen. In zo'n geval mag de overheid besluiten tot niet-nakoming en het voldoen van schadevergoeding aan de contractuele wederpartij.<sup>198</sup> Naar mijn mening dient de derde in zo'n geval ook in rechte aanspraak te kunnen maken op wanprestatie.

Binnen deze kaders is het voor derdenbelanghebbenden lastig om het meewegen van hun belangen te bevorderen. Dat geldt zeker wanneer de contractuele prestatie waartoe het overheidslichaam gehouden is, inhoudt dat zij een stuk grond onder bepaalde voorwaarden in erfpacht moet uitgeven. Vaak zal die prestatie al verricht zijn op het moment dat de derde merkt dat zijn belang bij de totstandkoming van de door de overheid gesloten overeenkomst onvoldoende is meegewogen. Gelet op de positie van de wederpartij van de overheid, lijkt mij dat aan die moeilijkheid weinig te doen is. Deze moeilijkheid bewijst wel het belang van exclusief werkende publiekrechtelijke wetgeving ten aanzien van vraagstukken die maatschappelijk of voor derden in potentie van bijzondere betekenis zijn.<sup>199</sup> Dit belang resulteert echter slechts in een plicht voor de

---

<sup>197</sup> Anders: Kobussen 1991, p. 207-208. Daarover (terecht) kritisch: Damen 1992, 467-468.

<sup>198</sup> In de rechtspraak is de overheid reeds verschillende malen de ruimte geboden om zich te onttrekken aan de verplichting tot nakoming van een overeenkomst, op grond van nieuwe inzichten die noodzaken tot een wijziging van het beleid. Vgl. o.a. HR 23 juni 1989, *NJ* 1991, 673 en HR 10 september 1993, *NJ* 1996, 3.

<sup>199</sup> Vgl. Van Ommeren 1999, p. 70-71, die – in reactie op Damen 1999 – aangeeft dat een beperkte reikwijdte van de legaliteitseis niets zegt over datgene wat (in rechtspolitiek en staatsrechtelijk opzicht) van de wetgever mag worden verwacht. Dat het bestuur ook in

wetgever, niet in een plicht voor individuele burgers die overeenkomsten sluiten met een overheidslichaam.

### 2.5. *Tot slot*

Het dient de overheid in beginsel te worden toegestaan overeenkomsten te sluiten naar burgerlijk recht. Uitzonderingen op die regel kunnen worden aangenomen wanneer onder het regime van het BW eenzijdig verplichtingen kunnen worden opgelegd (strijd met het legaliteitsbeginsel) of wanneer uit de woorden of uit de strekking van wetgeving voortvloeit dat bepaalde belangen enkel met publiekrechtelijke middelen mogen worden behartigd. In dat laatste geval moet een contract nietig worden geoordeeld, ofwel op grond van strijd met de wet (art. 3:40 lid 2 BW), ofwel op grond van strijd met de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW). Die strekking kan aan de overheid gemakkelijker worden tegengeworpen dan aan haar wederpartij. Niettemin is nietigheid ook geboden wanneer de ongedigheid van het contract nadelig is voor die wederpartij. Reden daarvoor is dat de overheid dient te handelen in overeenstemming met het algemeen belang, waaraan mede inhoud wordt gegeven door de geest van de regelgeving die op haar handelen van toepassing is. Met een beroep op dat algemeen belang is zij in andere gevallen gerechtigd tot wanprestatie, zij het onder de gehoudenheid om aan de wederpartij een schadevergoeding te voldoen. Daarmee is aan het contracteren met de overheid het risico verbonden dat – met een beroep op de geest van publiekrechtelijke regelgeving – verplichtingen uit een overeenkomst niet worden nagekomen. In dat licht kan ook worden aangevaard dat contracten met de overheid streng worden getoetst aan de geest van wetgeving, ook wanneer dat in het nadeel uitpakt van de contractuele wederpartij. Het nietigheidsoordeel hoeft naar mijn mening namelijk evenmin in de weg te staan aan een recht op schadevergoeding wegens wanprestatie.<sup>200</sup>

## 3. Overheidsprivaatrecht in de rechtspraak

### 3.1. *Inleiding*

In deze paragraaf wordt onderzocht hoe de rechtspraak invulling geeft aan de ruimte die de overheid heeft om gebruik te maken van het civiele recht. Daartoe wordt de belangrijkste jurisprudentie besproken die sinds 1990 over dit vraagstuk is verschenen. Het startpunt van de beschouwingen ligt daarmee bij een

---

maatschappelijk ingrijpende situaties bevoegd kan handelen ondanks het ontbreken van een wettelijke grondslag, neemt niet weg dat het uiterst wenselijk is dat de wetgever zich wél met de betreffende situatie bezighoudt en een regeling treft.

<sup>200</sup> Vgl. J. Hijma in zijn noot bij HR 7 april 2000, *NJ* 2000, 652. In dat arrest had de Hoge Raad zich kunnen uitspreken over de mogelijkheid van schadevergoeding uit hoofde van een nietig contract, maar blijft dit uit als gevolg van een – in de woorden van de annotator – “weinig welwillende” lezing van het cassatiemiddel.

kentering in de rechtspraak op het gebied van het overheidsprivaatrecht. Waar een verbod op het gebruik van het privaatrecht voordien slechts grote uitzondering is, wordt op 26 januari 1990 in het Windmill-arrest en (enkele maanden later) in het De Pina/Helmond-arrest de ruimte ingeperkt.<sup>201</sup>

Voor een beter begrip van de ontwikkelingen begint deze paragraaf met een korte uiteenzetting van het recht dat gold vóór 1990. In paragraaf 3.3 bespreek ik dan de ‘doorkruisingscriteria’ die de Hoge Raad in Windmill heeft gegeven, om vervolgens de rechtspraak sinds dat arrest aan een nadere beschouwing te onderwerpen.

### 3.2. *Het overheidsprivaatrecht vóór 1990*

In de rechtspraak over het overheidsprivaatrecht zijn lange tijd de gedachten van Hamaker leidend geweest.<sup>202</sup> De kern van de rechtsstaatidee zag hij aanzienlijk anders dan de in de inleiding van dit hoofdstuk aangehaalde Teunissen.<sup>203</sup> Voor Hamaker is het belangrijkste dat de overheid, na haar ongebondenheid onder het regime van de politiestaat, weer – net als onder het oudere feodale regime – wordt onderworpen aan het recht. In zijn visie is dat recht in de eerste plaats het privaatrecht, als het ‘gemene recht’ dat voor ieder ander ook geldt. Daarnaast heeft de overheid bijzondere staatsmacht nodig, die het privaatrecht niet kan bieden. Voor die macht is zij afhankelijk van de wetgevende macht, door Hamaker omschreven als “de bezitster van het absolute staatsgezag” en als “meester [...], wiens bevelen [de vorst] had uit te voeren”. In deze visie worden de regels van publiekrecht beschouwd als uitzonderingsregels, die het privaatrecht opzij kunnen zetten.

Tegen de achtergrond van de opvatting van Hamaker komt in de literatuur de zogenoemde ‘gemene-rechtsleer’ tot bloei. Scholten, die door Kobussen wordt aangeduid als ‘vader der gemene-rechtsleer’,<sup>204</sup> bouwt expliciet op de gedachten van Hamaker voort:

“Nog altijd schijnt mij, dat de kijk, die Hamaker op het vraagstuk had, het juiste inzicht geeft. Het privaatrecht wijst de algemene gedragsregelen aan, het *gemene* recht is daarvoor de juiste term. In het publiekrecht worden – als we de staatsorganisatie zelve als inderdaad van eigen aard ter zijde stellen – evenzeer gedragsregelen gegeven, bevelen van de overheid, rechtsregels, als die van het gemene recht, die dat recht ter wille van de staatstaak aanvullen en er van afwijken. Dit kan uitdrukkelijk geschieden, de afwijking kan ook het resultaat zijn van rechtsvinding, waar de wet zwijgt.”<sup>205</sup>

---

<sup>201</sup> HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393 en HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 394, m.nt. M. Scheltema.

<sup>202</sup> Hamaker 1913.

<sup>203</sup> Vgl. Teunissen 1996, p. 26-29, waar hij zijn bezwaren tegen de gedachten van Hamaker ontvouwt.

<sup>204</sup> Kobussen 1991, p. 31.

<sup>205</sup> Asser/Scholten (1974) \*, paragraaf 13.

Deze gedachten liggen ten grondslag aan de twee-wegenleer, die lang de civiele rechtspraak heeft beheerst: de overheid is – als ieder ander – vrij gebruik te maken van het privaatrecht, tenzij regels van publiekrecht anders bepalen.<sup>206</sup>

Het bezwaarlijke van deze leer is dat zij voorbijziet aan het verschil in karakter tussen de gebondenheid van de overheid aan het recht en de gebondenheid van willekeurige burgers daaraan. Een van de grootste criticasters van de twee-wegenleer – Van der Hoeven – wijst er verder op dat de overheid zich binnen de kaders van het privaatrecht kan onttrekken aan de gedragsregels die binnen het bestuursrecht bestaan.<sup>207</sup> In zijn navolging worden nieuwe theorieën ontwikkeld, zoals de ‘gemengde rechtsleer’, waarin de eenheid van het recht centraal staat en de overheid binnen het privaatrecht zoveel mogelijk aan dezelfde normen gebonden is als in het publiekrecht.<sup>208</sup>

De kentering in de rechtspraak begint op het terrein van de uitwegvergunningen. Tot het einde van de jaren negentig is goed gemeentelijk gebruik dat particulieren hun vergunning om uit te mogen wegen op de openbare weg pas krijgen op voorwaarde dat zij een vergoeding betalen (bestuursrechtelijk) of dat de gemeente voorafgaand aan de vergunningverlening een overeenkomst sluit die de burger tot betaling van de vergoeding verplicht. Praktisch komen de bestuurs- en de civielrechtelijke methode overeen, echter de hoogste bestuursrechter – met Van der Hoeven als voorzitter – vindt de vergoeding in strijd met art. 14 Wegenwet, terwijl de Hoge Raad het uitgangspunt van de tweewegenleer ook op dit terrein onverkort toepast: nu het publiekrecht dat niet verbiedt, is het toegestaan een privaatrechtelijke overeenkomst te sluiten.<sup>209</sup> Om de materiële eenheid in het recht te herstellen, moet dus een van beide colleges omgaan. De Hoge Raad doet dat in 1986.<sup>210</sup> Hij geeft gehoor aan de – in de literatuur breed gedragen – oproep tot een minder tolerante benadering en maakt expliciet melding van zowel de afwijkende bestuursrechtspraak als de kritiek in de literatuur op zijn oude koers:

“Reeds voor ‘Hoogeloon’ [d.i. HR 2 februari 1966, *NJ* 1966, 415, waarin geaccordeerd werd dat de gemeente een vergoeding had bedongen voor het verlenen van een uitwegvergunning; FJV] was de vraag of een dergelijk uitwegvergunningstelsel rechteens aanvaardbaar is, omstreden; het arrest is door de annotatoren over het algemeen gecritiseerd en ook in de latere litteratuur bestreden. [...] Bij uitspraak van 1 sept.

---

<sup>206</sup> De Hoge Raad gebruikte ook wel het begrip ‘gemene recht’ wel. Zie bijv. HR 24 april 1957, *NJ* 1957, 523. Zie verder o.a. HR 2 februari 1966, *NJ* 1966, 415, HR 19 januari 1968, *NJ* 1968, 166 en HR 23 december 1976, *NJ* 1977, 409.

<sup>207</sup> Van der Hoeven 1970.

<sup>208</sup> De ontwikkelingen in het denken sinds de bijdrage van Van der Hoeven worden besproken door Lubach & Lubach 2010.

<sup>209</sup> ARRvS 1 september 1977, *AB* 1977, 366, resp. HR 2 februari 1966, *NJ* 1966, 415.

<sup>210</sup> HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723.

1977, Gemeentestem 6472, *AB* 1977, 366 ('Maastricht I') heeft de Afd. rechtspraak RvS met betrekking tot een dergelijk uitwegvergunningstelsel een van 'Hoogeloon' afwijkend standpunt ingenomen: de Afd. oordeelde dat het gebruik overeenkomstig bestemming dat de rechthebbende op een openbare weg moet dulden, mede moet worden verstaan 'het gebruik van de weg ten behoeve van de ontsluiting van aan die weg grenzende terreinen, waartoe het uitwegen op die weg dient te worden gerekend'."

In zijn noot bij het arrest geeft Scheltema aan dat de Hoge Raad weliswaar omgegaan is, maar dat de uitspraak nog onduidelijk laat aan de hand van welke criteria nu moet worden beoordeeld of de overheid een bepaalde overeenkomst wel of niet mag sluiten. Op die criteria moet men dan nog bijna vier jaar wachten, tot de Hoge Raad in het Windmill-arrest de 'doorkruisingscriteria' formuleert.<sup>211</sup> In de tussentijd vindt ook de – door onder meer Van der Hoeven en Lubach gepropageerde – 'gemengde rechtsleer' ingang in de rechtspraak. In het arrest Amsterdam/IKON staat de vraag centraal of de Gemeente Amsterdam bevoegd is om IKON Beleidsconsulenten te houden aan de erfpachtvoorwaarde die regelt dat het bij IKON in gebruik zijnde pand slechts als woonruimte mag worden gebruikt. IKON betwist dit op de grond dat de gemeente bij andere erfpachters niet had gehandhaafd. De Hoge Raad oordeelt dat

“[e]en overheidslichaam [...] bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtsverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en derhalve ook het gelijkheidsbeginsel als een van die beginselen – in acht behoort te nemen. Voor zover het slot van het onderdeel onder a, betoogt dat het gelijkheidsbeginsel hier slechts aan de orde zou kunnen komen in het kader van de toepassing van een aan de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf en daarom hier een zwakkere werking dan in het bestuursrecht zou hebben, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting”.<sup>212</sup>

De Hoge Raad past art. 3:14 BW hier al vóór haar invoering toe: “Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.” Sinds IKON wordt privaatrechtelijk overheidshandelen rechtstreeks getoetst aan de geschreven en ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur. Dit legt aan overheidserfverpachters de (impliciete) verplichting op een eventueel erfpachtstelsel consistent vorm te geven en/of uit te voeren.<sup>213</sup>

---

<sup>211</sup> HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393. Het criterium van de 'onaanvaardbare doorkruising' zelf, noemde ons hoogste rechtscollege al ruim een half jaar eerder, in HR 14 april 1989, *NJ* 1990, 712. In dat arrest wordt ook al aangegeven dat bij de toepassing van dat criterium van belang is of via het publiekrecht een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt.

<sup>212</sup> HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727. In oudere rechtspraak bleef rechtstreekse toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur achterwege. Zie i.h.b. HR 4 januari 1963, *NJ* 1964, 202-204.

<sup>213</sup> Vgl. i.h.b. HR 22 maart 1991, *NJ* 1994, 170, waarin de IKON-casus voor de tweede maal aan ons hoogste rechtscollege wordt voorgelegd. Het ontbreken van helder beleid, maakt

### 3.3. De arresten *Windmill*, *De Pina/Helmond* en *Lelystad*

In 1990 geeft de Hoge Raad in twee arresten de criteria aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of de overheid gebruik mag maken van het privaatrecht op terreinen die worden beheerst door een publiekrechtelijke regeling. Die criteria kunnen weliswaar niet op alle terreinen van het overheidsprivaatrecht worden ingezet – het gebruik van het privaatrecht kan ook ongeoorloofd zijn op terreinen die niet worden beheerst door een publiekrechtelijke regeling<sup>214</sup> – maar zij bieden niettemin in veel gevallen een oplossing.

Het eerste arrest handelt over het bedrijf *Windmill*, dat afvalgips loost in de Nieuwe Waterweg.<sup>215</sup> *Windmill* beschikt daartoe over de op grond van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (Wvo) en de Rivierenwet benodigde vergunningen. Niettemin vordert de Staat, in hoedanigheid van eigenaar van de Nieuwe Waterweg, dat het bedrijf ophoudt met de lozingen, totdat ook in privaatrechtelijke zin toestemming is verleend. In ruil voor die toestemming verlangt de Staat 1,25 gulden per geloosde kubieke meter gips. Een dergelijke vergoeding zou ook op grond van art. 17 Wvo bedongen kunnen worden, ware het niet dat de voor toepassing van die bepaling benodigde AMvB nog niet is ingevoerd. Of de Staat zich onder deze omstandigheden mag bedienen van het privaatrecht, stelt de Hoge Raad afhankelijk van verschillende factoren:

“Wanneer de betrokken publiekrechtelijke regeling daarin niet voorziet, is voor de beantwoording van deze vraag beslissend of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Daarbij moet o.m. worden gelet op inhoud en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit haar geschiedenis) en op de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd, een en ander tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiek recht. Van belang is voorts of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, zo zulks het geval is, dit een belangrijke aanwijzing is dat geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg.”

Omdat de bepalingen in de Wvo geen uitsluitel geven over de bevoegdheid het privaatrecht te gebruiken, komt het dus aan op de doorkruisingscriteria:

“Nu het, [...] de Staat erom gaat door middel van de ‘privaatrechtelijke vergunning’ aan *Windmill* een heffing op te leggen, is in het bijzonder van belang hetgeen in

---

de handelwijze van de gemeente ontoelaatbaar. Zie ook De Jong & Ploeger 2008, nr. 18, alsmede Rb. Amsterdam 13 april 2011, *LJN* BQ4323 (tussenvonnissen), met vervolg in Rb. Amsterdam 28 december 2011, *LJN* BV2286, waarin de gemeentelijke erfverpachter vergeefse pogingen onderneemt om aan te tonen dat de waarderingsmethode bij heruitgifte berust op een bestendige praktijk.

<sup>214</sup> Zie bijvoorbeeld het hierna te bespreken HR 5 juli 2009, *NJ* 2009, 255.

<sup>215</sup> HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393.

hoofdstuk IV [van de Wvo; FJV] omtrent heffingen en bijdragen is bepaald. In art. 17 wordt o.m. aan de Staat (het Rijk) de bevoegdheid gegeven ter bestrijding van de kosten van maatregelen tot het tegengaan en het voorkomen van verontreiniging van oppervlaktewateren heffingen in te stellen ten laste van — kort gezegd — degenen die afvalstoffen, verontreinigende of schadelijke stoffen lozen in oppervlaktewateren. De art. 18 en 19 bevatten een regeling omtrent de grondslag en maatstaf van deze heffingen, welke regelingen wat betreft oppervlaktewateren onder beheer van het Rijk zijn uitgewerkt in het Uitvoeringsbesluit verontreiniging rijkswateren. Art. 19 lid 7 bepaalt dat jaarlijks voor andere dan zuurstofbindende stoffen het per gewichtseenheid verschuldigde bedrag voor elke soort van deze stoffen bij AMvB wordt vastgesteld; de voordracht voor deze AMvB wordt ingevolge art. 19 lid 9 in verbinding met art. 1 lid 6 gedaan door de Minister van Verkeer en Waterstaat in overeenstemming met de Minister van Volksgezondheid en Milieuhygiene, de Raad van de Waterstaat gehoord. Ingevolge art. 20 lid 2 zijn op de heffing en invordering ten behoeve van het Rijk in beginsel o.m. de Algemene wet inzake rijksbelastingen en de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken van overeenkomstige toepassing. En tenslotte heeft, zoals het hof in r.o. 10 uiteenzet, de wetgever ook ten aanzien van de heffingen en bijdragen een coördinerend beleid voor ogen gestaan.”

Kortom, de strekking van de Wvo staat in de weg aan het gebruik van het privaatrecht. Enkele maanden later oordeelt de Hoge Raad in het geschil tussen mevrouw De Pina en de Gemeente Helmond.<sup>216</sup> Deze zaak vormt, na de rechtspraak in het kader van de uitwegvergoedingen, opnieuw een fraai voorbeeld van een geval waarin de Hoge Raad het oordeel van de hoogste bestuursrechter volgt. De Pina heeft met enkele caravans en bedrijfswagens het ‘kermisoverwinteringsterrein’ van de gemeente betrokken, maar zij moet dit terrein weer verlaten. De Pina stelt bestuursrechtelijk beroep in, omdat de sommatie van de gemeente niet voldoet aan de vereisten van art. 61 Woonwagewet. Op grond van die bepaling is de gemeente namelijk verplicht om in een dergelijk geval aan te geven waar de wagens naartoe verplaatst moeten worden. De gemeente stelt daar tegenover dat zij op grond van haar eigendomsrecht bevoegd is ontruiming te verlangen, zonder daarbij te hoeven voorzien in een bestemming voor hetgeen verwijderd moet worden. De Afdeling Rechtspraak van de Raad van State stelt De Pina in het gelijk en overweegt daartoe dat art. 61 Woonwagewet geen ruimte laat voor een beroep op het eigendomsrecht.<sup>217</sup> De Hoge Raad oordeelt, met een beroep op de grondig door de A-G onderzochte geschiedenis van de bepaling in de Woonwagewet, in gelijke zin:

“In het bijzonder is hier art. 61 van belang, mede gelet op de in de conclusie van het OM onder 3.5.2 vermelde geschiedenis van deze bepaling. Wanneer een gemeente een ontruimingsvordering op grond van haar eigendomsrecht instelt, behoeft zij niet aan te geven waarheen de woonwagen moet worden overgebracht, terwijl bij gebruikmaking van een van de bevoegdheden van art. 61 met het oog op de

---

<sup>216</sup> HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 394.

<sup>217</sup> ARRvS 23 november 1987, *AB* 1989, 332.



rechtszekerheid van de woonwagenbewoner wel moet worden aangegeven waarheen de woonwagen wordt verslept. (Vergelijk Afd. rechtspraak 4 maart 1987, AB 1988, 32). Bovendien is voor verwijdering uit de gemeente ingevolge art. 61 lid 2 – zoals uit evenbedoelde geschiedenis blijkt: met het oog op de rechtspositie van de bewoners – toestemming van gedeputeerde staten vereist; voor een vordering tot ontruiming op grond van het eigendomsrecht is zulk een toestemming niet vereist, terwijl deze in feite, wanneer er geen standplaats binnen de gemeente beschikbaar is, ook tot een verwijdering uit de gemeente kan leiden.

Hiernaast valt te denken aan doorkruising van de ontheffingsregeling van de art. 10 en 10a: in beginsel zou een gemeente op grond van haar eigendomsrecht een vordering tot ontruiming kunnen instellen als aan een bewoner ontheffing is verleend dan wel op een aanvraag om ontheffing nog niet onherroepelijk is beslist.”

Met Windmill en De Pina/Helmond is de doorkruisingsleer geboren: wanneer de wet niet regelt of het gebruik van het privaatrecht is toegestaan, geldt niet langer dat dit gebruik de overheid vrijstaat, maar moet worden beoordeeld of op die manier een publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. Daarbij moet worden gelet op de inhoud en strekking van de regeling en op de bescherming van de belangen van de betrokken burgers. Verder is van belang of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als met het privaatrecht.

Na de introductie van de doorkruisingscriteria rijst het vermoeden dat de nieuwe leer een einde maakt aan de gemeentelijke praktijk van grondgebruikregulering via het privaatrecht. Echter, al binnen drie weken na de publicatie van beide arresten in de *Nederlandse Jurisprudentie* wordt die gedachte ontkracht in een zaak tussen de Gemeente Lelystad en de aldaar gevestigde Kunst- en Antiekstudio.<sup>218</sup> De gemeente had aan de Kunst- en Antiekstudio een stuk grond overgedragen. Daarbij was bedongen dat de zaak niet zonder toestemming van de gemeente mocht worden verhuurd. Enige tijd later weigert de gemeente de gevraagde toestemming te verlenen als de Kunst- en Antiekstudio zijn pand niettemin wil verhuren aan een ‘Leenbakkerwinkel’. Het bedrijf stelt daarop dat met het contractuele verhuurverbod de Wet op de Ruimtelijke Ordening op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. De Hoge Raad volgt dit standpunt niet. Na te hebben opgemerkt dat de wet niet uitdrukkelijk regelt of privaatrechtelijke voorwaarden tot grondbeleid toelaatbaar zijn, oordeelt hij dat

“onder vigeur van de Woningwet, die vóór totstandkoming van de Wet op de Ruimtelijke Ordening de bestemming en het gebruik van gronden regelde, het opnemen van zulke voorwaarden algemeen gebruikelijk [was]. Die praktijk is bestendig, ook nadat zij bij de minister van Binnenlandse Zaken en de Kroon op bedenkingen was gestuit [...]. Bij de totstandkoming van de Wet op de Ruimtelijke Ordening en de wetten tot wijziging daarvan heeft de wetgever zich niet uitgelaten over de toelaatbaarheid van de bestaande praktijk, die evenwel ook onder vigeur van de Wet op de Ruimtelijke

---

<sup>218</sup> HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691. De arresten uit 1990 verschenen op 22 juni 1991 in de NJ.

Ordering is voortgezet [...]. Bij deze stand van zaken moet worden aanvaard dat de Wet op de Ruimtelijke Ordening niet in de weg staat aan het opnemen van voorwaarden omtrent grondgebruik in overeenkomsten, ook niet als door of krachtens de voorwaarden in bepaalde gevallen gebruik van de grond wordt beperkt of verboden resp. kan worden beperkt of verboden dat volgens het vigerende bestemmingsplan in het algemeen geoorloofd is. Een andere opvatting zou bovendien tot het resultaat leiden dat een algemeen gebruikelijke, reeds tientallen jaren bestaande gemeentelijke praktijk opeens door de rechter als ontoelaatbaar zou worden bestempeld, hetgeen met het oog op de zekerheid omtrent de rechtstoestand van onroerend goed uitermate bezwaarlijk zou zijn. Het ligt dan ook meer voor de hand dat de wetgever deze materie regelt, waarbij hij ook aandacht kan besteden aan reeds bestaande voorwaarden”.

Vervolgens wordt nog overwogen dat voor de grondgebruiker wel diverse andere vormen van bescherming bestaan, in de vorm van de toepasselijkheid van afdeling 6.5.3 BW inzake algemene voorwaarden, de mogelijkheid van wijziging of ontbinding op grond van onvoorziene omstandigheden en de gebondenheid van de overheid aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Het oordeel van de Hoge Raad in Lelystad is lastig te rijmen met de eerdere uitspraken. Damen schrijft zelfs dat de Raad is omgegaan ten opzichte van Windmill en De Pina/Helmond.<sup>219</sup> Dat is meteen al onwaarschijnlijk, al is het maar omdat de Hoge Raad expliciet aangeeft Windmill toe te passen. Inmiddels is, zoals in de volgende paragrafen verder wordt uitgewerkt, duidelijk dat de doorkruisingsleer ook na Lelystad is blijven gelden. Logischer lijkt de conclusie dat volgens de Hoge Raad het doel en de strekking van de wettelijke regeling (het eerste Windmill-criterium) erop duiden dat privaatrechtelijke gronduitgiftevoorwaarden toelaatbaar zijn. Daarnaast wordt een nieuw criterium geïntroduceerd: de rechtszekerheid is erbij gebaat dat de Hoge Raad de bestaande praktijk accordeert. Voor de introductie van zo'n extra criterium was in de kernoverweging van Windmill al ruimte gelaten.<sup>220</sup>

### *3.4. Het overheidsprivaatrecht na Windmill*

#### *3.4.1. Algemeen*

Het IKON- en het Windmill-arrest hebben het primaat van het publiekrecht vergroot. Sinds die arresten is duidelijk dat het de overheid niet zonder meer vrij staat gebruik te maken van het privaatrecht in gevallen waarop ook publiekrechtelijke regelingen van toepassing zijn en dat – indien gebruik van het privaatrecht wel geoorloofd is – in ieder geval de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks op al het overheidshandelen van toepassing zijn. Dit primaat is sinds Windmill verder verstevigd, onder meer door ook buiten het

---

<sup>219</sup> L.J.A. Damen, *Gst.* 1992, 6930 (noot onder *Lelystad*).

<sup>220</sup> Vgl. Hartlief & Van Swaaij 1992, p. 600.

geval van een onaanvaardbare doorkruising – er is geen publiekrechtelijke regeling die voor doorkruising in aanmerking komt – gebruik van het civiele recht af te wijzen.

Hierna wordt een beeld geschetst van de contractsvrijheid die voor overheidslichamen nog resteert. Daartoe wordt allereerst de rechtspraak op twee bijzondere terreinen behandeld: de regulering van grondgebruik (paragraaf 3.4.2) en het kostenverhaal (paragraaf 3.4.3). Aan de hand van die onderwerpen kan in het bijzonder in kaart worden gebracht in hoeverre de inhoud en de strekking van publiekrechtelijke regelingen de mogelijkheden beperken om gebruik te maken van het privaatrecht. Het zal echter duidelijk worden dat ook de overige Windmill-criteria op beide terreinen een functie vervullen.

Die overige doorkruisingscriteria komen vervolgens ook nog in afzonderlijke paragrafen aan bod: aan de hand van de rechtspraak wordt besproken in hoeverre de bescherming van de belangen van de betrokken burgers en de mogelijkheid om via het publiekrecht een vergelijkbaar resultaat te bereiken, daadwerkelijk het toegestane gebruik van het privaatrecht beperken.

In paragraaf 3.4.6 bespreek ik ten slotte hoe de verschillende criteria zich tot elkaar verhouden. Het doel daarvan is een beeld te krijgen van de voorspellende waarde van de bestaande rechtspraak voor gevallen die nog niet aan de rechter zijn voorgelegd. De werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in civielrechtelijke verhoudingen blijft in deze paragraaf buiten beschouwing. Daaraan wordt wel aandacht besteed in paragraaf 4 waar onderzocht wordt in hoeverre de praktijk van overheidserfpacht toegestaan is.

### *3.4.2. Regulering van bevoegdheden ten aanzien van grond*

#### **3.4.2.1. Niet-openbare gronden**

De overheid reguleert met privaatrechtelijke middelen het gebruik van onroerende zaken. Dat gebeurt zowel ten aanzien van openbare zaken als ten aanzien van grond die aan de openbaarheid is onttrokken. Dat onderscheid is van belang, omdat met betrekking tot openbare zaken aanzienlijk minder toegelaten wordt dan ten aanzien van het overige onroerend goed.<sup>221</sup>

De grote ruimte om via het privaatrecht de bestemming te reguleren van niet-openbare zaken, bleek al uit het eerder besproken Lelystad-arrest: privaatrechtelijke regelingen houden in ieder geval geen onaanvaardbare doorkruising van (thans) de Wro in, omdat het een bestendige praktijk betreft die de wetgever

---

<sup>221</sup> Illustratief voor dit onderscheid is ook Hof Amsterdam 1 november 2007, *NJF* 2008, 99. De zaak betreft de uitgifte van een ligplaats voor een woonboot, waarvoor de gemeente (eigenaar) een vergoeding bedingt. Volgens het hof gaat het hier niet om een civielrechtelijke uitgifte, maar om een publiekrechtelijke vergunning. Eventuele vergoedingen daarvoor moeten passen binnen het precariosysteem.

bewust in stand heeft gelaten en omdat het – met het oog op het belang van zekerheid ten aanzien van de rechtstoestand van onroerend goed – niet op de weg van de rechter ligt om die praktijk ineens als ontoelaatbaar te bestempelen. Slechts zijdelings wordt in het arrest aandacht besteed aan de rechtsbescherming die onder het privaatrechtelijke regime bestaat. Deze acht ons hoogste rechtscollege toereikend, althans voor zover het de bescherming betreft van de contractu-contractuele wederpartij van de overheid. Dat ook derden belang kunnen hebben bij publiekrechtelijke regulering van grondgebruik, blijft in het arrest onbesproken. De Hoge Raad bevestigt het Lelystad-oordeel eind 2004 in een arrest over het (gekraakte) ADM-terrein in het Amsterdamse Westelijk Havengebied.<sup>222</sup> De eigenaren hadden dit terrein in 1997 verworven en wilden het in gebruik nemen voor de op- en overslag van cacao. Hoewel dergelijk gebruik volgens het bestemmingsplan van 1996 toegelaten was, stond de gemeente hun dat – met een beroep op een in 1970 ten behoeve van de gemeente tot stand gekomen kettingbeding – niet toe. Onder verwijzing naar Lelystad, stelt de Hoge Raad de gemeente in het gelijk: van een onaanvaardbare doorkruising van de regeling in (thans) de Wro is geen sprake.

In het Lelystad-arrest introduceert de Hoge Raad een nieuw doorkruisingscriterium, dat hij tot nu enkel heeft aangewend in rechtspraak over privaatrechtelijke beperkingen van grondbestemmingen: de rechtszekerheid. Juist op dit terrein zouden de consequenties van het ontoelaatbaar oordelen van overeenkomsten, inderdaad bijzonder ingrijpend zijn. De nietigheid van privaatrechtelijke gebruiksbeperkingen zou tot gevolg hebben dat het toegelaten gebruik van grote stukken grond in Nederland wordt uitgebreid, zonder dat de formele wetgever een reële mogelijkheid heeft om dat effect weer terug te draaien. De enigszins wrange uitkomst van een tegengestelde uitspraak in de Lelystad- en in de ADM-zaak zou daarmee zijn dat vele grondgebruikers een uitbreiding van hun gebruiksmogelijkheden in de schoot geworpen zouden krijgen, terwijl de door hen betaalde prijs – als het goed is<sup>223</sup> – juist met de beperkte bestemming in overeenstemming is.<sup>224</sup> Het is goed te begrijpen dat de Hoge Raad voor deze consequentie terugdeinst, temeer nu concrete aanwijzingen voor strijd met de inhoud en strekking van (thans) de Wro ontbreken. Ook in het licht van de positie van derdenbelanghebbenden is dit oordeel verdedigbaar. Zij hebben weliswaar belang bij een publiekrechtelijk systeem, dat voor hen voorziet in reële mogelijkheden om zich te mengen in de vaststelling en aanpassing van

---

<sup>222</sup> HR 24 december 2004, *NJ* 2007, 58.

<sup>223</sup> De rechtens ongeoorloofde praktijk waarin de canon zonder correcties wordt afgeleid uit de vrije waarde van de grond, laat ik hier buiten beschouwing. Zie daarover hoofdstuk V, paragraaf 4.3.3.

<sup>224</sup> Een goed voorbeeld vormt hier wederom de ADM-zaak van HR 24 december 2004, *NJ* 2007, 58, waarin de eigenaren *f* 27.000.000 voor het terrein hadden betaald, terwijl zij dat zonder de bestemmingsbeperking voor ruim *f* 80.000.000 konden doorverkopen.

bestemmingen en in een aanspraak op vergoeding in het geval dat de wijziging van de bestemming hun schade toebrengt. Dat betekent echter niet dat zij erbij gebaat zouden zijn wanneer een rechter de bestaande privaatrechtelijke beperkingen van de grondbestemming ineens ongeldig oordeelt: derden vertrouwen erop dat hun buurman zich zal moeten houden aan – bijvoorbeeld – zijn erfpachtvoorwaarden en hebben geen belang bij een plotselinge uitbreiding van diens bevoegdheden door de rechter. Kortom, ten aanzien van de privaatrechtelijke beperkingen van de gebruiksbestemmingen is goed te begrijpen dat de Hoge Raad het niet heeft aangedurfd de bestaande praktijk de pas af te snijden. Daar is het woord aan de wetgever.

Civielrechtelijke bestemmingsbepalingen zullen dus snel geoorloofd zijn. Op andere terreinen ziet de Hoge Raad echter beperkte mogelijkheden om via het privaatrecht het gebruik van onroerend goed te reguleren. Soms laat de wet hem geen andere keus: zo volgt uit art. 122 Woningwet uitdrukkelijk de nietigheid van door de gemeente<sup>225</sup> overeengekomen bouwvoorschriften die betrekking hebben op veiligheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en milieu.<sup>226</sup> Die bepaling staat niet in de weg aan de – veelvuldig in gemeentelijke erfpachtvoorwaarden opgenomen – bouwplicht als zodanig, maar wel aan tal van voorschriften die op die bouw betrekking hebben.<sup>227</sup>

Als privaatrechtelijke regelingen niet rechtstreeks in strijd komen met een wettelijk verbod, kunnen ze nog wel een onaanvaardbare doorkruising inhouden van een wettelijke bepaling. Een voorbeeld van een dergelijke toets vinden we in een arrest over het anti-speculatiebeding dat de Gemeente Doetinchem had opgenomen in haar gronduitgiftevoorwaarden.<sup>228</sup> Kort gezegd verplicht dit beding de kopers van woningen om ten minste vijf jaar eigenaar van die woning te blijven. Volgens één van de kopers is deze regeling in strijd met de regeling in de Huisvestingswet. Op grond van die wet zijn gemeenten bevoegd om eisen (in het bijzonder sociale en economische bindingseisen) te stellen ten aanzien van de personen die worden toegelaten tot bepaalde, relatief goedkope woonruimte. De Hoge Raad komt, na een zeer uitvoerige analyse van de parlementaire behandeling van deze wet, tot de conclusie dat van een onaanvaardbare doorkruising geen sprake is: de regeling in de Huisvestingswet heeft weliswaar

---

<sup>225</sup> Voor andere overheidslichamen wordt de ruimte voor het stellen van bouwvoorschriften niet beperkt.

<sup>226</sup> Zie bijvoorbeeld HR 4 april 2003, *AB* 2004, 60 en HR 17 juni 2011, *NJ* 2012, 334. In laatstgenoemd arrest had de nietigheidssanctie overigens een groter bereik dan strikt noodzakelijk was, omdat de aannemingsovereenkomsten verplichtten tot gebruik van een zogenoemd GIW-model, dat ook toelaatbare voorschriften kende. De verplichting tot gebruik van dit model werd echter onsplitsbaar geacht, zodat het beding in zijn geheel nietig werd geoordeeld.

<sup>227</sup> De Jong 1999 noemt de mogelijkheid dat ook regels ter bescherming van de architectuur van een woningbouwcomplex met die bepaling in strijd zijn.

<sup>228</sup> HR 14 april 2006, *NJ* 2006, 445.

een exclusief karakter, maar slechts ten aanzien van de belangen die die wet beoogt te beschermen. Het anti-speculatiebeding van de Gemeente Doetinchem, dat naar het oordeel van de Hoge Raad niet ziet op de verdeling van woonruimte en geen beperking aanbrengt op het recht van vrije vestiging, is daarmee niet in strijd.

#### 3.4.2.2. Openbare gronden

Aan het ‘normale gebruik’ van openbare zaken mogen privaatrechtelijk in het geheel geen beperkingen worden gesteld.<sup>229</sup> Met betrekking tot ‘bijzonder gebruik’ is regulering in beginsel wel geoorloofd, behalve wanneer het betreffende gebruik reeds publiekrechtelijk wordt gereguleerd en onder dat regime een vergunning voor het gebruik is of kan worden verstrekt.<sup>230</sup> In dat geval mag degene die binnen het publiekrechtelijke regime bevoegd is tot gebruik van de grond, ervan uitgaan dat hij ook de eventueel benodigde privaatrechtelijke toestemming zal verkrijgen. In het Noordzee-arrest suggereert de Hoge Raad zelfs dat tussen normaal gebruik van openbare zaken en publiekrechtelijk toegelaten bijzonder gebruik daarvan, geen enkel verschil zou bestaan. Dat zou betekenen dat iedere vorm van privaatrechtelijke regulering ten aanzien van toegelaten bijzonder gebruik is uitgesloten.<sup>231</sup>

Inmiddels maakt het arrest Amsterdam/Geschiere duidelijk dat daar nog wel enige ruimte voor bestaat, maar dat zeer zwaarwegende argumenten nodig zijn om die ruimte te mogen benutten.<sup>232</sup> Het arrest handelt over de ondernemer Geschiere, die een mobiele snackbar in de buurt van de Amsterdam Arena wil exploiteren. Deze grond is eigendom van de Gemeente Amsterdam. Volgens Geschiere is de gemeente verplicht hem toestemming voor het gewenste gebruik te geven, omdat het (publiekrechtelijk) bevoegde stadsdeel hem reeds een plaatsje in de nabijheid van de hoofdstedelijke godenzonen had vergund. De Hoge Raad stelt hem in het gelijk. De weigering van de gemeente deze toestemming te verlenen houdt misbruik van bevoegdheid in, tenzij “sprake is van zo zwaarwegende belangen die zich verzetten tegen dat gebruik, dat niet gezegd kan worden dat de gemeente wegens onevenredigheid tussen haar belang bij de weigering en het belang van Geschiere, niet tot die weigering heeft kunnen ko-

---

<sup>229</sup> Vgl. reeds HR 17 januari 1941, *NJ* 1941, 644.

<sup>230</sup> Jurgens 2011, p. 93 waarschuwt voor het gevaar dat dit regime overheden stimuleert om een publiekrechtelijke regeling achterwege te laten, teneinde zich van het privaatrecht te kunnen blijven bedienen.

<sup>231</sup> HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 639. Het arrest is op dit punt kritisch ontvangen. Zie o.a. H.Ph.J.A.M. Hennekens in zijn noot bij het arrest in *Gst.* 2000, 7125 en G.A. van der Veen in zijn noot bij HR 23 juni 2006, *AB* 2007, 99.

<sup>232</sup> HR 5 juli 2009, *NJ* 2009, 255.

men”.<sup>233</sup> Het belang van de gemeente bij een spoedige onbelemmerde uitgifte van de grond in erfpacht en bij de beschikbaarheid van ten minste 11.250 parkeerplaatsen is daarvoor onvoldoende. Kortom, het publiekrechtelijke eindresultaat prevaleert in verregaande mate: zelfs argumenten die niet aan de vergunningverlening in de weg kunnen staan, kunnen het materiële eindresultaat – de snackbar mag worden geëxploiteerd – in beginsel niet veranderen. De Hoge Raad spreekt in het arrest dan ook bewust niet van een onaanvaardbare doorkruising: de Verordening op de Straathandel bevat geen regeling ten aanzien van de onbelemmerde uitgifte in erfpacht, zodat van een – laat staan onaanvaardbare – doorkruising van die regeling geen sprake kan zijn.<sup>234</sup>

### 3.4.3. Vergoedingen voor geleverde diensten en gemaakte kosten

In gevallen waarin de overheid verhaal zoekt voor gemaakte kosten of vergoedingen in rekening brengt voor geleverde diensten, rijst vaak de vraag of dat gedrag in strijd komt met de strekking van een publiekrechtelijke regeling. Meestal volgt kort na het wijzen van deze arresten de invoering van een wettelijke bepaling die het door de overheid gewenste maar door de Hoge Raad verboden gedrag alsnog accordeert. Dat doet er echter niet aan af dat deze rechtspraak illustratief is voor het tegenwoordige primaat van het publiekrecht bij overheidshandelen.

In beginsel kunnen voor de uitoefening van een overheidstaak enkel op basis van een wettelijke grondslag vergoedingen in rekening worden gebracht.<sup>235</sup> Dat komt tot uitdrukking in art. 229 lid 1 onder b Gemeentewet, op grond waarvan volgens vaste rechtspraak slechts leges mogen worden geheven wanneer deze rechtstreeks en in overheersende mate verband houden met een duidelijk individualiseerbaar belang. Dit artikel sluit bijvoorbeeld leges voor het in behandeling nemen van een verzoek tot planschadevergoeding<sup>236</sup> of voor de verstrekking van een – primair met het oog op de wettelijke identificatieplicht aangevraagde – identiteitskaart<sup>237</sup> uit, indien er geen wettelijke bepaling bestaat die dat mogelijk maakt.

De privaatrechtelijke mogelijkheden voor het bedingen van vergoedingen sluiten op dit kader aan. Ook dat is enkel toegestaan in geval van activiteiten

---

<sup>233</sup> De serie negatieve formuleringen vertroebelt het zicht op wat werkelijk wordt gezegd: voor misbruik van bevoegdheid is nodig dat de gemeente wegens onevenredigheid tussen haar belang en dat van Geschiere, toestemming had moeten verlenen. In zoverre voegt de overweging dus niets toe aan wat art. 3:13 BW zelf al regelt. De wijze waarop het criterium in het arrest wordt toegepast, wijst echter op een sterk primaat van het publiekrecht.

<sup>234</sup> R.o. 3.4.2.

<sup>235</sup> Zoals die bijvoorbeeld bestaat voor het verwijderen van scheepswrakken. Vgl. HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 720 en HR 15 januari 1999, *NJ* 1999, 306.

<sup>236</sup> HR 13 augustus 2004, *AB* 2005, 360.

<sup>237</sup> HR 9 september 2011, *BNB* 2011/257.

met een duidelijk particulier doel of een duidelijke particuliere oorzaak.<sup>238</sup> Zo mocht de Gemeente Vlissingen de kosten van nablussen bij een brand niet verhalen op de eigenaar van het gebluste schip.<sup>239</sup> Reden daarvoor is niet alleen dat de wetgever het ongewenst heeft gevonden deze kosten in rekening te brengen, maar ook dat het hier een kerntaak betreft van de overheid die van oudsher in het algemeen belang en zonder kostenverhaal wordt uitgeoefend.<sup>240</sup> Evenmin staat de Hoge Raad toe dat de kosten van een opsporingsonderzoek worden verhaald op de verzekeringsfraudeurs die als gevolg van dit onderzoek in de kraag kunnen worden gevat: dergelijke kosten zijn een uitvloeisel van de publieke taak en worden primair gemaakt in het algemeen belang.<sup>241</sup>

In verschillende arresten over kostenverhaal zijn ook de overige Windmill-criteria in stelling gebracht om het gebruik van het privaatrecht af te wijzen. Zo werd het een gemeente bij gebreke van een – inmiddels overigens wel ingevoerde – wettelijke grondslag niet toegestaan om de kosten van planschade die het gevolg zouden zijn van de wijziging van een bestemmingsplan af te wentelen op degene die primair bij deze wijziging belang heeft en ook om de aanpassing heeft verzocht.<sup>242</sup> De planschadeovereenkomst die de gemeente met de aanvrager had gesloten is nietig, omdat de WRO(oud) niet in die mogelijkheid voorzag en omdat de belangen van de betrokken burgers sterk worden beschermd in de regelingen die de wet wel kende. Dergelijke bescherming kan de ‘planschadeplichtige’ niet krijgen, in het bijzonder omdat hij geen belanghebbende is in de procedure waarin de omvang van de te vergoeden schade komt vast te staan. In deze redenering kan, behalve het eerste, duidelijk het tweede Windmill-criterium (de rechtsbescherming van de betrokken burgers) worden herkend.

Een vergelijkbare afweging wordt gemaakt in uitspraken waarin het de gemeente verboden wordt om exploitatiekosten zonder grondslag in een exploitatieverordening (onder de huidige Wro: exploitatieplan) af te wentelen: deze verordening strekt ertoe de rechtszekerheid van grondeigenaren te vergro-

---

<sup>238</sup> Om deze reden kon een Hoogheemraadschap de kosten van hervrekingen verhalen op degene die deze – door bij de eerste verkiezingen fraude te plegen – had veroorzaakt. Zie HR 25 maart 2011, *NJ* 2011, 139.

<sup>239</sup> HR 11 december 1992, *NJ* 1994, 639.

<sup>240</sup> H.Ph.J.A.M. Hennekens merkt in zijn noot bij het arrest in *Gst.* 1993, 6967 op dat het toepasselijke publiekrechtelijke kader eigenlijk art. 277 (thans: art. 229) Gemeentewet is, in plaats van de Brandweerwet. Verhaal van brandweerkosten in de vorm van leges acht de Hoge Raad enkel mogelijk in geval van diensten die rechtstreeks en in overheersende mate verband houden met een individualiseerbaar belang. Zie HR 7 mei 1997, *BNB* 1997/208.

<sup>241</sup> HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 360. Hof Amsterdam 26 juli 2011, *NJF* 2011, 367 staat wel toe dat de kosten van een opsporingsonderzoek worden verhaald op degene die een valse aangifte doet van diefstal. Een dergelijke aangifte vormt een onrechtmatige daad jegens de politie, die aan de aangever toerekenbaar is.

<sup>242</sup> HR 2 mei 2003, *NJ* 2003, 485.



ten, zodat het niet geoorloofd is exploitatiekosten in rekening te brengen zonder dat dit duidelijk op deze verordening kan worden gebaseerd.<sup>243</sup>

Vermeldenswaardig is ten slotte nog het, voor de praktijk van overheidserfpacht interessante, arrest over de vergoeding die de Gemeente Beuningen reeds in het kader van de gronduitgifte bedingt van de kopers van appartementen.<sup>244</sup> De gemeente verlangt van deze kopers dat zij een financiële bijdrage leveren aan het in stand houden van in de buurt van het flatgebouw gelegen gemeentelijke voorzieningen. Ook dit beding is nietig:<sup>245</sup>

“Het hof heeft in dit verband terecht belang gehecht aan de omstandigheid dat de Gemeente hier in feite verhaal poogt te zoeken voor kosten die zij maakt in het algemeen belang (de groenvoorzieningen zijn immers algemeen toegankelijk voor het publiek) op een wijze die grote verwantschap vertoont met een heffing, maar die rechtens geen heffing is en derhalve ook niet met op de rechtszekerheid van burgers gerichte waarborgen is omgeven. Een zodanig verhaal behoeft een wettelijke grondslag (vgl. art. 132 lid 6 Grondwet). [...] Hieraan kan niet afdoen dat de Gemeente de bijdrage reeds heeft bedongen in het kader van de gronduitgifte en dat de desbetreffende betalingsverplichting op grond van een daarbij met de eerste verkrijger overeengekomen kettingbeding is komen te rusten op latere verkrijgers. Bepalend is te dezen dat de Gemeente de te betalen bedragen niet heeft bedongen als tegenprestatie voor de levering van de verkochte percelen maar als een financiële bijdrage voor het onderhoud van de groenvoorzieningen. [...] Voor de geldigheid van het beding tot verhaal van de betrokken kosten [is] niet van belang [...] of betaling in gekapitaliseerde vorm is bedongen dan wel in de vorm van een periodieke bijdrage.”

De rechtsbescherming onder (thans) de Wro komt in dit arrest nog maar zijdelings aan de orde. De gelijkenis met een heffing is voldoende om een publiekrechtelijke grondslag te verlangen.

#### 3.4.4. Bescherming van de belangen van de betrokken burgers

De Hoge Raad noemt de bescherming van de belangen van de betrokken burgers in het Windmill-arrest als afzonderlijk doorkruisingscriterium. Dit gezichtspunt beoogt te voorkomen dat de bijzondere waarborgen die een publiekrechtelijk regime de burger biedt, worden omzeild door gebruik te maken van het privaatrecht.

<sup>243</sup> HR 16 februari 1996, *NJ* 1996, 608, HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 580 en HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 581.

<sup>244</sup> HR 6 januari 2006, *NJ* 2006, 301.

<sup>245</sup> Tot dit arrest bestaat enige twijfel over het rechtskarakter van overeenkomsten die in strijd zijn met de gemeentelijke exploitatieverordening, omdat de Hoge Raad in zijn arrest van 17 november 2000, *NJ* 2001, 580 enkel oordeelt dat de gemeente haar aanspraken uit deze overeenkomsten “niet geldend kan maken”, zonder expliciet de nietigheid te vermelden. Vgl. J. Hijma in zijn noot bij dat arrest. In HR 6 januari 2006, *NJ* 2006, 301 wordt deze twijfel expliciet weggenomen: “In de literatuur is er terecht op gewezen dat hiermee in het midden is gelaten of (een zodanig beding in) de desbetreffende overeenkomst (partieel) nietig dan wel vernietigbaar is. Het hof heeft te dien aanzien geoordeeld dat het betrokken beding in strijd met de openbare orde is en daarom nietig. Dit oordeel is juist.”

recht.<sup>246</sup> Dat algemene voordelen van het publiekrechtelijke regime niet aan gebruik van het privaatrecht in de weg staan, kan worden afgeleid uit het – hierna nog vaker te noemen – oordeel van de Hoge Raad in de zaak tussen de Staat en Metaal Magnus International B.V.<sup>247</sup> Magnus had twee partijen zinkresidu geïmporteerd naar Nederland. Beide partijen zijn uiteindelijk bestemd voor een bedrijf in Brazilië en een van de partijen is ook al richting Zuid-Amerika verscheept. Omdat de Braziliaanse rechter had geoordeeld dat het materiaal daar niet van het schip mocht worden gelost, zou deze partij echter weer terugkeren naar Nederland en had de tweede partij ons land nimmer verlaten. Ook in Nederland kan het zinkresidu niet legaal worden opgeslagen. Daarom vordert de Staat op grond van onrechtmatige daad de spoedige verwijdering van het metaal uit Nederland, op straffe van een dwangsom. Volgens Magnus wordt het toenmalige art. 49a Wet chemische afvalstoffen op die manier op onaanvaardbare wijze doorkruist. Volgens die bepaling kan de minister zelf, op kosten van de overtreder, gevaarlijke afvalstoffen doen terugzenden naar het land van herkomst of deze in Nederland doen vernietigen. De bescherming die Magnus onder dat regime zou genieten bestaat er in het bijzonder in dat hij de juistheid van het besluit door de bestuursrechter kan laten toetsen. Voor een onaanvaardbare doorkruising is dat onvoldoende. De Hoge Raad stelt de Staat in het gelijk en overweegt daartoe onder meer dat “op het stuk van de rechtsbescherming niet zodanige verschillen bestaan dat hierover in andere zin moet worden geoordeeld”.

Omdat enkel de bijzondere rechtsbescherming die in het publiekrechtelijke regime geboden wordt aan gebruik van het privaatrecht in de weg kan staan, kan dit criterium gemakkelijk functioneren als hulpmiddel bij het bepalen van de inhoud en strekking van de betrokken regeling. De bijzondere rechtsbescherming geeft die regeling dan een inhoud en strekking die aan het gebruik van privaatrechtelijke alternatieven in de weg staat. Aan dergelijke hulpmiddelen bestaat behoefte, nu het in veel gevallen niet eenvoudig is om de inhoud en strekking van een regeling te duiden.<sup>248</sup> Illustratief is het hiervóór besproken arrest over het Doetinchemse anti-speculatiebeding.<sup>249</sup> A-G Keus had een poging gedaan de relevante Kamerstukken te duiden, maar moest uiteindelijk tot de slotsom komen dat de wetsgeschiedenis geen stellige conclusies toelaat ten

---

<sup>246</sup> Vgl. Van der Veen 1997, p. 373 e.v. Het publiekrechtelijke regime is overigens niet altijd gunstiger voor de wederpartij van de overheid. Zie bijv. HR 31 januari 1997, *NJ* 1998, 545, waarin door marktkoopliden privaatrechtelijke huurbescherming wordt gevraagd, terwijl de gemeente zich op het standpunt stelt dat hun gebruiksrecht slechts door gemeentelijke verordeningen wordt beheerst.

<sup>247</sup> HR 22 oktober 1993, *NJ* 1995, 717.

<sup>248</sup> Vgl. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 528. Zij beschouwen het rechtsbeschermingscriterium als het meest concrete doorkruisingscriterium.

<sup>249</sup> HR 14 april 2006, *NJ* 2006, 445.

aanzien van de toelaatbaarheid van privaatrechtelijke arrangementen; dat althans de wetgever bij de totstandkoming van de wet hierover geen welomlijnde opvatting heeft gehad (onder 2.11).

De belangrijkste rechtspraak over het rechtsbeschermingscriterium is in het voorgaande al goeddeels besproken. Van belang is het arrest over de planschadeovereenkomsten, waarin het de gemeente niet wordt toegestaan om zonder wettelijke grondslag kosten van planschade af te wentelen op degene die om wijziging van het bestemmingsplan had verzocht.<sup>250</sup> Een belangrijke reden daarvoor is dat via het civiele recht niet de bijzondere bescherming kan worden geboden die (thans) de Wro in geval van kostenverhaal biedt. Ook in De Pina/Helmond staat de bijzondere publiekrechtelijke bescherming in de weg aan het gebruik van het privaatrecht.<sup>251</sup> De Hoge Raad staat niet toe dat de Gemeente Helmond op grond van haar eigendomsrecht vordert dat De Pina de door haar in gebruik genomen standplaats ontruimt, mede omdat op die manier de in de publiekrechtelijke regeling bestaande verplichting zou kunnen worden omzeild, om aan te geven waar de te verwijderen woonwagens naartoe moeten worden gebracht.

#### 3.4.5. *Het vergelijkbare resultaat*

Het gebruik van het privaatrecht kan verder ontoelaatbaar zijn wanneer via het publiekrecht een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt. Dit criterium betreft de Hoge Raad al in het Benckiser-arrest, een half jaar eerder dan Windmill, in zijn afweging.<sup>252</sup> Het is een lastig criterium, waarin niets meer gelezen moet worden dan wat er staat. In het bijzonder mag er niet uit worden afgeleid dat de onmogelijkheid om via het publiekrecht een vergelijkbaar resultaat te bereiken, een aanwijzing is voor de begaanbaarheid van de privaatrechtelijke weg.<sup>253</sup> Het criterium betekent enkel en alleen dan dat de mogelijkheid om via het publiekrecht een vergelijkbaar resultaat te behalen, een aanwijzing is voor de onbegaanbaarheid van de privaatrechtelijke weg.

A-G Bloembergen, die zowel het Windmill- als het Benckiserarrest als raadsheer mede wees, werpt in zijn conclusie voor het arrest Staat/Magnus enig licht op de functie van het criterium:

“Waarom is dit een belangrijke aanwijzing? Ik spits de beantwoording van deze vraag toe op het geval dat voor ons ligt, te weten dat van de overheid die (in kort geding) uit

---

<sup>250</sup> HR 2 mei 2003, *NJ* 2003, 485. Zie hiervoor in paragraaf 3.4.3.

<sup>251</sup> HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 394. Vgl. ook HR 13 oktober 1995, *NJ* 1996, 430 waarin wordt overwogen dat de Woonwagenwet strekt tot bescherming van hen op wie zij toepasselijk is en dat daarbij past dat het burgerlijk recht niet de mogelijkheid biedt van hen een vergoeding te bedingen.

<sup>252</sup> HR 14 april 1989, *NJ* 1990, 712.

<sup>253</sup> Zie bijvoorbeeld HR 11 december 1992, *NJ* 1994, 639.

onrechtmatige daad ageert om – mede met het oog op dreigende kosten – naleving van publiekrechtelijke voorschriften te bewerkstelligen. In de eerste plaats bestaat er geen behoefte aan de privaatrechtelijke weg als publiekrechtelijk (ongeveer) hetzelfde kan worden bereikt. En als er geen behoefte is, wat is dan het belang voor de overheid om de privaatrechtelijke weg te volgen? In de tweede plaats leidt een rechtsweg vrijwel altijd naar een rechtsgang. Het volgen van de privaatrechtelijke weg zal doorgaans ertoe leiden dat partijen bij een andere rechter terecht komen: niet de administratieve rechter, maar de burgerlijk[e] rechter. Het is moeilijk aanvaardbaar dat de overheid op deze wijze een rechter zou kunnen uitkiezen en bovendien geschillen zou kunnen onttrekken aan de rechter bij wie ze eigenlijk thuishoren.<sup>254</sup>

Bloembergen spitst zich toe op een specifiek type overheidshandelen: het afdwingen van de naleving van publiekrechtelijke voorschriften, met een beroep op onrechtmatige daad.<sup>255</sup> Eerder had ook Scheltema voor dat type gevallen een bijzondere plaats ingeruimd: hij betoogt dat het criterium van het vergelijkbare resultaat vooral bruikbaar is in geval van het gebruik van privaatrechtelijke middelen, zoals een vordering uit onrechtmatige daad, ter handhaving van een publiekrechtelijke regeling.<sup>256</sup> Scheltema stelt dat ten aanzien van bevoegdheden die voortvloeien uit het eigendomsrecht ook het omgekeerde verdedigbaar is: wanneer het publiekrecht *niet* voorziet in de mogelijkheid om een vergelijkbaar resultaat te bereiken, dan is dat reden om aan te nemen dat ook het privaatrecht dat resultaat niet mogelijk maakt. Hij verwijst daarbij naar het uitwegvergunningenarrest,<sup>257</sup> waarin langs privaatrechtelijke weg geen vergoeding mocht worden bedongen, juist omdat het publiekrecht dat ook niet toelaat.

Het toepassingsbereik van het criterium staat dus ter discussie. Mijns inziens kan in het door Scheltema aangehaalde arrest geen argument worden gevonden om aan te nemen dat het criterium (meer of) minder relevant is in gevallen waarin de overheid gebruikmaakt van bevoegdheden die voortvloeien uit het eigendomsrecht. De door Bloembergen genoemde ratio geldt in die gevallen onverkort. Dat het criterium op het terrein van de uitwegvergoedingen niet is toegepast, doet daaraan op zichzelf niet af. Het vergelijkbare resultaat is slechts één van de – wellicht vele<sup>258</sup> – gezichtspunten; het hoeft niet in alle gevallen van

---

<sup>254</sup> HR 22 oktober 1993, *NJ* 1995, 717.

<sup>255</sup> Deze – voor mijn onderzoek van ondergeschikt belang zijnde – vorm van kostenverhaal is toelaatbaar, mits in het betreffende geval geen bestuursrechtelijke dwangsom kan worden opgelegd. Zie o.a. HR 22 oktober 1993, *NJ* 1995, 717 en HR 7 oktober 1994, *NJ* 1995, 719. De materiële betekenis is aan beide arresten komen te ontvallen, nu in beide gevallen inmiddels ook een bestuurlijke dwangsom mogelijk is.

<sup>256</sup> Noot bij HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 394. In diezelfde noot geeft M. Scheltema bovendien een vergelijkbare ratio voor het criterium, toegespitst op gevallen waarin publiekrechtelijke regels worden gehandhaafd met een beroep op de onrechtmatige daad.

<sup>257</sup> HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723. Zie ook hiervóór in paragraaf 3.2.

<sup>258</sup> In *Windmill* geeft de Hoge Raad aan dat voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een onaanvaardbare doorkruising moet worden gelet op *onder meer* de in dat arrest genoemde criteria.

betekenis te zijn. Daar komt bij dat ook ten aanzien van de uitwegvergunningen wel degelijk recht is gedaan aan de ratio achter het criterium: de bestuursrechter – zijnde de rechter bij wie het materiële geschil volgens de Hoge Raad eigenlijk thuishoort – had geoordeeld dat het bedingen van een uitwegvergoeding ongeoorloofd was, waarna de overheid niet via een andere rechter alsnog het gewenste resultaat kan bereiken.

Niettemin heeft het criterium een beperkt toepassingsbereik: het kan alleen worden gebruikt in gevallen waarin langs publiekrechtelijke weg daadwerkelijk een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt. Is dat niet het geval, dan mag het criterium niet *a contrario* worden toegepast en is zelfs denkbaar dat ook in de afwezigheid van een publiekrechtelijke mogelijkheid een argument wordt gevonden tegen het gebruik van het privaatrecht: juist door het ontbreken van een publiekrechtelijke mogelijkheid, kan het gebruik van het privaatrecht in strijd komen met de strekking van een publiekrechtelijke regeling.<sup>259</sup> Het belang van het criterium wordt voorts beperkt doordat de Hoge Raad niet snel geneigd is het publiekrechtelijke resultaat vergelijkbaar te achten aan het privaatrechtelijke. In (opnieuw) het arrest Staat/Magnus oordeelt hij dat de vergelijkbaarheid niet alleen afhankelijk is van het eindresultaat, maar ook van de tijd, de inspanning en de overige kosten die met het bereiken daarvan gemoeid zijn.<sup>260</sup>

Dat het criterium slechts gebruikt kan worden in de gevallen die beantwoorden aan deze specifieke eisen, neemt het belang van het criterium niet geheel weg. Dat komt doordat in steeds meer gevallen publiekrechtelijke regulering mogelijk is. Zo voorziet hoofdstuk 5 Awb inmiddels in een algemene regeling voor de bestuurlijke dwangsom, zodat in gevallen als het hierboven besproken arrest Staat/Magnus thans wel via het publiekrecht een vergelijkbaar resultaat mogelijk is.

#### 3.4.6. Analyse

In 2004 kwalificeert Schueler het Windmill-arrest als een uitspraak die “vooral veel galm veroorzaakt en waar nauwelijks enige voorspellende waarde aan kan worden toegedicht”.<sup>261</sup> Sindsdien heeft de rechtspraak niet veel meer duidelijkheid gebracht. De oorzaak daarvan is niet alleen gelegen in de vaagheid van begrippen als ‘aard van de regeling’ en ‘vergelijkbaar resultaat’. Daarnaast is onduidelijk in hoeverre ook buiten gevallen van strijd met een concrete publiekrechtelijke regeling mogelijk is dat de overheid geen gebruik mag maken van het civiele recht. Dat overheidsgedrag niet alleen aan de doorkruisingscriteria moet

---

<sup>259</sup> Anders: Scheltema 2009, p. 31, volgens wie het criterium “in algemene zin [...] aldus [dient] te worden uitgelegd, dat in beginsel geen doorkruising plaatsvindt indien de publiekrechtelijke mogelijkheden tekortschieten”.

<sup>260</sup> HR 22 oktober 1993, *NJ* 1995, 717, r.o. 3.4.

<sup>261</sup> Schueler 2004, p. 129.

worden getoetst, blijkt uit het besproken arrest Amsterdam/Geschiere. Daarin wordt uitdrukkelijk overwogen dat de gemeente misbruik maakt van haar bevoegdheid tot weigering van privaatrechtelijke toestemming nu al een publiekrechtelijke vergunning was verstrekt, hoewel geen sprake is van doorkruising van een concrete publiekrechtelijke regeling.<sup>262</sup> Van der Veen verdedigt dat uit de regel van dit arrest voortvloeit dat in alle gevallen van samenloop tussen een vergunning en toestemming, de publiekrechtelijke besluitvorming in sterke mate prevaleert.<sup>263</sup> Een doorkruising van een concrete publiekrechtelijke regeling is daarvoor in zijn visie nauwelijks nog vereist. Het is de vraag of de inhoud van het arrest die vergaande conclusie kan dragen. Het gerechtshof spitst zich in zijn kernoverwegingen sterk toe op de omstandigheid dat het gaat om het bijzondere gebruik van een openbare zaak, terwijl ook de Hoge Raad zich bedient van een formulering die sterk op de omstandigheden van het geval is afgestemd. Het is daarom waarschijnlijker dat met deze uitspraak een volgende stap is gezet in de (al met het Noordzee-arrest<sup>264</sup> ingezette) koers, waarin voor de privaatrechtelijke regulering van het gebruik van openbare zaken weinig ruimte resteert. Of dat in andere gevallen ook zo is, maakt het arrest wat mij betreft niet duidelijk.

Vooralsnog lijkt de rechtspraak het buiten gevallen van openbare zaken te moeten doen met de doorkruisingsleer. Die blinkt zelf, als gezegd, ook niet uit in duidelijkheid. Zo is onzeker in hoeverre ook op basis van andere dan de in het Windmill-arrest genoemde criteria tot een onaanvaardbare doorkruising kan worden geconcludeerd. De Hoge Raad laat in het arrest expliciet ruimte voor de introductie van nieuwe criteria, door te overwegen dat het litigieuze gedrag *onder meer* moet worden getoetst aan de opgesomde punten, maar onduidelijk is nog steeds welke overige criteria bestaan.<sup>265</sup> De voorspellende waarde van de doorkruisingsrechtspraak wordt daarenboven beperkt doordat de verhouding tussen de wel uitdrukkelijk geformuleerde criteria niet duidelijk is. Vaak wordt aan de hand van één of twee doorkruisingscriteria bepaald of sprake is van een onaanvaardbare doorkruising en is het lastig in te schatten of in een volgend geval dezelfde of andere criteria van doorslaggevende betekenis zullen zijn. Zo wordt in het Lelystad-arrest wel het doel en de strekking van de publiekrechtelijke regeling in de afweging betrokken, maar laat de Hoge Raad de mogelijkheid om via het publiekrecht een vergelijkbaar resultaat te bereiken buiten beschouwing. De rechtsbescherming komt slechts zijdelings aan bod: die wordt binnen het civielrechtelijke regime in 'voldoende' mate geboden. De kern van de redenering is gelegen in een geheel nieuw criterium: de rechtszekerheid.

---

<sup>262</sup> HR 5 juli 2009, *NJ* 2009, 255. Zie hiervóór in paragraaf 3.4.2.

<sup>263</sup> G.A. van der Veen, *AB* 2009, 327 (annotatie bij Amsterdam/Geschiere).

<sup>264</sup> HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 639.

<sup>265</sup> HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393, r.o. 3.2.

Een benadering waarin niet duidelijk is aan de hand van welke criteria moet worden beoordeeld of sprake is van een onaanvaardbare doorkruising, hoe die criteria zich tot elkaar verhouden en of het gebruik van het privaatrecht alleen in geval van een onaanvaardbare doorkruising verboden is, heeft weinig voorspellende waarde. Niettemin is de gekozen benadering in het licht van de ratio achter de beperkte contracteerbevoegdheid van de overheid goed te begrijpen. Zoals in paragraaf 2 van dit hoofdstuk is besproken, moet die ratio in het bijzonder worden gezocht in de relatief sterke gebondenheid van de overheid aan het doel en de strekking van publiekrechtelijke regelgeving. Dat rechtvaardigt dat als de keuze voorligt tussen het gebruikmaken van een wettelijke bevoegdheid en het sluiten van een overeenkomst, het eerste in beginsel<sup>266</sup> prevaleert. Het rechtvaardigt ook dat wanneer duidelijk uit het doel en de strekking van een publiekrechtelijke regeling kan worden afgeleid of het gebruik van het privaatrecht al dan niet is toegestaan, daarmee de vraag naar de toelaatbaarheid van dat gebruik volledig kan worden beantwoord. De moeilijkheid is dat moet worden bepaald wat ‘inhoud en strekking’ van een regeling precies behelzen en in hoeverre die een concrete indicatie moeten geven over de mogelijkheden om gebruik te maken van het civiele recht. Het criterium van de rechtsbescherming vervult daarbij een belangrijke functie, maar erg duidelijk wordt het niet.

#### **4. De juridische ruimte voor overheidserfpacht**

##### *4.1. Inleiding*

De belangrijkste overheidserfverpachters – de gemeenten – hebben, zoals wij zagen, van oudsher twee belangrijke redenen om hun gronden niet in eigendom uit te geven, maar in erfpacht. In de eerste plaats willen zij de waardeinstijging van de grond behouden voor de gemeenschap, door de hoogte van de canon geregeld aan te passen aan de veranderde waarde van de grond. De gedachte daarachter is dat de waardeontwikkeling van grond in belangrijke mate is te danken aan de gemeenschap: de waarde neemt toe door de groei van de gemeenschap, door de inspanningen van de gemeente – die bijvoorbeeld zorgt voor algemene voorzieningen in de buurt – en door het veranderen van de publiekrechtelijke bestemming.

Met de gronduitgifte in erfpacht kan de gemeente de waardeontwikkeling naar zich toe trekken. Dat gebeurt in de eerste plaats door bij de eerstvolgende aanpassing van de canon rekening te houden met de gewijzigde grondwaarde. Daarnaast kan een uitbreiding van de publiekrechtelijke bestemming pas worden benut wanneer ook de privaatrechtelijke bestemming dat gebruik toelaat. Aan

---

<sup>266</sup> Uit de tekst of de strekking van een publiekrechtelijke regeling kan het tegendeel blijken. Zo is op grond van art. 17 OW onteigening van een onroerende zaak niet eerder toegestaan dan nadat pogingen tot minnelijke verwerving zonder succes gebleven zijn.

een uitbreiding van die bestemming zal de gemeente alleen meewerken in ruil voor een vergoeding die in overeenstemming is met de stijging van de grondwaarde.

Daarmee is ook het tweede belangrijke doel van gemeentelijke erfpacht genoemd: regulering van het grondgebruik. Met het oog daarop zijn vaak gedetailleerde bestemmingen opgenomen in de erfpachtvoorwaarden. Van Velten noemt het voorbeeld van een hotelgebouw met de bestemming “vijfsterrenhotel volgens Benelux-classificatie 1999 en restaurant”.<sup>267</sup> Verder kennen erfpachtvoorwaarden vaak een verplichting om bebouwing te realiseren in overeenstemming met door de eigenaar goedgekeurde bouwplannen, of verbieden zij overdracht of splitsing zonder toestemming van de eigenaar. Dat stelt de eigenaar in staat invloed uit te oefenen op de rechtsopvolging van de erfpachter en maakt het mogelijk om de waardeverhoging die het gevolg is van een rechtshandeling (bijvoorbeeld van een splitsing in appartementsrechten) af te romen. De meest ingrijpende methode van regulering is opzegging van de erfpacht om redenen van algemeen belang: een privaatrechtelijke vorm van onteigening.

Andere overheidserfverpachters (de Staat, de Waterschappen) hebben vergelijkbare doelen: ook zij willen profiteren van de opbrengsten van de grond en het gebruik van de grond reguleren. Hierna bespreek ik in hoeverre de genoemde, belangrijkste elementen van de overheidserfpacht door de beugel kunnen. Daarbij wordt ingegaan op de toelaatbaarheid van de betreffende erfpachtvoorwaarden als zodanig en op de invloed van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op de manier waarop van die bevoegdheden gebruik mag worden gemaakt.

#### *4.2. Regulering van het gebruik van grond*

Over de mogelijkheden om het gebruik van de grond door middel van erfpacht te reguleren, kan ik na de bespreking van de bestaande rechtspraak in paragraaf 3.4.2 kort zijn. Bedingen die ertoe strekken sociale en economische bindingseisen te stellen aan de aspirant-erfpachters bleken daar niet geoorloofd te zijn, maar een anti-speculatiebeding dat beoogt te waarborgen dat de erfpachter gedurende langere tijd zijn recht niet vervreemdt, mag wel. Verder werd al aangegeven dat het regelen van de bestemming van de grond en het opleggen van een bouwplicht toegestaan zijn, maar dat de gemeentelijke overheid daarbij geen bouwvoorschriften mag stellen die betrekking hebben op de veiligheid, de bruikbaarheid de energiezuinigheid en het milieu. De mogelijkheden om het gebruik van openbare zaken privaatrechtelijk te reguleren zijn wel zeer beperkt.

---

<sup>267</sup> Van Velten 2007a, p. 71, met verwijzing naar de akte van notaris M. van Groningen te Amsterdam d.d. 27 april 2006, ingeschreven in de openbare registers te Amsterdam, in register 4 onder deel 19479, nummer 80.



Ten aanzien daarvan geldt dat regulering niet geoorloofd is wanneer het betreffende gebruik reeds publiekrechtelijk wordt gereguleerd en onder dat regime een vergunning voor het gebruik is of kan worden verstrekt. Die beperking is bij gemeentelijke erfpacht meestal niet relevant (de in erfpacht gegeven grond is niet openbaar), maar kan wel de ruimte beperken voor regelingen die betrekking hebben op het gebied dat gelegen is in de nabijheid van de erfpachtgrond. Of het de erfpachter van een wegrerestaurant civielrechtelijk verboden kan worden om op zomerse dagen in de nabijheid van de erfpachtgrond een zwembad op te pompen en te exploiteren,<sup>268</sup> is bijvoorbeeld sterk afhankelijk van het antwoord op de vraag hoe het bijzondere gebruik van dat gebied publiekrechtelijk is geregeld.

Hier behandel ik nog de vraag of erfpachtvoorwaarden die het oog hebben op het tegengaan van leegstand (de bewoningsplicht) toegestaan zijn. Voor dat doel heeft de gemeentelijke overheid het civiele recht niet per se nodig, omdat de Huisvestingswet (Hvw) voorziet in publiekrechtelijke bevoegdheden om leegstand tegen te gaan. Nu de wetgever met de invoering van die wet uitdrukkelijk beoogd heeft het gebruik van civielrechtelijke middelen overbodig te maken,<sup>269</sup> vloeit mijns inziens uit de strekking van de wet voort dat deze de bevoegdheid beperkt om leegstand met privaatrechtelijke middelen tegen te gaan. Net als Huijgen meen ik dat de leegstand van woningen met de regeling in de Hvw moet worden tegengegaan.<sup>270</sup> Anders dan hij, acht ik privaatrechtelijke regelingen zonder meer nietig. Volgens Huijgen is dat alleen de aangewezen sanctie indien de privaatrechtelijke regeling verder gaat dan wat mogelijk is binnen het publiekrechtelijke regime. Die gedachtegang doet echter geen recht aan het criterium van het vergelijkbare resultaat. Belangrijker dan dat is dat een onderscheid tussen maatregelen die via het publiekrecht wel en maatregelen die via het publiekrecht niet zijn toegestaan, de civiele rechter dwingt tot het telkens beantwoorden van de vraag óf een bepaalde maatregel onder het publiekrechtelijke regime tot de mogelijkheden behoort. De beantwoording van die vraag is voorbehouden aan de bestuursrechter. Om deze redenen meen ik dat iedere privaatrechtelijke bewoningsverplichting nietig is wegens strijd met de openbare orde. De rechtszekerheid is met dat oordeel aanzienlijk minder geschaad dan met de nietigheid van de bestemmingsbepalingen die in het Lelystad- en in het ADM-terrein-arrest centraal staan.

#### *4.3. Vergoedingen voor het gebruik van de grond*

Bij de uitgifte in erfpacht wordt exclusief genot verschafte aan de erfpachter van een aan de openbaarheid onttrokken stuk grond. Het is toegestaan om daarvoor een marktconforme vergoeding in rekening te brengen, nu dat rechtstreeks en in

---

<sup>268</sup> Vgl. hiervóór in hoofdstuk I, paragraaf 4.3.

<sup>269</sup> *Kamerstukken II*, 1991/92, 20 520, nr. 11, p. 19 (NEV II).

<sup>270</sup> Huijgen 1995, p. 151.

overheersende mate verband houdt met een duidelijk individualiseerbaar belang.<sup>271</sup> Om dezelfde reden mag ook een marktconforme vergoeding worden bedongen bij heruitgifte en is het anderszins toegestaan de hoogte van de canon periodiek aan te passen aan de gewijzigde grondwaarde.

Het belangrijkste doel van de gemeentelijke erfpacht is daarmee geoorloofd. Ook de staatsverpacht, gericht op de tijdelijke ingebruikgeving van gronden die de Rijksoverheid zelf niet op korte termijn nodig heeft,<sup>272</sup> is voor wat betreft het financiële motief toegestaan. Dat het publieke recht wel grenzen stelt aan de omvang van de bedongen vergoedingen, blijkt uit het eerdergenoemde arrest in de zaak over de hoogte van de vergoeding die de Gemeente Beuningen vraagt van de kopers van appartementsrechten.<sup>273</sup> Een deel van dit bedrag ziet niet op het exclusieve genot dat de kopers krijgen van hun appartement, maar op het onderhoud van algemene voorzieningen in de buurt. Dat is niet toegestaan. Kortom, het bedingen van een erfpachtcanon of een afkoopsom is enkel geoorloofd voor zover deze dient als tegenprestatie voor exclusief aan de erfpachter verrichte diensten of voor exclusief aan de erfpachter verschaft genot. Deze regel verbiedt de overheidserfverpachters niet om de opbrengsten van het erfpachtsysteem te investeren in publieke voorzieningen waarvan ook niet-erfpachters profijt hebben. Zij staat wel in de weg aan het bedingen van vergoedingen die niet rechtstreeks en in overheersende mate in verband staan met een duidelijk individualiseerbaar belang. In de regel zal de hoogte van de vergoeding dus in een redelijke verhouding moeten staan tot de waarde van het genot van de in erfpacht uitgegeven grond.<sup>274</sup>

Het onderscheid tussen de verschillende rechtvaardigingen voor de (omvang van de) vergoeding, is in de praktijk vaak lastig te bepalen. De erfpachter kan echter van de grondeigenaar verlangen dat deze inzichtelijk en verifieerbaar maakt hoe hij tot de door hem gevraagde canon is gekomen. In hoofdstuk V wordt toegelicht dat een dergelijke aanspraak kan voortvloeien uit de afhankelijkheidsrelatie die tussen beide partijen bestaat. In het geval van overheidserfpacht kan dat ook worden gebaseerd op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>275</sup>

In het verlengde van de bevoegdheid om bij uitgifte een marktconforme vergoeding te bedingen, mag de grondeigenaar ook een vergoeding bedingen indien

---

<sup>271</sup> Zie hiervoor in paragraaf 3.4.3. Dat gronduitgifte in erfpacht geen verkapte belastingheffing is, wordt uitdrukkelijk bevestigd door Rb. Amsterdam 25 maart 2009, *BR* 2009, 136.

<sup>272</sup> Zie hiervoor in hoofdstuk I, paragraaf 4.1.

<sup>273</sup> HR 6 januari 2006, *NJ* 2006, 301, besproken in paragraaf 3.4.3.

<sup>274</sup> Ook is denkbaar dat de canon betaald wordt voor andere door de erfverpachter aan de erfpachter te leveren diensten. Vgl. hoofdstuk IV, paragraaf 8.2.3.

<sup>275</sup> Vgl. Hof Arnhem 20 mei 2008, *LJN* BG1702 en Rb. Den Haag 18 augustus 2010, *LJN* BN5001, r.o. 6.17, in welke gevallen overigens wel degelijk een machtspositie bestond, maar niettemin getoetst werd aan het publiekrechtelijke motiveringsbeginsel.

hij toestemming geeft voor uitbreiding van de bestemming of voor het realiseren van bebouwing. Ook daar geldt – net als in het geval van particuliere erfpacht – dat de hoogte van de vergoeding in overeenstemming moet zijn met de stijging van de gebruikswaarde van de onroerende zaak en dat van de erfverpachter mag worden verlangd dat hij onderbouwt dat dit het geval is.<sup>276</sup>

In het geval van overheidserfpacht is bovendien van belang dat de grondeigenaar in een vroegtijdig stadium duidelijkheid verschaft over de financiële consequenties van de uitbreiding van het genot. Dat klemmt in het bijzonder wanneer de erfpachter voor de uitvoering van zijn plannen niet alleen privaatrechtelijke toestemming nodig heeft (waaraan de financiële voorwaarde verbonden wordt), maar ook een publiekrechtelijke vergunning. Treffend is het geval van het ‘Renaultgebouw’, aan de Amsterdamse Wibautstraat.<sup>277</sup> In die zaak geeft de gemeente in 2003 schriftelijk aan mee te willen werken aan het verlenen van een vrijstelling van het bestemmingsplan, opdat de erfpachter voortaan een multimediacafé kan exploiteren in een deel van het gebouw. Over enkele andere veranderingen wordt in de betreffende brief bevestigd dat daarvoor een bouwvergunning is verleend en dat de plannen in overeenstemming zijn met het bestemmingsplan. In deze brief wordt ook vermeld dat de toepasselijke erfpachtvoorwaarden een wijziging van de bestemming enkel mogelijk maken indien ook privaatrechtelijke toestemming is verleend en dat aan die toestemming voorwaarden kunnen worden verbonden. De erfpachter vraagt deze toestemming medio 2004. In de tijd daarna ontvangt hij de felicitaties van de wethouder voor de stijlvolle renovatie (februari 2005) en diverse publiekrechtelijke besluiten die hem bevestigen in zijn idee dat de gemeente zonder meer akkoord is met zijn plannen. In september 2006 stuurt de gemeente hem echter het bericht dat aan de privaatrechtelijke toestemming een forse verhoging van de erfpachtcanon verbonden wordt. De rechtbank gaat met die handelwijze niet akkoord. Zij stelt voorop dat de erfpachtvoorwaarden niet voorzien in een regeling die de grondeigenaar de bevoegdheid geeft de erfpachtvoorwaarden vanwege de bestemmingswijziging eenzijdig te wijzigen. Dat neemt naar het oordeel van de rechtbank op zichzelf niet weg dat de gemeente de ruimte heeft haar toestemming slechts te verlenen onder de voorwaarde dat de canon gewijzigd wordt. Echter, in dit geval heeft de gemeente dat recht verwerkt, omdat zij niet tijdig, specifiek en ondubbelzinnig duidelijk heeft gemaakt dat zij financiële voorwaarden aan haar toestemming had willen koppelen. De vordering van de gemeente strandt bij de rechtbank dus op het civielrechtelijke leerstuk van rechtsverwerking, maar deze kwestie is niettemin in het bijzonder van belang in

---

<sup>276</sup> Zie Hof Amsterdam 7 mei 1992, *BR* 1994, p. 861, m.nt. J. de Jong, Hof Amsterdam 9 juni 2005, *LJN* BX8554 en Rb. Amsterdam 17 augustus 2011, *NJF* 2011, 404, r.o. 6.16.

<sup>277</sup> Rb. Amsterdam 17 augustus 2011, *NJF* 2011, 404, met vervolg in Hof Amsterdam 6 november 2012, *RVR* 2013, 13.

het kader van de gemeentelijke erfpacht, waar immers de toestemmingsaanvraag parallel loopt met een vergunningaanvraag bij dezelfde wederpartij. In hoger beroep blijkt nog sterker hoe zeer van belang is dat de gemeente, die een canonverhoging als voorwaarde wil stellen voor van haar benodigde toestemming, daarover geen misverstand laat bestaan: het hof concludeert dat de gemeente onvoorwaardelijk toestemming had verleend en dat een weigering daarvan niet aan de orde was.

Ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur beïnvloeden de manier waarop overheidserfverpachters mogen omgaan met hun bevoegdheid tot het bedingen van marktconforme vergoedingen. In het bijzonder is bepaald dat het beleid niet plotseling mag veranderen. Om die reden is een verhoging van de canon bij heruitgifte in strijd geoordeeld met het evenredigheidsbeginsel, in een geval waarin het betreffende overheidslichaam voordien een minder zakelijke behandeling hanteerde en hij zonder adequate overgangsregeling het beleid heeft gewijzigd.<sup>278</sup>

#### *4.4. Beperking van de bevoegdheid tot overdracht en splitsing van de erfpacht*

Art. 5:91 BW voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid de overdraagbaarheid en de splitsbaarheid van een erfpachtrecht afhankelijk te maken van de toestemming van de grondeigenaar, behoudens gevallen van executoriale verkoop. Voor een splitsing in appartementsrechten is zelfs standaard toestemming benodigd (art. 5:106 lid 7 BW). Dat het publiekrecht de mogelijkheden inperkt om die toestemming te weigeren, is hiervóór al gebleken in paragraaf 3.4.2. Daar werd een arrest uit 2006 besproken, waarin de Hoge Raad oordeelt dat bemoeienis met de verdeling van woonruimte door het stellen van toelatingseisen aan woningzoekenden, op het gebied van hun economische en andersoortige maatschappelijke binding, enkel is toegelaten met de middelen van de Hvw.<sup>279</sup>

In de literatuur wordt wel aangenomen dat deze wet ook sterk de mogelijkheden inperkt om splitsing in appartementsrechten tegen te gaan.<sup>280</sup> In 1976 oordeelt de Hoge Raad nog dat een gemeente toestemming voor een appartementensplitsing mag weigeren op grond van de vrees dat die splitsing het aantal betaalbare huurwoningen zou verminderen.<sup>281</sup> Inmiddels kan het doel dat de gemeente voor ogen stond echter ook worden verwezenlijkt langs publiekrechtelijke weg, namelijk door in de gemeentelijke huisvestingsverordening te regelen dat de splitsingsvergunning kan worden geweigerd op gronden die betrekking hebben op de samenstelling van de woonruimtevoorraad (art. 33 en 34 Hvw).<sup>282</sup>

---

<sup>278</sup> Rb. Amsterdam 5 januari 2011, *LJN* BO9943.

<sup>279</sup> HR 14 april 2006, *NJ* 2006, 445.

<sup>280</sup> De Jong & Ploeger 2008, nr. 16.

<sup>281</sup> HR 23 december 1976, *NJ* 1977, 409.

<sup>282</sup> Feitelijk bestaat deze mogelijkheid sinds de inwerkingtreding van de Wet op de woning-splitsing op 1 mei 1987 (Stb. 1985, 575).

Dat is reden om aan te nemen dat het niet langer geoorloofd is die doelen met privaatrechtelijke middelen na te streven. De exclusieve strekking van deze regeling kan ook worden afgeleid uit een opmerking van de Staatssecretaris in de aanloop naar de invoering van de Hvw. Hij stelt dat het wetsvoorstel het gebruik van contractsbedingen als instrument ten behoeve van de woonruimteverdeling wil beperken, niet door dat expliciet te verbieden, maar door een toereikend publiekrechtelijk instrumentarium te bieden.<sup>283</sup>

De Huisvestingswet staat niet aan iedere vorm van privaatrechtelijke regulering van overdracht en splitsing van erfpachtrechten in de weg. Art. 34 lid 2 Hvw maakt publiekrechtelijke regulering daarvan mogelijk op gronden die betrekking hebben op a) de samenstelling van de woonruimtevoorraad; b) het voorkomen van belemmering van stadsvernieuwing en c) de indeling en staat van onderhoud van het pand. Ik ben geneigd aan te nemen dat privaatrechtelijke regulering mogelijk blijft, indien daarmee andere doelen worden nagestreefd dan die welke in dat lid worden genoemd. Reden daarvoor is dat uit de strekking van de wet niet valt af te leiden dat de wetgever regulering op andere dan in de wet genoemde terreinen geheel onmogelijk heeft willen maken. De wet staat bijvoorbeeld niet in de weg aan het stellen van eisen met betrekking tot de integriteit van (opvolgende) erfpachters, in het kader van het verlenen van toestemming voor overdracht.<sup>284</sup>

Ten overvloede merk ik nog op dat ook bij de regulering van overdracht en splitsing van erfpachtrechten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn. Die verplichten in het bijzonder tot gelijke behandeling van (aspirant-)erfpachters en tot zorgvuldige motivering van het weigeren van benodigde toestemming.

#### *4.5. Opzegging van de erfpacht om redenen van algemeen belang*

De algemene bepalingen waaronder de Gemeente Amsterdam gronden in erfpacht uitgeeft, kennen al sinds 1896 een regeling die beëindiging op grond van algemeen nut mogelijk maakt. Deze vorm van opzegging wordt in de meest recente algemene bepalingen (uit 2000) geregeld in art. 23 en 24, waar wordt voorzien in de nodige bescherming voor de erfpachter en eventuele andere belanghebbenden. Zij kunnen bijvoorbeeld bezwaren indienen tegen het voorstel tot beëindiging en de erfpachter maakt aanspraak op de schadeloosstelling die hij bij een reguliere onteigening ook zou hebben gekregen. De Amsterdamse

---

<sup>283</sup> *Kamerstukken II*, 1991/92, 20 520, nr. 11, p. 19 (NEV II).

<sup>284</sup> Van Velten 2012, p. 546 vermeldt dat de Gemeente Amsterdam een integriteitstoets uitvoert alvorens in te stemmen met verhuur of overdracht door erfpachters in de rosse buurt. In wezen gaat het hier niet om gebruik van het privaatrecht als alternatief voor een publiekrechtelijke procedure, maar om het benutten van een publiekrechtelijke procedure voor een doel waarvoor die procedure (nog) niet bedoeld is.

regeling wijkt in dat opzicht niet af van de regimes die andere overheidserfverpachters hebben opgenomen in hun algemene voorwaarden.<sup>285</sup>

Hoewel in het verleden geregeld van deze opzeggingsmogelijkheid gebruik is gemaakt, zoals bij de renovatie van de Indische buurt te Amsterdam, kan uit de rechtspraak niet worden afgeleid of deze regelingen een onaanvaardbare doorkruising van de Onteigeningswet (OW) inhouden. Wellicht hangt dat samen met het feit dat de regeling met name vóór 1990 – toen de rechtspraak het gebruik van het privaatrecht door overheden ruimhartiger beoordeelde – is toegepast. Onder de huidige rechtspraak is de stelling verdedigbaar dat het publiekrechtelijke regime exclusief is. In de eerste plaats neemt de Onteigeningswet een plaats in het rechtssysteem in die daarop duidt: art. 14 Grondwet bepaalt dat onteigening alleen kan geschieden in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, naar bij of krachtens de wet te stellen voorschriften. Waar de Grondwet zo duidelijk een wettelijke grondslag verlangt, is goed verdedigbaar dat een privaatrechtelijk equivalent voor de onteigening ontoelaatbaar is. Hier kan dezelfde redenering worden gevolgd als in het in dit hoofdstuk al enkele malen besproken arrest over de vergoeding die de Gemeente Beuningen bedong van de kopers van appartementen, voor de realisatie van algemene voorzieningen.<sup>286</sup> De Hoge Raad oordeelt dat de gemeente in feite verhaal poogt te zoeken voor door haar gemaakte kosten, op een wijze die grote verwantschap vertoont met een heffing, terwijl daarvan rechtens geen sprake is en het kostenverhaal derhalve ook niet met de op rechtszekerheid gerichte waarborgen is omgeven. Onder verwijzing naar art. 132 lid 6 Grondwet, oordeelt ons hoogste rechtscollege dat voor dergelijk (pseudo)verhaal een wettelijke grondslag vereist is. Op dezelfde wijze kan worden betoogd dat de opzegging om redenen van algemeen belang grote verwantschap vertoont met een onteigening, terwijl daarvan rechtens geen sprake is en dat art. 14 Grondwet daarvoor een wettelijke grondslag vereist. De logische consequentie zou zijn ook de opzegging om redenen van algemeen belang ontoelaatbaar te oordelen. De uitgebreide rechtsbescherming in het publiekrechtelijke regime en de vergelijkbaarheid van het onder dat regime te bereiken resultaat, pleiten daar eveneens voor. Verschillende schrijvers hebben dan ook betoogd dat de opzegging om redenen van algemeen belang een onaanvaardbare doorkruising inhoudt van de Onteige-

---

<sup>285</sup> Zie bijv. art. 38 en 39 van de in 1997 vastgestelde algemene voorwaarden van de Gemeente Arnhem, art. 21 en 22 van de in 1993 gewijzigde algemene voorwaarden van de Gemeente Den Haag, art. 24 van de in 2001 gewijzigde algemene voorwaarden van de Gemeente Spijkenisse en art. 19 en 20 van de in 1989 vastgestelde algemene voorwaarden van de Gemeente Utrecht.

<sup>286</sup> HR 6 januari 2006, *NJ* 2006, 301.

ningswet.<sup>287</sup> Om die reden wordt deze grond voor opzegging in Amsterdam niet meer toegepast.

Ook het tegendeel wordt echter verdedigd. De conclusie van een onaanvaardbare doorkruising stuit in het bijzonder op bezwaren omdat – net als in het Lelystad- en in het ADM-terrein-arrest – sprake is van een al lang bestaande praktijk waarvan de geldigheid van wezenlijk belang is voor de zekerheid van de rechtstoestand van onroerende zaken.<sup>288</sup> Huijgen bijvoorbeeld, betoogt dat de consequentie van nietigheid van deze bedingen, zou zijn dat alle erfpachtrechten waarop de betreffende voorwaarde van toepassing is, geheel nietig zouden zijn.<sup>289</sup> Ik waag dat te betwijfelen: de nietigheid van dit opzeggingsbeding hoeft aan de geldigheid van de erfpachtuitgifte als zodanig niet in de weg te staan. Wel zou die nietigheid de rechtszekerheid in gevaar brengen van de gronden waarop deze vorm van beëindiging in het verleden is toegepast: zijn deze erfpachtrechten wel of niet rechtsgeldig opgezegd? Deze onzekerheid zou de Hoge Raad echter weg kunnen nemen door expliciet aandacht te besteden aan de rechtstoestand van deze gronden. Op die manier kan – met behoud van de rechtszekerheid – een uitkomst worden bereikt die zich goed verhoudt tot het ook op andere terreinen geldende primaat van het publiekrecht.

Een interessante vraag is of dit primaat van het publiekrecht ook in de weg staat aan quasi-onteigening door rechtspersonen waarin (vrijwel) alle aandelen worden gehouden door overheidslichamen. Ik doel met name op de door Schiphol Real Estate bedongen erfpachtvoorwaarde, dat de erfpacht kan worden opgezegd wanneer deze benodigd is voor luchtvaartdoeleinden.<sup>290</sup> Bij de beantwoording van die vraag moet worden vooropgesteld dat de strekking van de publiekrechtelijke regeling van doorslaggevende betekenis is bij de beoordeling van de geldigheid van de privaatrechtelijke rechtshandeling. Doorslaggevend is daarom de inhoud van de gedraging en niet de juridische vorm waarin deze is gegoten. Is, kortom, de vennootschap feitelijk een verlengstuk van een of meerdere overheidslichamen en bepalen uiteindelijk laatstgenoemden de facto of de privaatrechtelijke rechtshandeling wel of niet wordt verricht, dan moet worden geabstraheerd van de rechtspersoon. In het voorbeeld – tweeënnegentig procent

---

<sup>287</sup> De Rooij 1993 en Bregman & De Win 2005, p. 260-263. Sinds 31 maart 2010 is er nog een bijkomend argument tegen de toelaatbaarheid van de opzegging om redenen van algemeen belang. Op die dag trad de Crisis- en herstelwet in werking, op grond waarvan het besluit tot onteigening niet langer kan worden genomen door de gemeenteraad, maar nog enkel door de Kroon, met toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure. De gemeenteraad heeft slechts de bevoegdheid een verzoek tot onteigening bij de Kroon in te dienen. Zie o.a. Sluysmans & Van der Gouw 2010. Bij een opzegging van de erfpacht om redenen van algemeen belang komt deze verlegging van het primaat in de besluitvorming niet tot haar recht.

<sup>288</sup> Vgl. bijv. De Jong & Ploeger 2008, nr. 16

<sup>289</sup> Huijgen 1995, p. 152

<sup>290</sup> Zie hiervóór in hoofdstuk I, paragraaf 7.3.

van de aandelen in de moedermaatschappij van Schiphol Real Estate wordt gehouden door overheidslichamen die zelf niet tot deze vorm van beëindiging gerechtigd zijn – is mijns inziens sprake van een dergelijk verlengstuk. Consequentie daarvan is dat ook de rechtspersoon niet tot deze opzegging gerechtigd is.

## **5. Conclusie**

De overheid heeft minder ruimte voor het gebruik van privaatrechtelijke middelen dan haar onderdanen. Om te beoordelen waar de grenzen van de contractsvrijheid voor de overheid gezocht moeten worden, is in dit hoofdstuk nagegaan welke argumenten de beperkte vrijheid rechtvaardigen. Daarbij is verdedigd dat uit de legaliteitseis nauwelijks beperkingen voortvloeien: die eis strekt ertoe te voorkomen dat de overheid eenzijdig de vrijheid van burgers beperkt. Binnen het huidige privaatrecht is dat vrijwel niet mogelijk. In de literatuur wordt wel verdedigd dat de legaliteitseis ook een democratisch doel dient, echter van die gedachte is afstand genomen voor zover bepleit wordt dat dit doel bescherming in rechte verdient: het democratische belang van een wettelijke grondslag voor overheidshandelen staat ter beoordeling van het parlement, niet ter beoordeling van de rechter.

Ook in de omstandigheid dat de bestuursrechtelijke procedures voorzien in betere waarborgen voor de bescherming van de belangen van (met name) derden, zie ik onvoldoende reden om aan te nemen dat de overheid beperkte ruimte heeft om gebruik te maken van privaatrechtelijke middelen. Omdat een beperking van de vrijheid van de overheid tot contracteren tevens de positie raakt van de contractuele wederpartij, meen ik dat alleen aanvaard kan worden dat een contract ongeldig is, wanneer duidelijk is dat het belang van de derde ook daadwerkelijk in onvoldoende mate is betrokken bij de totstandkoming daarvan.

Wel wezenlijk is dat de overheid sterker dan de burger gebonden is aan de geest van de wetgeving. In de strekking van een publiekrechtelijke regel kan daardoor relatief snel besloten liggen dat zij in de weg staat aan de totstandkoming van geldigde privaatrechtelijke overeenkomsten. Daarvan gaat ook de Hoge Raad uit, zoals blijkt uit het Windmill-arrest. Daarin is bepaald dat het de overheid niet is toegestaan overeenkomsten te sluiten wanneer dat een publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Of dat het geval is, hangt onder meer af van de inhoud en strekking van de regeling, van de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd en van de ruimte die de publiekrechtelijke regeling biedt om een resultaat te bereiken dat vergelijkbaar is met dat wat via het privaatrecht kan worden bewerkstelligd. In latere rechtspraak legt de Hoge Raad de contractsvrijheid van de overheid ook buiten de gevallen van doorkruising van een publiekrechtelijke regeling aan banden: het bijzonder gebruik van openbare za-



ken mag niet met privaatrechtelijke middelen worden tegengegaan, indien het gebruik van die zaak al publiekrechtelijk wordt gereguleerd en onder dat regime een vergunning is of kan worden verstrekt.

Regulering van het gebruik van niet-openbare zaken is op aanmerkelijk ruimere schaal toegestaan: al kort na het wijzen van het Windmill-arrest accordeert de Hoge Raad omwille van de rechtszekerheid de praktijk waarin de overheid contractueel de gebruiksbestemming van grond vastlegt. Voor de praktijk van overheidserfpacht is dat veelbetekenend: in ieder geval een van de twee voornaamste doelen van de gemeentelijke erfpacht is daarmee veiliggesteld. Ook het andere kerndoel van de gemeenten – het behoud van de waardeontwikkeling voor de gemeenschap – lijkt mij onder de huidige rechtspraak geoorloofd. Dit doel wordt bereikt doordat de gemeente periodiek een canon in rekening brengt die wijzigt afhankelijk van de ontwikkeling van de grondwaarde. Daarmee houdt de verplichting rechtstreeks en in overheersende mate verband met een duidelijk individualiseerbaar belang van de erfpachter, namelijk diens exclusieve gebruik van de onroerende zaak.

Met het voorgaande is niet gezegd dat alle bedingen die overheden in hun erfpachtvoorwaarden opnemen rechtens geoorloofd zijn. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat art. 132 lid 6 Grondwet eraan in de weg staat dat in het kader van gronduitgifte financiële vergoedingen in rekening worden gebracht voor het in stand houden van in de buurt gelegen gemeentelijke voorzieningen. Dit oordeel laat zien dat weliswaar een vergoeding mag worden bedongen voor de exclusief aan de erfpachter geleverde diensten, maar ook niet meer dan dat: de hoogte van de canon zal in een redelijke verhouding moeten staan tot de waarde van het exclusief aan de erfpachter verstrekte genot.

Ook voor het opnemen van bepalingen die het gebruiksrecht van de erfpachter inperken is de ruimte niet onbegrensd, in het bijzonder als gevolg van het feit dat diverse onderwerpen door een (exclusieve) publiekrechtelijke regeling worden bestreken. Zo is op zichzelf wel geoorloofd dat in de erfpachtvoorwaarden een bouwplicht wordt opgenomen, maar de gemeentelijke overheid mag daarbij geen bouwvoorschriften stellen die betrekking hebben op de veiligheid, de bruikbaarheid de energiezuinigheid en het milieu. Evenmin is het de gemeenten toegestaan de leegstand van woningen met privaatrechtelijke middelen tegen te gaan. Verder is het hun verboden voorwaarden te stellen die ertoe strekken de overdracht en splitsing van erfpachtrechten te reguleren met het oog op de door de gemeente gewenste samenstelling van de woonruimtevoorraad, stadsvernieuwing of de indeling en staat van onderhoud van het pand. En ten slotte is ook de gebruikelijke opzegging om redenen van algemeen belang – wegens strijd met art. 14 Grondwet – in alle gevallen van overheidserfpacht ongeoorloofd.

Een belangrijke beperking voor de ruimte die overheidslichamen hebben om hun beleid door middel van erfpacht vorm te geven is ten slotte gelegen in de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Als gevolg daarvan geldt voor hen in de eerste plaats de (impliciete) verplichting een eventueel erfpachtstelsel consistent vorm te geven en/of uit te voeren. Verder maken verschillende uitspraken duidelijk dat overheidserfverpachters gehouden zijn hun erfpachters tijdig en goed te informeren over (de financiële consequenties van) hun beleid. In het vorige hoofdstuk bleek dat al uit een zaak waarin een hoogheemraadschap alleen na een overgangsperiode bevoegd was de wijze van canonberekening aan te passen; in dit hoofdstuk besprak ik het geval waarin de gemeente geen canonwijziging mocht koppelen aan een aanpassing van de bebouwing, omdat zij dit niet tijdig, specifiek en ondubbelzinnig als voorwaarde had gesteld.

## IV De zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden

### 1. Inleiding

De partijen die bij de vestiging van een erfpachtrecht betrokken zijn, hebben een grote vrijheid om invulling te geven aan hun rechtsverhouding. Die vrijheid is echter niet onbegrensd, nu het Nederlandse goederenrecht blijkens art. 3:81 lid 1 BW uitgaat van een systeem waarin slechts de beperkte rechten gevestigd kunnen worden die de wet als zodanig noemt. Dat ‘gesloten systeem’ zou worden doorkruist wanneer aan die beperkte rechten vervolgens iedere inhoud gegeven kan worden die men in een concreet geval wenselijk vindt.

Dat men wel enige vrijheid heeft om erfpachtverhoudingen nader vorm te geven, bevestigt (de belastingkamer van) de Hoge Raad in een arrest waarin een beding centraal staat dat de grondeigenaar verplicht de diepte te bewaken van het water dat naast de erfpachtgrond gelegen is.<sup>291</sup> Het Haagse gerechtshof had bepaald dat dit beding deel uitmaakt van de erfpachtverhouding en de Hoge Raad laat dat oordeel in stand. In de redenering van het hof is beslissend dat de verplichtingen van de grondeigenaar betrekking hebben op het genot dat de erfpachter van de grond zal kunnen trekken en dat zij met de geschiktheid voor het gebruik waarvoor de grond in erfpacht was uitgegeven, in rechtstreeks verband staan. Daaruit volgt volgens het hof dat het beding niet in strijd komt met het wezen van het erfpachtrecht, zodat de partijvrijheid niet was overschreden. Kennelijk is dat laatste uiteindelijk het beslissende criterium: is een beding al dan niet in strijd met het wezen van het erfpachtrecht? Enige tijd eerder werd, bij de parlementaire behandeling van het huidige recht, beslissend geacht of er voldoende verband met het zakelijk recht bestaat, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is.<sup>292</sup>

Consequentie van strijd met het wezen van de erfpacht of onvoldoende verband met het zakelijk recht is niet dat de betreffende bedingen iedere werking missen.<sup>293</sup> Wel ontbreekt dan goederenrechtelijke werking: de verplichtingen gaan niet van rechtswege over op rechtsopvolgers onder bijzondere titel van de erfpachter of de grondeigenaar. Voor de mogelijkheden die het erfpachtrecht

---

<sup>291</sup> HR 16 maart 1977, *NJ* 1977, 399, m.nt. W.M. Kleijn.

<sup>292</sup> PG Boek 5, p. 297 (MvA d.d. 16 oktober 1972).

<sup>293</sup> Het kan natuurlijk wel zijn dat de betreffende bedingen nietig zijn doordat zij door hun inhoud of strekking in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW) of dat zij nietig of vernietigbaar zijn omdat zij in strijd komen met een dwingende wetsbepaling (art. 3:40 lid 2 BW). De enkele strijd met het wezen van de erfpacht leidt echter niet tot die conclusie.

biedt om het gebruik van grond en de financiering daarvan met goederenrechtelijke werking te reguleren, is het dus van belang te weten welke bedingen als onderdeel van de erfpachtverhouding worden aangemerkt. Doel van dit hoofdstuk is tot een zekere afgrenzing van de partijvrijheid te komen. Daartoe bespreek ik welke aard het recht van erfpacht heeft – bezien tegen de historische achtergrond van de rechtsfiguur – en ga ik na in hoeverre het binnen het huidige goederenrecht aanvaardbaar is om volledig recht te doen aan die aard. Bij die laatste toets staan de plaats van het beperkte recht in ons vermogensrecht en de ratio van het gesloten systeem van beperkte rechten centraal.

## **2. Erfpacht in de oudheid<sup>294</sup>**

Al in de vijfde eeuw voor Christus komen in Griekenland langdurige gebruiksrechten voor op grond, in verschillende varianten. Bekend zijn de gevallen waarin woeste gronden worden uitgegeven ter ontginning. Deze rechten kenmerken zich door een lage periodieke vergoeding die betaald moet worden aan de grondeigenaar en doordat zij pas eindigen wanneer de gebruiker zonder kinderen en testament overlijdt. Vergelijkbare gebruiksrechten komen voor op grond die al gecultiveerd is: bij die rechten ontbreekt uiteraard een ontginningsplicht, maar daar staat tegenover dat een hogere periodieke vergoeding verschuldigd is.

Ook de Romeinen kennen verschillende rechtsfiguren waarmee het gebruik van grond geregeld wordt. In de eerste plaats het *ius in agro vectigali*. Dat recht is ontstaan als een variant van huur en verhuur en kenmerkt zich door een lange duur en relatief ruime bevoegdheden voor de rechthebbende. De *emphyteusis*, die later ontstaat, lijkt op dat recht. Het belangrijkste verschil met het *ius in agro vectigali* is dat de *emphyteusis* meer gericht is op de ontginning van woeste gronden. Dat verschil komt ook in de naam tot uitdrukking: het Griekse *ἐμφυτεύειν* betekent beplanten, terwijl bij het *ius in agro vectigali* in de naam slechts aan de vergoeding (*vectigal*), wordt gerefereerd. Niettemin verdwijnt het *ius in agro vectigali* uiteindelijk in de *emphyteusis*.

De precieze juridische aard van de *emphyteusis* blijft lange tijd onduidelijk. Hoewel de rechtsfiguur is ontstaan als een variant van huur, is de gelijkenis tussen de *emphyteuta* en de koper bijzonder groot, als gevolg van de lange duur van de *emphyteusis* en de ruime bevoegdheden die dat recht verschaft. De onduidelijkheid wordt weggenomen omstreeks het jaar 485, als keizer Zeno bij wet

---

<sup>294</sup> Waarover uitgebreid elders: Beaudouin 1899, p. 259-297, Mitteis 1901 en Reepmaker 1931, p. 3-25. Voorts zij gewezen op Kwak 2007, die het erfpachtstelsel noemt dat bestond in het Egypte van de Ptolemeeën (305-30 v. Chr.). Hij geeft aan dat de bouw van werken als de vuurtoren van Pharos en de bibliotheek van Alexandrië indertijd onder meer mogelijk zijn gemaakt door de opbrengsten uit erfpacht.

bepaalt dat de emphyteusis een zelfstandige status heeft en dus los staat van zowel koop als huur:

“Verordend zij dat erfpachtrecht noch onder de titel van huur noch onder die van vervreemding gebracht moet worden, maar een derde recht is dat niets gemeenschappelijks heeft met, noch in iets gelijk op de beide genoemde contracten; het heeft zijn eigen vorm en afbakening en is een rechtmatig en geldig contract. Aan al hetgeen in dit contract betreffende allerlei gebeurtenissen, ook ongelukkige toevallen, is overeengekomen tussen beide contractspartijen in op schrift gestelde afspraken, moet vast en onverkort met altijd durende standvastigheid op alle mogelijke manieren de hand gehouden worden [...]”<sup>295</sup>

Voor het rechtshistorische karakter van de erfpacht, is het interessant om te zien dat de emphyteusis als een primair contractueel recht wordt gekarakteriseerd, waarvan de inhoud van geval tot geval kan en mag verschillen. Gezien de ontstaansgeschiedenis van de rechtsfiguur ligt dat ook voor de hand: aan een recht dat zich immers eeuwenlang zelfstandig heeft gevormd, als een variant van een contractuele rechtsverhouding en zonder eigen wettelijke regeling, is immers inherent dat het in verscheidene varianten kan voorkomen. De flexibiliteit van de emphyteusis wordt nog duidelijker wanneer we de Romeinse huur (*locatio*) en verhuur (*conductio*) nader onder de loep nemen. Verschillende Romeinsrechtelijke bronnen wijzen erop dat de inhoud van die rechtsverhouding ter discretie staat van de betrokken partijen. Zo geeft Gaius aan dat de huurder in alles moet handelen overeenkomstig de bepalingen van het huurcontract.<sup>296</sup> Een voorbeeld van een mogelijke bepaling vinden we bij Ulpianus, die een beding noemt dat de pachter<sup>297</sup> verbiedt om op bepaalde plaatsen van het gepachte perceel zijn hooi op te slaan.<sup>298</sup> Voorts wijs ik nog op Scaevola, die spreekt van een geval waarin een huurder, zonder daartoe verplicht te zijn, wijnstokken op het perceel plaatst.<sup>299</sup> Kennelijk acht men bedingen van een dergelijke verplichting dus wel mogelijk. Ten slotte noem ik nog Javolenus, die spreekt van een beding dat de

---

<sup>295</sup> C. IV.66.1: “*Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addendum, sed hoc ius tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam et iustum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri [...]*” De vertaling is van Spruit, Chorus & De Ligt 2007, p. 188.

<sup>296</sup> D. 19.2.25.3.

<sup>297</sup> De pacht was indertijd een vorm van huur, zoals overigens ook de huur van personen onder de *locatio* en *conductio* viel.

<sup>298</sup> D. 19.2.11.4.

<sup>299</sup> D. 19.2.61.

verpachter het recht geeft om de grond opnieuw te verpachten wanneer ze niet overeenkomstig de contractsbepalingen bewerkt wordt.<sup>300</sup>

Nu de emphyteusis als een variant van huur is ontstaan, ligt het voor de hand dat van oudsher ook de inhoud van dat recht primair afhangt van de overeengekomen voorwaarden. Wanneer we ons echter bedenken dat het recht van de emphyteuta door zijn ruime bevoegdheden juist ook op het recht van de koper lijkt, kan daarover niettemin enige twijfel rijzen. Ook gezien de functie van de emphyteusis is het echter waarschijnlijk dat binnen die rechtsverhouding bevoegdheden kunnen worden beperkt en verplichtingen in het leven geroepen kunnen worden.<sup>301</sup> Daar komt bij dat de *lex dicta* ook in geval van koop een zekere ruimte verschaft om door middel van contractuele regelingen bij de verkoop van onroerend goed, de inhoud van het gebruiksrecht met kwalitatieve werking te beperken.<sup>302, 303</sup> Ten slotte geeft ook de uit de wet van Zeno geciteerde passage aanleiding om te veronderstellen dat de thans uitdrukkelijk in art. 5:89 BW vastgelegde mogelijkheid om bevoegdheden in te perken, en de mogelijkheid om verplichtingen op te leggen aan de emphyteuta, reeds in zijn tijd wordt aangenomen.

### 3. De situatie tot en met 1820

Tot de invoering van het ‘Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland’ in 1807 heeft het Romeinse recht subsidiaire gelding naast het lokale recht. Afhankelijk van de lokale regels en omstandigheden komt het recht van erfpacht onder het Oud-Hollandse recht in verschillende varianten voor.<sup>304</sup> Daarbij is het van belang te vermelden dat zich ook onder het Germaanse recht een soort erfpachtrecht ontwikkeld heeft uit de huurovereenkomsten, vergelijkbaar met de eerdere ontwikkeling onder het Romeinse recht.<sup>305</sup>

Het in 1807 ingevoerde wetboek kent, anders dan zijn Franse voorbeeld, ook een regeling over erfpacht,<sup>306</sup> echter daarin wordt niets bepaald over de grenzen van de partijvrijheid. Nu de erfpacht samen met de huur wordt geregeld en de

---

<sup>300</sup> D. 19.2.51.

<sup>301</sup> Reepmaker 1931, p. 9-10 wijst op de onder het Romeinse recht voorkomende verbeteringsplichten, cultiveringsplichten en bebouwingsplichten. Zie ook Mitteis 1901, p. 61.

<sup>302</sup> Zie nader over de *lex dicta*: Heyman 2002, p. 299 en Du Perron 1999, p. 175-192. Du Perron toont daar overigens aan dat de *lex dicta* niet *in het algemeen* de mogelijkheid creëert om verbintenissen ten aanzien van een onroerende zaak goederenrechtelijke werking te geven: er is slechts enige speelruimte.

<sup>303</sup> Een zekere ruimte bestaat overigens ook bij ‘roerende goederen’, zo blijkt bij Paulus, D. 18.1.56, die uitlegt dat wanneer bij de verkoop van een slaaf wordt bedongen dat hij niet voor prostitutie mag worden gebruikt, ook opvolgende kopers aan dat beding gebonden zijn.

<sup>304</sup> Zie uitgebreid Reepmaker 1931, p. 26-47 en De Jong 1984a, p. 17.

<sup>305</sup> Zie Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels (2008) 5\*, nr. 210, met verwijzingen.

<sup>306</sup> Art. 1563 e.v. Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland.

wettelijke regeling uiterst summier is, kan uit de structuur van de wet echter worden afgeleid dat die vrijheid relatief groot moet zijn geweest.<sup>307</sup> De regeling geldt totdat in 1811 ook in Nederland de Franse Code civil wordt ingevoerd, zonder regeling over erfpacht.<sup>308</sup> Niettemin wordt in Nederland (en overigens ook in Frankrijk) de geldigheid van erfpachtverhoudingen ook in die periode in de jurisprudentie steeds erkend.<sup>309</sup>

Na 1811 ontwerpt Kemper tweemaal een nieuw Nederlands burgerlijk wetboek. Deze ontwerpen krijgen om verschillende redenen nooit kracht van wet: in de eerste plaats vinden de Belgische parlementsleden de codificatie te veel op het Romeinse recht en te weinig op de Franse Code civil geïnspireerd en in de tweede plaats vindt men het wetsontwerp van Kemper (veel) te uitgebreid. Daarbij valt met name niet in goede aarde dat Kemper diverse algemene rechtsbeginselen in zijn wetboeken had gecodificeerd.<sup>310</sup>

Die methode mag ongeschikt zijn om wetgeving te maken die bestand is tegen de tand des tijds; ze laat wel zien welke aard een bepaalde rechtsfiguur op een zeker moment heeft. Dat geldt eens te meer voor Kempers erfpachtregeling, waarin hij zich evenmin een man van weinig woorden toont – de regeling telt vierenvijftig artikelen – maar waarop ook weinig parlementaire kritiek wordt geuit.<sup>311</sup> Art. 1434 regelt de omvang van de partijvrijheid:

“De bevoegdheid, of de verplichting van den erfpachter om deze of gene daad te verrigten of na te laten, de wijze waarop hij het goed zal mogen gebruiken, de bepaling der regten aan het goed verknocht, van welke hij het genot zal hebben, of van de lasten, welke hij zal moeten dragen, kunnen al mede bij de uitgifte geregeld worden. Ook kan het regt van dubbelde erfpacht op eenen anderen voet gewijzigd worden, dan hierboven bepaald is.

---

<sup>307</sup> Vgl. De Jong 1984a, p. 18.

<sup>308</sup> In Frankrijk is het recht van erfpacht uiteindelijk geregeld bij wet van 25 juni 1902. Thans wordt de erfpacht geregeld in art. 937 e.v. van de Code rural.

<sup>309</sup> Af te leiden uit de – overigens na invoering van het BW(oud) gedane – uitspraken van Hof Gelderland 4 februari 1846, *W* 723, Arbitrage Maastricht 18 september 1862, *W* 2435 en Hof Arnhem 18 februari 1914, *NJ* 1914, p. 434. Zie nader over de erfpacht ten tijde van de Code civil: Reepmaker 1931, p. 54-65.

<sup>310</sup> Aardig te vermelden is dat Kempers zoon zich, twintig jaar na de parlementaire behandeling van het eerste ontwerp, nog beklaagt over de miskennis van zijn vaders bedoelingen: “De hoofdbedoeling toch van mijnen vader was geweest, in het Wetboek te doen opnemen alle die ontwikkelingen, welke de regtsgeleerdheid der regtbanken reeds als praktische beginselen had aangenomen, of nog als zoodanig in de toepassing der Wetten door den Regter zouden kunnen worden gevolgd, ten einde hierdoor een geheel zamenstel van praktische regtsgeleerdheid te vormen, en de onzekerheid te voorkomen, in dewelke zich de Regter en de Regtsgeleerden omtrent de beginselen moeten bevinden, indien dezelve niet door de Wet zijn bepaald. Deze bedoeling nu werd door de besluiten der kamer, dat zij alle regtsontwikkelingen uit het Wetboek wilde verbannen zien, en slechts die bepalingen opnemen, welke onmiddellijk tot eene of andere regtshandeling betrekking hadden, geheel gemist.” Zie De Bosch Kemper 1836, p. 217-218.

<sup>311</sup> Van Gessel-De Roo 1991, p. 283-303

In al wat niet duidelijk geregeld is, zullen de bepalingen, bij dezen titel vastgesteld, gevolgd worden.”

Kempers regeling neemt tot uitgangspunt dat partijen de inhoud van een erfpachtverhouding zelf regelen. De wettekst kent dus enkel aanvullend recht. Opvallend is dat gesproken wordt van bevoegdheden en verplichtingen tot een nalaten én tot een doen. Deze bepaling is veelzeggend voor de manier waarop in Kempers tijd tegen de rechtsfiguur wordt aangekeken, temeer omdat in de parlementaire discussie over het wetsontwerp geen enkele kritiek wordt geuit op dit artikel.<sup>312</sup>

In Kempers tweede ontwerp, het Ontwerp 1820, bestaat de erfpachtregeling uit vierenveertig bepalingen. Art. 1306 bepaalt:

“De bepalingen van deze afdeling beletten echter de partijen niet, om, behoudens den aard van het contract en de openbare orde, de erfpacht naar hun goedvinden te regelen, en daardoor de personele actiën te wijzigen, welke uit hoofde van erfpachtgunning of aan den eigenaar of aan den erfpachter toekomen. Alleen bij het zwijgen der overeenkomst, of wanneer erfpachtsrecht buiten overeenkomst ontstaan is, wordt het daarvoor gehouden, als of de wederzijdsche regten en daaruit voortvloeiende personele actiën bij contract geregeld waren, zoodanig als de bepalingen dezer afdeling medebrengen.”

Kemper heeft zeven woorden minder nodig om hetzelfde uitgangspunt te codificeren: de afspraken van de partijen bij de vestiging van het recht, bepalen primair de inhoud van de erfpachtverhouding. Het voorbehoud is vanzelfsprekend: wanneer de rechtsverhouding in haar totaliteit niet meer als een erfpachtrecht kan worden gekwalificeerd, is het erfpachtregime daarop niet van toepassing. Ook de erfpachtregeling van 1820 wordt vrijwel kritiekloos aanvaard.<sup>313</sup> De bepaling over de partijvrijheid staat opnieuw niet ter discussie.<sup>314</sup>

#### **4. De erfpachtwet van 1825 en het BW van 1838**

##### *4.1. De wet van 1825*

Vooruitlopend op de invoering van een geheel nieuw wetboek, verschijnt al in 1824 een wet over het recht van erfpacht in het Staatsblad.<sup>315</sup> Deze wet, die met ingang van 1 januari 1825 is ingevoerd,<sup>316</sup> regelt de partijvrijheid in het zeventiende (en tevens voorlaatste!) artikel:

---

<sup>312</sup> Van Gessel-De Roo 1991, p. 288-289.

<sup>313</sup> Van Gessel-De Roo 1991, p. 283-303.

<sup>314</sup> Van Gessel-De Roo 1991, p. 288-289.

<sup>315</sup> Wet van 10 januari 1824, *Stb.* 1824, 14. Deze wet is in België nog steeds van kracht.

<sup>316</sup> Wet van 25 december 1824, *Stb.* 1824, 78.



“Al de bij dezen titel vastgestelde verordeningen zullen alleen plaats grijpen, voor zoo verre daarvan door de overeenkomsten der partijen niet is afgeweken, behoudens echter de bepalingen van art. 2 hierboven.”<sup>317</sup>

De partijvrijheid lijkt aanzienlijk beperkter te zijn dan onder de voorstellen van Kemper. Art. 17 biedt immers slechts de mogelijkheid om van de wettelijke regeling af te wijken en geeft daarmee geen grondslag voor aanvullingen op het gecodificeerde regime. Nu men evenwel kort tevoren met Kempers voorstellen hieromtrent akkoord was gegaan, rijst de vraag hoe beperkt de ingevoerde regeling moet worden begrepen.

Het antwoord op die vraag kan worden afgeleid uit de parlementaire discussie, die voorafgaat aan de invoering van de wet van 1825.<sup>318</sup> Daarin staat de vraag centraal of het recht van erfpacht zelfstandig in de wet dient te worden geregeld. Men twijfelt daarover, omdat erfpacht door sommigen wordt beschouwd als niet meer dan een langlopende vorm van huur. De discussie over de aard van het erfpachtrecht, die reeds door de Romeinen werd gevoerd,<sup>319</sup> woedt dus weer in alle hevigheid. Voor de uiteindelijke aanvaarding van de erfpachtwet speelt de in de aanvang van hoofdstuk II genoemde rede van Beelaerts van Blokland, die duidelijk maakt waar de verschillen liggen tussen de huur en de erfpacht, een uiterst belangrijke rol. Hij besteedt in het bijzonder aandacht aan de omstandigheid dat de huurder slechts een recht jegens de verhuurder krijgt, waar de erfpachter een recht krijgt op de zaak zelf. Erfpacht verschaft de grondgebruiker naar de overtuiging van Beelaerts van Blokland een aanmerkelijk stabielere rechtspositie dan huur, omdat de huurder “geen deel aan eenigen *eigendom*, geen *ius in re*” heeft.<sup>320</sup> In die stevige rechtspositie is ook het belang van het recht van erfpacht als zodanig gelegen: ze verschaft de erfpachter namelijk steeds een eigen belang bij de ontginning van de erfpachtgrond. Hij meent daarom niet alleen dat het nieuwe Burgerlijk Wetboek een regeling over erfpacht dient te bevatten, maar zelfs dat “indien de erfpachten niet zóó bekend waren, als zij sedert overoude tijden geweest zijn, men ze zou behooren uit te denken”.

De bepaling van art. 17 treft echter alleen een regeling voor afwijkingen van de wet; ze regelt niet dat ook aanvullingen op de wettekst mogelijk zijn. Hoe de omvang van die vrijheid voorafgaand aan de invoering van die wet werd gezien is met het voorgaande hooguit impliciet aan de orde geweest. Opmerkelijk is

---

<sup>317</sup> Art. 2 van de wet stelt de minimale duur van de erfpacht op zevenentwintig en de maximale duur op negenennegentig jaar.

<sup>318</sup> Zie Voorduin III, p. 513-530.

<sup>319</sup> Zie hiervóór in paragraaf 2.

<sup>320</sup> Geciteerd is de tekst, opgenomen bij Voorduin III, p. 516, inclusief de daar opgenomen cursiveringen. De (Franstalige) tekst die Beelaerts van Blokland daadwerkelijk uitgesproken heeft, is niet gepubliceerd.

dat, waar vrijwel iedere andere bepaling nog wel enige discussie wist te ontlokken, het genoemde zeventiende artikel onbesproken is gebleven.<sup>321</sup> Niettemin zijn er verschillende redenen om aan te nemen dat de heersende leer is dat ook op dit punt grote vrijheid bestaat. Ik noem in de eerste plaats de twijfel over het inhoudelijke verschil tussen huur en erfpacht. Nu de inhoud van huurverhoudingen in 1823 sterk afhangt van de daartoe opgestelde voorwaarden<sup>322</sup>, is zeer aannemelijk dat men die vrijheid ook bij erfpacht veronderstelt. Zou de inhoud van de erfpachtverhouding minder flexibel zijn, dan zou dat toch – meer nog dan het verschil in rechtspositie tussen de huurder en de erfpachter – in het oog springen, en zou Beelaerts van Blokland, die de verschillen tussen beide rechten vrij uitgebreid memoreert, ook dat aspect vermoedelijk hebben genoemd. Dat men uitging van een ruime partijvrijheid blijkt ook uit de toelichtende woorden van minister Van Maanen bij het nieuwe wet, die aangeeft dat de titel over erfpacht verkort was opgenomen uit het Ontwerp 1820.<sup>323</sup> Dat in deze verkorte versie geen bepaling staat waaruit expliciet blijkt dat aanvullingen op de wettelijke bepalingen toelaatbaar zijn, kan tegen de achtergrond van die opmerking ook worden toegeschreven aan de wens om de omvang van de wettelijke regeling beperkt te houden.

Vermeldenswaardig is ten slotte dat het opnemen van een wettelijke bepaling over de partijvrijheid in 1825 nog niet erg voor de hand ligt. Het leerstuk van het gesloten systeem van beperkte rechten komt namelijk pas later tot bloei.<sup>324</sup> Dat neemt overigens niet weg dat de wetgever van 1825 zich meer dan zijn Franse voorbeeld bewust is van het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten.<sup>325</sup> Daarbij verliest men ook zeker de noodzaak van een wettelijke bepaling niet uit het oog, waarin de mogelijkheid om rechten van de eerste categorie te vestigen wordt beperkt. Het ligt echter niet voor de hand dat men in 1823 ook voor ogen heeft hoe wezenlijk een beperking van de vrijheid bij het geven van invulling aan beperkte rechten in dat verband is.

Dat bij de invoering van de wet van 1825 grote vrijheid bestaat om de inhoud van de erfpachtverhouding in de vestigingsakte te regelen, is dus niet het directe gevolg van de bepaling in art. 17 van de wet, maar veeleer van de flexibele aard van de rechtsfiguur en van de (veronderstelde) ruimte voor die vrijheid in het rechtssysteem. Art. 17 vervult in dit verband hooguit een indirecte functie, nu die bepaling eens te meer duidelijk maakt dat het recht van erfpacht als een bijzonder flexibele rechtsfiguur moet worden beschouwd.

---

<sup>321</sup> Voorduyn III, p. 530.

<sup>322</sup> Waarover nader: Croes 1991, p. 15 e.v.

<sup>323</sup> Noordziek 1875, p. 57. Vgl. ook De Meijere 1935 die aangeeft dat de wet van 1825 is ontleend aan het Ontwerp 1820. Zie ook Treurniet 1957, p. 99.

<sup>324</sup> Zie hierna in paragraaf 5.

<sup>325</sup> Voorduyn III, p. 300. Een en ander is ook wel af te leiden uit de door Beelaerts van Blokland genoemde verschillen tussen de huurder en de erfpachter.

#### 4.2. *Het BW van 1838*

Aan het slot van art. 17 van de wet van 1825 wordt bepaald dat niet mag worden afgeweken van art. 2 van de wet. Art. 2 stelt de duur van de erfpacht op minimaal zevenentwintig en op maximaal negenennegentig jaar. Die beperking dient vooral om een onderscheid aan te brengen tussen erfpacht en huur en tussen erfpacht en grondrente, maar komt in het BW van 1838 niet terug.<sup>326</sup> De enige dwingendrechtelijke regeling van de wet van 1825 valt daarmee uit de wettelijke regeling, wat de flexibele aard van de rechtsfiguur in ieder geval niet vermindert. Voor het overige is de regeling van 1838 inhoudelijk gelijk aan die van 1825. De regeling van art. 17 komt – uiteraard zonder de hier besproken duurbeperking – terecht in het bekende art. 782 BW(oud).

### 5. **Ontwikkelingen in het rechtssysteem tot 1905**

In de negentiende eeuw komt onder invloed van de Duitse pandekstiek de gedachte tot bloei van een strak gesloten systeem van beperkte rechten. Waar de Franse wetgever nog meent dat de feodaliteit het hoofd kan worden geboden door haar eenvoudigweg te verbieden, wordt in de Duitse doctrine een fundamentele wijziging van de structuur van het vermogensrecht, met daarin een strakke scheiding tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht, noodzakelijk geacht. Von Savigny, die het BGB van 1901 uiteindelijk ontwerpt, ziet die scheiding als iets vanzelfsprekends. Hij gaat ervan uit dat men als object van een rechtsverhouding ofwel een zaak ofwel een andere persoon kan hebben. Die verschillende categorieën zijn niet van gelijke aard: een recht op een zaak houdt een mate van heerschappij in over die gehele zaak, terwijl het recht op een andere persoon in feite slechts een bepaalde handeling tot object kan hebben, aangezien heerschappij over de gehele persoon zelf – uiteraard – uit den boze is.<sup>327</sup> Die beide onderdelen van het vermogensrecht dienen volgens Von Savigny strak uit elkaar te worden gehouden, teneinde hun zelfstandigheid ten opzichte van elkaar te kunnen handhaven. De consequentie daarvan is in zijn visie dat de contractsvrijheid die het verbintenissenrecht kenmerkt, niet kan gelden in het goederenrecht.

De Nederlandse doctrine staat in de negentiende eeuw onder grote invloed van de Duitse.<sup>328</sup> Het is dan ook niet verwonderlijk dat de noodzaak van een strakke scheiding tussen goederenrecht en verbintenissenrecht ook hier steeds meer wordt benadrukt. De Hoge Raad neemt onder vigeur van de Code civil

---

<sup>326</sup> Deze termijnen waren reeds bij wet van 19 december 1833, *Stb.* 1833, nr. 65 uit de wet verdwenen. Zie nader: Voorduin III, p. 510-511 en 521. In België gelden deze termijnen nog.

<sup>327</sup> Zie nader: Smits 1996, p. 50-51, Rank-Berenschot 1992, p. 242-243 en Struycken 2007, p. 171-173.

<sup>328</sup> Zie nader Lokin 2004, p. 14-15.

echter nog een soepele houding aan<sup>329</sup> en zet deze na de invoering van het BW(oud) voort. Hij acht het in beginsel mogelijk dat rechtsopvolgers onder bijzondere titel worden gebonden aan de afspraken van hun rechtsvoorgangers. Dat baseert hij steeds op art. 1354 BW(oud):

“Men wordt verondersteld bedongen te hebben voor zichzelf en voor zijne erfgenamen en regtverkrijgenden ten ware het tegendeel uitdrukkelijk bepaald zij, of uit den aard der overeenkomst mogt voortvloeijen.”<sup>330</sup>

De vraag naar de juistheid van de koers van de Hoge Raad komt weliswaar op de agenda te staan onder invloed van de Duitse pandektistiek; uiteindelijk laat ons hoogste rechtscollege zich overtuigen door de interpretatie die Feith geeft aan art. 1122 van de Code civil, waarvan art. 1354 de vertaling is.<sup>331</sup> Feith voert tegen de oude uitleg van de Hoge Raad twee bezwaren aan. In de eerste plaats vindt hij dat de scherpe scheiding tussen het verbintenissenrecht en het goederenrecht door de heersende leer wordt doorkruist. Een dergelijke doorkruising acht Feith niet alleen ongewenst, het lijkt hem ook vreemd dat art. 1354 BW(oud) een zo verstrekkende betekenis zou hebben, terwijl de wetgever zich daarover bij de invoering van die bepaling niet heeft uitgelaten. Het tweede kritiekpunt van Feith betreft de rechtsonzekerheid die de koers van de Hoge Raad tot gevolg heeft. Hij wijst erop dat de jurisprudentie niet in algemene zin aangeeft dat overeenkomsten met betrekking tot een zaak met de eigendom van die zaak mee overgaan. Bij ieder oordeel zijn de omstandigheden van het betreffende geval van betekenis, zodat niet duidelijk is wat precies de reikwijdte van de bepaling is. Feith meent dat men voor de juiste uitleg van art. 1354 BW(oud) te rade moet gaan bij de betekenis van art. 1122 Code civil. Omdat Pothier de ontwerper is van die bepaling, acht Feith raadpleging van zijn werk de meest geëigende methode om de juiste uitleg te achterhalen, nu heldere parlementaire geschiedenis en een heldere wettekst – ook in de Code civil – ontbreken. Die methode voert tot een – in de woorden van Feith – “gewenscht resultaat, zelfs op zoo afdoende wijze, dat men zich eigenlijk gezegd er over verwonderen moet, hoe ons artikel ooit is kunnen worden misverstaan”. Uit Pothiers werk blijkt namelijk dat hij scherp onderscheid maakt tussen enerzijds stipuler (bedingen) en anderzijds promettre (beloven). Daarbij wordt onder de term stipuler – het woord dat in art. 1122 wordt gebruikt – niet het aangaan van verplichtingen be-

---

<sup>329</sup> Zie bijv. HR 28 januari 1841, *W* 1841, 157 (Leidse schouwburg).

<sup>330</sup> Zie onder meer: HR 5 mei 1865, *W* 1865, 2691; HR 24 april 1884, *W* 1884, 5031 en HR 8 januari 1897, *W* 1897, 6916. In dat laatste arrest wordt overigens al wel een beperking van de werkingssfeer van art. 1354 BW(oud) genoemd: een afspraak die in de vorm van één van de wettelijk geregelde beperkte rechten kan worden gegoten, kan niet via de weg van art. 1354 BW(oud) zakelijke werking krijgen.

<sup>331</sup> Feith 1897.

grepen, zodat moet worden aangenomen dat ook art. 1354 BW(oud) slechts bedoeld is om te bewerkstelligen dat de rechten die iemand ten aanzien van zijn zaak heeft jegens een derde overgaan op degene die de zaak onder bijzondere titel verkrijgt. Met art. 1354 wordt dan bijvoorbeeld beoogd te regelen dat rechtsoptvolgers onder bijzondere titel een beroep kunnen doen op de garanties die door hun rechtsvoorganger zijn bedongen (vgl. het huidige art. 6:251 BW). De Hoge Raad laat zich door Feith overtuigen, zo blijkt in zijn arrest van 3 maart 1905:<sup>332</sup>

de gebroeders Berlips hadden enkele percelen grond verkocht aan Blaauboer en zich daarbij verbonden om de strook grond die langs het perceel liep op te hogen en te bestraten. Enkele jaren later is die verplichting nog niet nagekomen, waarop Blaauboer van de op dat moment nog levende broer Berlips – die na het overlijden van zijn broer én zakenpartner in diens vermogensrechtelijke voetsporen getreden was – schadevergoeding vordert. Berlips heeft de te bestraten strook grond inmiddels echter verkocht aan Maks en Lucken. Hij meent dat Blaauboer niet hem maar de nieuwe eigenaren van de strook grond moet aanspreken.

In overeenstemming met de conclusie van Advocaat-Generaal Noyon, wijst de Hoge Raad de vordering van Blaauboer toe om de redenen die Feith had genoemd. De scheiding tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht is met dit oordeel duidelijker afgetekend. De vestiging van buitenwettelijke beperkte rechten wordt in ieder geval niet langer mogelijk geacht. Daarmee is de relevantie van de vraag naar de ruimte voor partijvrijheid bij de invulling van de bestaande rechten enorm toegenomen.

## **6. De partijvrijheid na Blaauboer/Berlips**

### *6.1. Algemeen*

Na het arrest Blaauboer/Berlips rijst de vraag in hoeverre het goederenrecht nog plaats biedt voor de min of meer contractuele aard van het recht van erfpacht. In deze paragraaf staat daarom centraal in hoeverre men na 1905 nog ruimte ziet voor partijvrijheid bij de invulling aan een erfpachtverhouding. Daartoe bespreek ik eerst de literatuur tot 1977, vervolgens komt het oordeel van de Hoge Raad over dit vraagstuk aan bod, dan de invoering van het thans geldende recht en ten slotte de literatuur over de omvang van de partijvrijheid onder de werking van titel 5.7 BW.

---

<sup>332</sup> HR 3 maart 1905, W 1905, 8191 (Blaauboer/Berlips).

## 6.2. De literatuur tot 1977: partijvrijheid onder het BW(oud)

### 6.2.1. De opvatting van Reepmaker

In 1931 maakt Reepmaker in zijn dissertatie *Het recht van erfpacht* terecht onderscheid tussen bedingen die afwijken van de wettelijke regeling en aanvullingen daarop.<sup>333</sup> Afwijkingen acht hij mogelijk op grond van art. 782 BW(oud), mits die er maar niet toe leiden dat de rechtsverhouding niet langer als erfpachtrecht kan worden gekwalificeerd. Vervolgens formuleert Reepmaker zes wezenskenmerken van het erfpachtrecht die weliswaar beperkt of uitgebreid mogen worden, maar niet teniet mogen gaan:

“Tot het wezen van de erfpacht nu behoort naar onze meening:

1. dat het recht betrekking heeft op onroerend goed;
2. dat aan den eigenaar een jaarlijksche som betaald wordt;
3. dat de eigenaar den eigendom van de zaak aan zich behoudt;
4. dat de erfpachter het gebruik en het genot van de zaak heeft;
5. dat de erfpachter op bijna absolute wijze over zijn recht kan beschikken;
6. dat de erfpachter petitoire en possessoire middelen heeft om zijn recht te beschermen.”

Met de invoering van het huidige BW in 1992 is de canonverplichting komen te vervallen, zodat Reepmakers tweede vereiste in ieder geval niet langer geldt. Reepmakers vijfde vereiste wordt voor het huidige recht geregeld door art. 3:83 lid 1, 5:91, 93 en 94 BW en geldt dus binnen de grenzen van die bepalingen nog steeds. De overige vier vereisten gelden voor het huidige recht onverminderd. Art. 5:85 lid 1 definieert erfpacht immers als een *zakelijk recht* (vereiste 6) dat de erfpachter de bevoegdheid geeft *eens anders* (vereiste 3) *onroerende zaak* (vereiste 1) *te houden en te gebruiken* (vereiste 4).

Ondanks de uitspraak van de Hoge Raad in Blaauboer/Berlips, bestaat volgens Reepmaker ook ruimte voor aanvullende regelingen met zakelijke werking. Dat geeft erfpacht zijn meerwaarde:

“Juist één der redenen, waarom de gemeenten erfpacht verkiezen boven verkoop, is, dat zij meenen, dat deze bijzondere bedingen bij een uitgifte in erfpacht ook latere verkrijgers van het erfpachtrecht binden, terwijl dit bij verkoop niet het geval is, vooral na de uitspraak van den Hoogen Raad betreffende art. 1354 B.W., volgens welke beslissing persoonlijke verplichtingen niet overgaan op latere rechtsverkrijgenden bij bijzonderen titel.”<sup>334</sup>

---

<sup>333</sup> Reepmaker 1931, p. 76-79.

<sup>334</sup> Reepmaker 1931, p. 78.

Aanvullende regelingen met zakelijke werking acht Reepmaker echter slechts mogelijk wanneer ze “ten nauwste met doel en strekking van het erfpachtrecht samenhangen”. Aan dat vereiste voldoen onder meer

“de bepalingen betreffende wijziging, splitsing en overdracht van het erfpachtrecht, de toestemming voor het bebouwen of verhuren van de zaak, de wijze van canonbetaling, [en] het gebruik en de bestemming van den grond”.

Niet toelaatbaar zijn volgens Reepmaker

“de bepalingen betreffende het laten bezichtigen van de zaak vóór het einde van het erfpachtrecht, het inleveren van de teekeningen enz., kadastrale opmetingen, verschillende boeten, de verplichting omtrent domiciliekeuze, enz”.<sup>335</sup>

Reepmaker staat op het eerste gezicht een relatief ruime benadering voor. Bedingen ‘betreffen’ immers snel het gebruik of de bestemming van de grond. De voorbeelden die hij noemt doen echter vermoeden dat een voldoende verband in zijn visie niet snel aanwezig is. Ook aan de eis dat bedingen ‘ten nauwste’ met doel en strekking van de erfpacht samenhangen is niet snel voldaan.

#### 6.2.2. *De opvatting van Suijling*

De gedachten van Suijling zijn in dit verband voornamelijk interessant vanwege de aandacht die hij besteedt aan het rechtskarakter van het beperkte zakelijke recht. Hij meent namelijk dat ‘de dwingende natuur van het zakenrecht’ geen ruimte laat voor invulling door de partijen die zo’n recht vestigen.<sup>336</sup> Het zakelijke recht van de erfpachter wordt naar zijn opvatting dus altijd door de wettelijke regeling bepaald. Daarnaast ziet hij echter het zakelijke recht als een bron voor een obligatoire verhouding tussen de erfpachter en de bloot eigenaar.<sup>337</sup> De vrijheid die partijen op grond van art. 782 BW(oud) krijgen om de erfpacht nader te regelen, bestaat slechts voor zover het deze obligatoire verhouding betreft. Die verhouding kan naar de opvatting van Suijling op grond van art. 782 BW(oud) naar eigen goeddunken worden geregeld, mits die regelingen maar samenhangen met het karakter van het recht van erfpacht. De opvatting van Suijling lijkt daarmee nogal conservatief.<sup>338</sup> De verbintenissen die uit die obligatoire verhouding voortvloeien, hebben echter kwalitatieve werking: zij

---

<sup>335</sup> In een later artikel komt Reepmaker nog tot de conclusie dat het niet mogelijk is om te bedingen dat de erfpacht vervalt als gevolg van niet-nakoming van verplichtingen die niet tot de erfpacht gerekend kunnen worden. Zie Reepmaker 1935.

<sup>336</sup> Suijling 1955, nr. 355. Zie over de opvatting van Suijling ook Rank-Berenschot 1992, p. 118-119.

<sup>337</sup> Suijling 1955, nr. 316.

<sup>338</sup> Vgl. o.a. Van Velten 2012, p. 540 en Vonck 2007, p. 600. Zij dichten Suijling (naar ik nu meen) ten onrechte een erg behoudende opvatting toe.

gaan dus over op rechtsopvolgers onder bijzondere titel van de erfpachter en de erfverpachter.<sup>339</sup> Het materiële verschil tussen de zakelijke last en de kwalitatieve verbintenis is als volgt: de zakelijke last drukt op de zaak en de kwalitatieve verplichting drukt op de persoon van de gerechtigde op het moment waarop de verplichting opeisbaar wordt. Illustratief is het verschil tussen de erfpachtcanon en de grondrente. De erfpachtcanon beschouwt Suijling als een kwalitatieve verplichting, omdat de schuldplichtigheid in het vermogen valt van degene die erfpachter is op het moment waarop de canon opeisbaar wordt. Wanneer die erfpachter zijn recht vervolgens vervreemt, dan wordt zijn rechtsopvolger niet voor de vervallen termijnen aansprakelijk.<sup>340</sup> Bij het recht van grondrente is dat anders.<sup>341</sup> Voor de betaling daarvan kan op grond van art. 786 BW(oud) slechts de eigendom die met dat recht belast is worden uitgewonnen. Daarmee dragen opvolgend gerechtigden de schade wanneer de eigendom vervreemd wordt voordat de grondrente is voldaan. De grondrente is dus geen kwalitatieve verplichting, maar een zakelijke last.

### 6.2.3. De preadviezen van 1957: Plantenga en Treurniet

Op 17 januari 1957 wordt het regeringsontwerp NBW met een nieuwe wettelijke erfpachtregeling ingediend bij de Tweede Kamer.<sup>342</sup> Op 21 juni van datzelfde jaar behandelt de jaarvergadering van de Broederschap der Candidaat-notarissen het preadvies *Erfpacht en erfpachtsvoorwaarden*. Daarin gaan de Amsterdamse raadsheer Plantenga en de Rotterdamse notaris Treurniet in op de grenzen van de partijvrijheid bij het geven van invulling aan erfpachtverhoudingen.

Plantenga maakt onderscheid tussen enerzijds bedingen die de wettelijke bevoegdheden van de erfpachter beperken en anderzijds aanvullende regelingen.<sup>343</sup> Bedingen van de eerstgenoemde categorie zijn op grond van art. 782 BW(oud) steeds mogelijk. Voor aanvullende bedingen is echter steeds vereist dat zij “binnen het door art. 767 B.W. (de wettelijke omschrijving van erfpacht; FJV) getrokken kader van het erfpachtrecht” blijven. Dat is volgens Plantenga het geval wanneer bedingen de erfpachtpartijen als zodanig betreffen; onvoldoende is dat ze “met het zakelijk recht in een zeker feitelijk verband staan”. De juridische status van dergelijke bedingen is volgens Plantenga die van een kwalitatieve verplichting die aan het erfpachtrecht is verbonden. Aan de hand van diverse voorbeelden verduidelijkt hij vervolgens zijn criterium. Naar zijn opvatting bestaat de mogelijkheid om de erfpachter verplichtingen op te leggen

---

<sup>339</sup> Zie Suijling 1934, nr. 15 voor zijn definitie van kwalitatieve verbintenissen.

<sup>340</sup> Zie Suijling 1955, nr. 356. Vgl. ook nr. 354. Onder het huidige recht is dat op grond van art. 5:92 lid 2 BW in de regel anders.

<sup>341</sup> Suijling 1955, nr. 573.

<sup>342</sup> *Kamerstukken II 1956/57*, 4 572, nr. 3, p. 16-17.

<sup>343</sup> Plantenga 1957, p. 28 e.v.



waarmee “een behoorlijk gebruik van het erfpachtsgoed” geregeld wordt.<sup>344</sup> Dat gaat evenwel niet zo ver dat het de erfpachter verplicht kan worden om de gebouwen op de erfpachtgrond aan te sluiten op het elektriciteits- en het waterleidingnet. Gebruiksverplichtingen van de erfpachtgrond lijkt Plantenga in de regel mogelijk te achten, echter een verplichting om de erfpachtgrond voor eigen rekening en onder persoonlijke leiding te exploiteren, gaat hem te ver.<sup>345</sup> Deze verplichting betreft namelijk primair de persoon van de grondgebruiker in plaats van de erfpachtgrond. Om die reden meent Plantenga voorts dat een verbod om elders dan op de in erfpacht uitgegeven grond te werken niet als deel van de erfpacht geldt. Bouwplichten acht hij wel mogelijk, nu die vallen “binnen de maatschappelijke functie van de grond” en “[d]e eigenaar [...] er als zodanig belang bij [heeft] dat zijn grond in overeenstemming met het doel van de uitgifte wordt bebouwd”.

Hier blijkt dat Plantenga’s eis dat bedingen de erfpachtpartijen als zodanig dienen te betreffen, praktisch geen hele grote beperking oplevert. Kennelijk kan een subjectief gekozen bestemming (‘het doel van de uitgifte’) naar zijn overtuiging bewerkstelligen dat de erfverpachter *als zodanig* bepaalde belangen krijgt. Het lijkt erop dat Plantenga met name van belang acht dat bedingen betrekking hebben op de erfpachtgrond zelf. Zolang dat het geval is, kent hij partijen grote ruimte toe bij de inrichting van hun rechtsverhouding. Eigenaardig is dan overigens wel dat een verplichting om de gebouwen op de erfpachtgrond aan te sluiten op waterleiding en elektriciteit buiten de mogelijkheden valt, omdat die “te ver buiten het regelen van een behoorlijk gebruik van het erfpachtsgoed” zou staan.

Treurniet biedt in zijn preadvies grote ruimte voor het nader regelen van erfpachtverhoudingen. Hij meent dat art. 782 BW(oud) partijen de vrijheid laat om de erfpachtvoorwaarden vrijwel geheel naar eigen inzicht vast te stellen.<sup>346</sup> De grens van die vrijheid hangt naar zijn opvatting af van het doel dat met het erfpachtrecht wordt nagestreefd: “Zeker, er is een grens – de openbare orde, het ‘wezen’ van het erfpachtrecht (gezien in het tijdsbeeld) – maar die grens zullen zij in de praktijk des levens evenmin bereiken als de zeeman de kim.” Deze benadering acht hij niet in strijd met het gesloten systeem van beperkte rechten.<sup>347</sup> Dat systeem verbiedt wel de vestiging van buitenwettelijke beperkte rechten, maar verhindert niet dat “binnen zekere grenzen, alle of sommige in dat stelsel gegroepede rechten door de partijwil worden vervormd, van gestalte worden veranderd, zodanig, dat het niettemin dezelfde zakelijke rechten blijven”. Treurniets beeldspraak doet echter vermoeden dat het bij zijn opvatting nogal meevalt

---

<sup>344</sup> Plantenga 1957, p. 56.

<sup>345</sup> Plantenga 1957, p. 57.

<sup>346</sup> Treurniet 1957, p. 99 e.v.

<sup>347</sup> Waarover kritisch: Houwing 1957, p. 279-280 en (later) Pleysier 2002, p. 46-47.

met de ‘zekere grenzen’. In zijn verdere betoog blijkt echter dat Treurniets horizon wel degelijk bereikbaar is: hij acht het bijvoorbeeld onmogelijk om rechten voor derden te bedingen als onderdeel van een erfpachtverhouding of om met zakelijke werking overdrachtsverboden te realiseren.<sup>348</sup> Verderop geeft hij vervolgens nog aan dat een beding dat de erfpachter verplicht om de inkomstenbe-inkomstenbelasting of de alimentatie die de bloot eigenaar verschuldigd is, te voldoen, geen kwalitatieve werking heeft.<sup>349</sup> Niettemin blijft de visie van Treurniet bijzonder liberaal.

#### 6.2.4. Na 1965: Van Opstall versus Beekhuis

In mei 1966 liggen op de jaarvergadering van de Broederschap der Candidaat-Notarissen opnieuw vragen voor die verband houden met de partijvrijheid bij het bepalen van de inhoud van erfpachtrechten. Ditmaal worden de preadviezen van Maeijer en Smalbraak behandeld, over *Erfdienstbaarheden en kwalitatieve verplichtingen*. Naar aanleiding van een op die jaarvergadering gerezen discussie verschijnt aan het einde van 1966 een achtdeilig artikel van Van Opstall in het *WPNR*. In dit feuilleton verdedigt hij het afsplitsingsmodel: naar zijn opvatting kunnen beperkte rechten slechts uit bevoegdheden bestaan die voorafgaand aan de vestiging van dat recht nog bij de hoofdgerechtigde lagen. Verplichtingen tot een doen kunnen naar zijn mening nooit onderdeel worden van een beperkt recht. Slechts wanneer de wet daarvoor een expliciete grondslag geeft, kunnen ze als kwalitatieve verplichting aan het beperkte recht worden gekoppeld.

Van Opstall meent dat aanvaarding van het afsplitsingsprincipe noodzakelijk is om te kunnen verklaren dat een ouder gerechtigde voorrang heeft op een jonger gerechtigde: “Door de verlening van het oudste zakelijke recht raakte de eigenaar van de zaak de in dat zakelijke recht begrepen bevoegdheden kwijt aan de daartoe gerechtigde. Daarna kon hij die bevoegdheden niet meer overdragen aan een derde.”<sup>350</sup> Dat uitgangspunt geldt naar zijn overtuiging ook onder het (destijds ontwerp-)BW, waarin in art. 3:8 wordt bepaald dat beperkte rechten zijn afgeleid uit een meer omvattend recht en men op grond van art. 3:81 lid 1 bij de vestiging van een beperkt recht binnen de grenzen moet blijven van het meeromvattende recht. Nu het meest omvattende recht, namelijk het eigendomsrecht, slechts uit bevoegdheden bestaat, kan volgens Van Opstall het beperkte

---

<sup>348</sup> Treurniet 1957, p. 106 en p. 110 e.v. Op p. 117 geeft hij nog aan dat het de erfpachter slechts obligatoir kan worden verboden om zonder toestemming van de eigenaar afstand te doen van zijn recht. Gezien de duidelijkheid die thans omtrent dit onderwerp bestaat, is dit voor mijn betoog van ondergeschikt belang. Afstand van recht dient nu immers steeds met instemming van beide partijen te geschieden. Bovendien is art. 3.4.2.11 BW, dat afstand van een beperkt recht ‘uit hoofde van de aan het beperkte recht verbonden lasten’ zonder toestemming van de eigenaar mogelijk beoogde te maken, nog voor zijn invoering geschrapt. Zie PG Boek 3, p. 404 e.v. en Smelt 2006, p. 27-29.

<sup>349</sup> Treurniet 1957, p. 175.

recht ook slechts uit bevoegdheden bestaan. Verplichtingen tot een dulden of nalaten zijn te beschouwen als een beperking van de bevoegdheden en kunnen daardoor aan de beperkt gerechtigde worden opgelegd, maar verplichtingen tot een doen zijn als onderdeel van een beperkt recht uitgesloten.

Wanneer de wettekst daarvoor een regeling geeft, is het volgens Van Opstall mogelijk dat een zakelijk gerechtigde kwalitatief gebonden wordt aan een verplichting tot een doen. Een expliciete wettelijke grondslag is noodzakelijk, omdat ook deze verplichtingen volgens Van Opstall buiten het zakelijke recht zelf staan: ze zijn met het zakelijke recht verbonden kwalitatieve verbintenissen.<sup>351</sup> Zij kunnen niet als een zakelijke last worden gezien als gevolg van de omstandigheid dat ze over onvoldoende ‘wezenskenmerken’ daarvan beschikken. Van Opstall acht het met name van groot belang dat het met die last corresponderende recht ten tijde van faillissement niet kan worden uitgeoefend alsof er geen faillissement bestaat.<sup>352</sup> Wanneer dat immers wel mogelijk zou zijn, dan zou dat eenvoudig ten koste kunnen gaan van de overige activa van de failliet. Die consequentie acht Van Opstall onaanvaardbaar. Daar komt bij dat dergelijke verplichtingen de kenmerken hebben van verbintenissen: de nakoming van verplichtingen tot het verrichten van een bepaalde handeling kan immers slechts van bepaalbare personen gevorderd worden.<sup>353</sup> Anders dan zakelijke rechten, die een objectieve rechtsplicht in het leven roepen voor een ieder, roept een recht op het verrichten van een bepaalde handeling een subjectieve verplichting in het leven. Namelijk een verplichting voor degene aan wiens zakelijke recht de verplichting verbonden is. Dat betekent dat die verplichtingen verbintenissen zijn, en *dus* geen onderdelen van het zakelijke recht.<sup>354</sup>

De argumentatie van Van Opstall bevredigt niet echt. In de eerste plaats stelt hij dat de bevoegdheden van een beperkt gerechtigde zijn verdwenen uit het moederrecht. Dat acht ik niet juist. In het geval van twee beperkte rechten met

---

<sup>350</sup> Van Opstall 1966, p. 383.

<sup>351</sup> Van Opstall 1966, p. 384.

<sup>352</sup> Van Opstall 1966, p. 407 e.v.

<sup>353</sup> Van Opstall 1966, p. 383-384. Asser/Hartkamp & Sieburgh (2012) 6-I\*, nr. 6 omschrijft de verbintenis als een vermogensrechtelijke “betrekking tussen personen [...], krachtens welke de een *gerechtigd* is tot een prestatie, waartoe de ander jegens gene *verplicht* is”. Zie voorts PG Boek 6, p. 38 alsmede o.a. Van Opstall 1973, Rank-Berenschot 1992, p. 101, Smits 2003, nr. 4 e.v. en Smelt 2006, p. 106-110.

<sup>354</sup> Voor Van Opstall is essentieel dat verbintenissen en zakelijke rechten van elkaar gescheiden worden. Zie Van Opstall 1966, o.a. op p. 383-384 en p. 473. Mijns inziens is dat niet nodig. Vgl. Sagaert 2005 en Smelt 2006, p. 13 (met verwijzing naar Eggens 1960), alsmede de eerste stelling bij zijn dissertatie: “Degene die snapt wat nu precies het verschil is tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht, heeft er niets van begrepen.” Vermeldenswaardig is nog Van Dunné 1991, p. 46: “Voor de grenzen van zakenrecht en verbintenissenrecht geldt, net als bij landsgrenzen, allereerst dat zij steeds minder duidelijk gemarkeerd zijn (je kunt gewoon doorrijden, de douane zit koffie te drinken).” Zie voor mijn opvatting hierna in paragraaf 8.2.

gelijke inhoud en afgeleid uit hetzelfde moederrecht, doet hij daarmee de rechtspositie van de jongstgerechtigde tekort. Bij het volgen van de redenering van Van Opstall zou diens recht namelijk in het geheel niet ontstaan of in ieder geval volkomen inhoudsloos zijn. Zo ver strekt de vestiging van het oudste recht niet: de enige consequentie van het bestaan van een ouder recht moet zijn dat dit voorgaat op een jonger recht.<sup>355</sup> Wanneer echter het oudere beperkte recht, om wat voor reden dan ook, ophoudt te bestaan, staat de jonger gerechtigde niets meer in de weg zijn recht ten volle uit te oefenen. Die bevoegdheden hebben in zijn recht gezeten vanaf de vestiging. Het verschil doet zich met name gevoelen als de moedergerechtigde insolvent is op het moment waarop het oudere beperkte recht eindigt. In de visie van Van Opstall zou de jonger gerechtigde op dat ogenblik zijn recht niet meer kunnen verkrijgen zonder medewerking van de curator, omdat de moedergerechtigde zelf daarover op grond van art. 23 Fw. niet meer kan beschikken. In mijn optiek mag de jonger gerechtigde zijn bevoegdheden dan wel degelijk uitoefenen: die bevoegdheden zijn vanaf de vestiging van het jongere recht (latent) in zijn recht aanwezig geweest, echter tot het einde van het oudere recht kon hij zijn recht niet aan de ouder gerechtigde tegenwerpen.

Wanneer bovendien de redenering van Van Opstall zou worden gevolgd, is onder het oude recht niet aan de conclusie te ontkomen dat het recht van grondrente geen zakelijk recht is. De kern van dat recht is immers dat de renteheffer recht heeft op de verrichting van een bepaalde prestatie, namelijk de betaling van een geldsom. Voor het nieuwe recht kan in dit verband de erfdiensbaarheid worden genoemd die uit niet meer bestaat dan uit een recht op onderhoud van het dienend erf (art. 5:71 lid 2 BW). Dergelijke rechten kunnen in de visie van Van Opstall niet als zakelijke rechten worden aangemerkt, omdat ze in de kern worden gevormd door iets wat hooguit een kwalitatieve verbintenis kan zijn. Zo bezien leidt zijn redenering tot conclusies die in strijd zijn met de voor en na 1992 geldende wettekst.<sup>356</sup>

Ook de Groningse hoogleraar Beekhuis heeft de opvatting van zijn Utrechtse collega fel bekritiseerd, allereerst in een noot onder HR 1 maart 1967, *NJ* 1968, 76 en later in zijn bewerkingen van de Asser 3-I (*Zakenrecht, Algemeen deel*).<sup>357</sup> Beekhuis meent dat de wet uitgaat van de mogelijkheid dat verplichtingen tot een doen als onderdeel van een zakelijk recht bestaan. Als voorbeeld noemt hij

---

<sup>355</sup> Anders: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 589 en Mouthaan 2012a, p. 8.

<sup>356</sup> Struycken 2007, p. 407-409 verdedigt dat 5:71 lid 2 BW op zichzelf niet met het afsplitsingsmodel in strijd is, omdat de beperkt gerechtigde ook bij die figuur in de kern slechts een 'recht' heeft (tegenover de verplichting die op de moedergerechtigde rust). Zie daarover en voor mijn overige kritiek op het afsplitsingsmodel in het algemeen, paragraaf 8.2.1.

<sup>357</sup> Zie o.m. Asser/Beekhuis, Mijnsen & De Haan (1985) 3-I, nr. 59. Mijnsen heeft de redenering van Beekhuis overgenomen in zijn bewerking: Asser/Mijnsen & De Haan (2006) 3-I, nr. 45.

daar onder meer de onderhoudsverplichting die de eigenaar van het dienende erf heeft jegens de gerechtigde tot een erfdiensbaarheid. Dat Van Opstall hierin slechts een kwalitatieve verplichting wil zien, vloeit (naar het oordeel van Beekhuis) voort uit een overschatting van de prioriteitsregel in het faillissement. Beekhuis meent dat art. 26 Fw., waarin wordt bepaald dat verbintenissen van de failliet slechts na verificatie voor voldoening in aanmerking komen, voor dergelijke verplichtingen analogisch moet worden toegepast. In zijn noot bij het arrest voegt Beekhuis daar nog aan toe dat ook omgekeerd mogelijk is dat verbintenissen niet ter verificatie behoeven te worden aangemeld, maar gewoon door de faillissementscurator moeten worden nagekomen. In het arrest had de Hoge Raad geoordeeld dat het recht op een buurweg niet kan worden beschouwd als een onderdeel van het eigendomsrecht van de rechthebbende, maar als een daarmee verbonden kwalitatief recht. Beekhuis geeft aan dat dit oordeel, wanneer tenminste de leer van Van Opstall zou worden gevolgd, het onaanvaardbare gevolg zou hebben dat de gerechtigde tot een buurweg geen gebruik mag maken van zijn recht gedurende het faillissement van de eigenaar. Na dat faillissement zou zijn recht dan weer volledig herleven. Een en ander is voor Beekhuis aanleiding om te menen dat het recht van de zakelijk gerechtigde in faillissement niet dermate sterk is als Van Opstall doet voorkomen.

### *6.3. Het oordeel van de Hoge Raad in 1977*

In 1977 heeft de belastingkamer van de Hoge Raad in zijn eerdergenoemde arrest enig inzicht gegeven in de ruimte die naar zijn oordeel bestaat voor een eigen invulling van een erfpachtverhouding:<sup>358</sup>

X verkrijgt van de Gemeente Rotterdam een erfpachtrecht op een haventerrein. In de akte van vestiging wordt bepaald dat de erfpachter jaarlijks een vergoeding verschuldigd is voor het op acht meter diepte houden van het water dat aan het haventerrein grenst. In de procedure gaat het om de (bij de heffing van overdrachtsbelasting gerezen) vraag of die vergoeding kan worden aangemerkt als onderdeel van de canon, en dus of het met die vergoeding corresponderende recht deel uitmaakt van de erfpachtverhouding. Die vraag wordt door het Hof Den Haag bevestigend beantwoord nu de verplichtingen van de gemeente “betrekking hebben op het genot, hetwelk de erfpachter van de grond zal kunnen trekken en met de geschiktheid van dit terrein voor het gebruik, waarvoor het in erfpacht is uitgegeven, in rechtstreeks verband staan”. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat het Hof aan dat oordeel terecht de conclusie verbindt dat de daar tegenover staande betalingsverplichting deel uitmaakt van de “periodieke schuldplichtigheid bedoeld in art. 11 lid 1, Wet op belastingen van rechtsverkeer”. De Hoge Raad beslist “dat immers partijen ingevolge het bepaalde in art. 782 BW vrij zijn om hun erfpachtsverhouding naar eigen goeddunken te regelen; dat zij daarbij weliswaar niet in strijd mogen komen met het wezen van het erfpachtrecht, maar daarvan onder voorschreven omstandigheden geen sprake is”.

Dit oordeel verhoudt zich niet goed met de door Van Opstall verdedigde gedachte dat goederenrechtelijke rechten, behoudens in de wet voorziene uitzonderingen, slechts uit bevoegdheden kunnen bestaan. In navolging van onder meer Reepmaker en Treurniet, neemt de Hoge Raad als criterium dat partijen niet in strijd met ‘het wezen’ van het erfpachtrecht mogen komen. Wat onder deze maatstaf moet worden begrepen, wordt niet volledig duidelijk. Het college neemt in ieder geval geen afstand van de redenering van het hof, dat voldoende is dat een beding “betrekking [heeft] op het genot, hetwelk de erfpachter van de grond zal kunnen trekken en met de geschiktheid van dit terrein voor het gebruik, waarvoor het in erfpacht is uitgegeven, in rechtstreeks verband staat”. In dat laatste klinkt door dat de geldigheid van een beding afhankelijk kan zijn van de individuele bestemming. Kennelijk is immers relevant voor welk gebruik de grond in erfpacht is uitgegeven.

Opvallend is dat het hof geen duidelijke betekenis toekent aan de omstandigheid dat de verplichting in de aan hem voorgelegde casus betrekking heeft op het erf naast de in erfpacht uitgegeven grond. De verbondenheid met het naastgelegen terrein is zelfs dusdanig sterk dat het na een overdracht van de eigendom van één van beide erven, weinig vruchtbaar is om aan te blijven nemen dat de verplichting rust op de erfverpachter (de bloot eigenaar van de in erfpacht uitgegeven grond). Op het moment dat de eigendom van het water niet meer in dezelfde handen is als de eigendom van de grond, heeft de erfverpachter immers geen enkele zeggenschap meer over het onderhoud van het water. Het is dan ook niet verwonderlijk dat Kleijn in zijn noot bij het arrest van de Hoge Raad zeer kritisch is over dit element van het oordeel. Hij meent dat de verplichting in strijd is met het wezen van het zakelijke recht als zodanig, nu die het zaaksgevolg niet onder alle omstandigheden kan delen. Hij wijst erop dat ook niet beoogd zal zijn dat de ‘erfverpachter’ aan de verplichting gebonden is: men heeft de gemeente – die behalve de erfpachtgrond, ook het waterterrein in eigendom heeft – willen binden.<sup>359</sup>

Volgens Kleijn zou een beding slechts als onderdeel van de erfpachtverhouding moeten worden beschouwd, wanneer ze de erfpachter en de erfverpachter in die hoedanigheid binden. Elders geeft hij zijn standpunt uitgebreider weer; volgens Kleijn kunnen bedingen slechts als erfpachtvoorwaarde worden beschouwd als zij “1. óf de verhouding bloot-eigenaar/erfpachter regelen 2. óf betrekking hebben op die elementen van het betreffende erfpachtobject, welke van belang zijn voor de positie van de bloot eigendom of voor de latere volle eigendom, na de beëindiging van het erfpachtrecht”.<sup>360</sup> Later voegt Kleijn daar nog aan toe dat verplichtingen tot een doen in principe niet aan een zakelijk ge-

---

<sup>358</sup> HR 16 maart 1977, *NJ* 1977, 399, m.nt. W.M. Kleijn.

<sup>359</sup> Vgl. ook Asser/Beekhuis (1983) 3-II, p. 259.

<sup>360</sup> Kleijn 1974, p. 76. Vgl. ook Kleijn 1975a, p. 23 en Kleijn 1982, p. 25-26

rechtigde kunnen worden opgelegd: “Daarvoor is toch nodig dat de toekomstige debiteur vrijwillig deze verplichtingen op zich neemt.”<sup>361</sup> De erfpachter kan echter wel verplicht worden om bepaalde handelingen te verrichten wanneer de erfverpachter daar als zodanig belang bij heeft, dus als iedere andere erfverpachter met het verrichten van die handeling ook gediend is.<sup>362</sup>

De Jong bestrijdt de kritiek van Kleijn op het arrest.<sup>363</sup> De problemen die zich voordoen wanneer de bloot eigenaar zijn recht vervreemdt, verschillen naar haar opvatting niet wezenlijk van de problemen die zich in andere gevallen kunnen voordoen. Zij stelt dat dergelijke problemen ook ontstaan wanneer een bloot eigenaar een gedeelte van een in erfpacht uitgegeven perceel vervreemdt, of wanneer een erfpachter een gedeelte van zijn recht vervreemdt. Verder stelt De Jong dat overheidslichamen de bloot eigendom van erfpachtgrond in de praktijk vrijwel nooit vervreemden: “Het zou daarom wel eens irreëel kunnen zijn om van *iedere* bloot eigenaar te eisen dat hij als zodanig aan een hem opgelegde verplichting kan voldoen.”<sup>364</sup> Tot slot voert De Jong aan dat de litigieuze verplichting in een erfdiensbaarheid had kunnen worden gegoten. Om die reden zou een dergelijk beding ook binnen een erfpachtrecht mogelijk moeten zijn.

Bij de bespreking van haar eigen opvatting over de afgrenzing van de partijvrijheid bij de inrichting van erfpachtverhouding, gaat De Jong met name in op de vrijheid onder het na 1992 ingevoerde recht.<sup>365</sup> Ik bespreek haar opvatting dan ook na op de parlementaire behandeling in te zijn gegaan.

#### 6.4. De invoering van het nieuwe BW

Het vigerende BW bepaalt in art. 3:81 lid 1 uitdrukkelijk dat slechts de in de wet genoemde beperkte rechten kunnen worden gevestigd. De consequenties van dat uitgangspunt voor de ruimte om invulling te geven aan beperkte rechten, komen bij de parlementaire behandeling van het BW expliciet aan de orde. In de Toelichting Meijers op Boek 5 wordt het uitgangspunt van het nieuwe BW uiteengezet:<sup>366</sup>

“Een door partijen geschapen recht zal derhalve alleen een zakelijk recht zijn, indien het kan worden gebracht onder de definitie van een van de in de wet geregelde zakelijke rechten. Is dit het geval, dan kunnen partijen binnen de grenzen van de wettelijke

---

<sup>361</sup> Kleijn 1979, p. 25.

<sup>362</sup> Kleijn 1979, p. 23-24.

<sup>363</sup> De Jong 1984a, p. 238-239. Zie voorts hierna in paragraaf 8.2.3.

<sup>364</sup> De Jong 1984a, p. 239. De cursivering is origineel.

<sup>365</sup> De tekst van het in te voeren Boek 5 wordt reeds in 1980 in het Staatsblad gepubliceerd. Zie de wet van 9 mei 1980, *Stb.* 1980, 431. Met name de opzeggingsregeling is nadien, bij de stofkamoperatie in 1983, overigens nog sterk gewijzigd. Zie daarover uitvoerig hierna in paragraaf 2.2 van hoofdstuk VI.

<sup>366</sup> PG Boek 5, p. 3 (TM)

definitie in beginsel aan dat recht de inhoud geven die zij wensen, behoudens de volgende restricties.

Vooreerst zijn er tal van punten, die de inhoud van het zakelijke recht nader bepalen, waarvoor de wet zelf een regeling geeft. In het Boek Zakelijke rechten nu is het systeem gekozen, dat de wettelijke bepalingen niet toelaten dat aan het zakelijk recht een andere inhoud wordt gegeven dan het volgens de betreffende bepaling zou hebben, voor zover uit de wet niet het tegendeel blijkt. Dientengevolge wordt de vrijheid van partijen om binnen de grenzen van de wettelijke definitie de inhoud van het recht zelf te bepalen, teruggebracht tot het gebied, waaromtrent de wet zich van een regeling onthoudt – waarbij echter de hierna te vermelden tweede restrictie in acht moet worden genomen –, en tot de, overigens talrijke, gevallen waarin de wet zelf een afwijkende regeling uitdrukkelijk toelaat. [...]

De tweede restrictie is dat, indien men bevoegdheden en verplichtingen, welke de wet niet regelt, tot de inhoud van het zakelijk recht wil maken, deze bevoegdheden en verplichtingen een zodanig verband moeten hebben met het zakelijke recht, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is.”

Men kiest dus voor een systeem waarin in principe de definitie van de rechtsfiguur centraal staat. Voor erfpacht wordt die definitie gegeven in art. 5:85 BW: “Het zakelijke recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken.” Mits de rechtsverhouding in de kern kan worden gebracht onder deze – vrij algemene – omschrijving, mag zij in beginsel verder de inhoud hebben die door de bij de vestiging betrokken partijen wordt gewenst. Voor het recht van erfpacht wordt met deze systematiek recht gedaan aan zijn historische aard. Zowel onder het Romeinse recht als in de Ontwerpen Kemper en het BW van 1838 wordt de rechtsfiguur immers beschouwd als een min of meer contractuele verhouding met zakelijke werking. Het is de vraag of de gestelde restricties daaraan afdoen. Het zal duidelijk zijn dat dat voor de eerste beperking sterk afhangt van de bepalingen in de wet. Wanneer die een regeling geeft zonder de mogelijkheid te bieden daarvan af te wijken, maakt die regeling immers per definitie deel uit van de goederenrechtelijke erfpachtverhouding. Dat geldt ook wanneer de wet afwijkingen niet uitdrukkelijk verbiedt, zij het dat dan wel obligatoir mag worden afgeweken. De tweede restrictie is vager: wanneer hebben bevoegdheden en verplichtingen een zodanig verband met het zakelijke recht, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is? Naar mijn mening is dat afhankelijk van de aard van de rechtsfiguur en van de ruimte die het rechtssysteem biedt. Ik kom daarop terug in paragraaf 7 en 8.



## 6.5. De literatuur over de partijvrijheid onder het huidige BW

### 6.5.1. Terug naar de opvatting van De Jong

De Jong kiest voor een benadering van de partijvrijheid die lijkt op de benadering die we eerder bij Reepmaker zagen.<sup>367</sup> Eerst noemt ze enkele wezenskenmerken, die wel mogen worden beperkt maar niet mogen worden tenietgedaan en vervolgens bespreekt ze in welke mate ze aanvullende bedingen toelaatbaar acht.<sup>368</sup> De wezenskenmerken die zij noemt zijn:

- “1. de erfpachter heeft het genot van een onroerende zaak als ware hij eigenaar, hij mag deze gebruiken en de vruchten daarvan plukken;
2. de erfpachter heeft beschikkingsmacht over zijn recht, hij mag het vervreemden en bezwaren;
3. de erfpachter staat met betrekking tot de onroerende zaak waarop zijn recht rust, in relatie tot een eigenaar/hoofdgerechtigde, welke relatie nader gestructureerd kan worden in de akte van vestiging.”

De Jong zoekt de eisen die aan een erfpachtverhouding moeten worden gesteld dus niet buiten de wettelijke definitie van art. 5:85 lid 1 BW en het karakter van het zakelijke recht. Wanneer een rechtsverhouding niet alle wezenskenmerken heeft, moet niet worden geconcludeerd tot algehele nietigheid van de verhouding, maar moet worden nagegaan of wellicht sprake is van een ander (zakelijk) recht. Zo kan het volgens De Jong mogelijk zijn dat sprake is van een hypotheek, wanneer geen of nagenoeg geen genot wordt verschaft.<sup>369</sup> Wanneer de beschikkingsmacht over het recht ontbreekt, kan sprake zijn van huur of van een recht van gebruik en bewoning, en wanneer een relatie met een eigenaar ontbreekt, dan heeft de ‘erfpachter’ wellicht zelf de eigendom. Aanvullende bedingen zijn volgens De Jong mogelijk wanneer die “betrekking hebben op *het genot van de in erfpacht uitgegeven onroerende zaak (de grond met opstallen) of de beschikkingsmacht over het recht*”.<sup>370</sup> Later voegt zij daar nog aan toe dat bedingen ook “anderszins de *goederenrechtelijke relatie* tussen erfpachter en eigenaar” mogen betreffen.<sup>371</sup> Zij acht een “min of meer rechtstreeks verband met een of meer essentialia” daarbij voldoende.

---

<sup>367</sup> Hiervóór in paragraaf 6.2.

<sup>368</sup> De Jong 1984a, p. 239-241.

<sup>369</sup> Van Velten 2012, p. 536, trekt de mogelijkheid van een kwalificatie als hypotheekrecht (mijns inziens terecht) in twijfel.

<sup>370</sup> De Jong 1984a, p. 240. De cursivering is origineel.

<sup>371</sup> De Jong 1995a, nr. 13. De cursivering is origineel. Dit standpunt is – maar dan zonder cursivering – herhaald in de meeste recente druk van dit boek, die De Jong samen met Ploeger schreef. Zie De Jong & Ploeger 2008, nr. 14.

### 6.5.2. De preadviezen van 1995: Van Velten en Huijgen

In 1995 verschijnen dan de preadviezen van Van Velten, Snijders en Huijgen over erfpacht. Van Velten en Huijgen gaan beiden in op de afgrenzing van de partijvrijheid bij de invulling van dergelijke verhoudingen.

Van Velten hanteert in zijn preadvies het criterium dat de Hoge Raad in zijn arrest in 1977 heeft gesteld: aanvullende bedingen mogen niet in strijd komen met het wezen van het erfpachtrecht.<sup>372</sup> Aan de hand van enkele voorbeeldbedingen, komt hij vervolgens tot een concretere invulling:

“Het vorenstaande kan wellicht worden samengevat in de zin, dat in het algemeen als onderdeel van de erfpachtvoorwaarden geen verplichtingen anders dan niet te doen of te dulden met zakelijke werking aan de erfpachter kunnen worden opgelegd, tenzij deze uit de wet voortvloeien, zoals de verplichting om canon te betalen of het nodige onderhoud te verrichten.

Daarbij kan men zich afvragen of de veelal opgenomen bouwplicht onder dit criterium valt. Naar mijn mening kan zo'n verplichting gebaseerd worden op art. 5:89 BW, met name lid 3 van die bepaling, waar gesproken wordt over ‘onverplicht’ aangebrachte werken (welke mogen worden weggenomen bij het einde van het recht).”

De benadering van Van Velten lijkt op het eerste oog vrij stringent: aanvullende verplichtingen tot een doen zijn slechts mogelijk wanneer die uit de wet voortvloeien. Zijn interpretatie van het begrip ‘voortvloeien’ biedt echter de nodige ruimte: de wettelijke fundering van de bouwverplichting lijkt me in ieder geval niet zo stevig als het vereiste fundament voor de praktische uitvoering daarvan.<sup>373</sup> Ook in de bespreking van de overige voorbeeldbedingen, blijkt de interpretatie van Van Velten relatief ruim: hij acht het op grond van art. 5:91 BW bijvoorbeeld mogelijk om een anti-speculatiebeding als deel van de erfpachtverhouding op te nemen.<sup>374</sup>

Huijgen sluit zich bij de opvatting van zijn mede-preadviseur aan.<sup>375</sup> Verplichtingen tot een doen zijn naar zijn mening in beginsel niet mogelijk als onderdeel van een beperkt recht, aangezien dat niet past bij het karakter van het beperkte recht als een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht. Dergelijke verplichtingen passen naar zijn opvatting bovendien niet in het goederenrecht. Voorkomen moet worden dat nieuwe vormen van horigheid ontstaan, doordat mensen als gevolg van het verkrijgen van een erfpachtrecht bepaalde diensten moeten verrichten voor de bloot eigenaar van de grond. Huijgen acht verplichtingen tot een doen als onderdeel van een erfpachtverhouding

---

<sup>372</sup> Van Velten 1995a, p. 46 e.v. Vgl. ook Van Velten 2012, p. 540 e.v.

<sup>373</sup> Vgl. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels (2008) 5\*, nr. 217, waar bewerker Bartels het ‘vergezocht’ noemt om de wettelijke basis voor een bouwplicht te zoeken in art. 5:89 lid 3 BW.

<sup>374</sup> Van Velten 1995a, p. 48.

<sup>375</sup> Huijgen 1995, p. 155 e.v.

om die reden slechts mogelijk wanneer de wet daarvoor de mogelijkheid schept. Hoewel Huijgen zich aansluit bij de opvatting van Van Velten, lijkt zijn benadering uiteindelijk strenger te zijn. Waar Van Velten redelijk snel aanneemt dat bepaalde verplichtingen tot een doen uit de wet ‘voortvloeiën’, richt de benadering van Huijgen zich veel sterker op de scheiding tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht en op het belang van het voorkomen van nieuwe feodale verhoudingen. Die benadering leidt er bijvoorbeeld toe dat Huijgen het niet mogelijk acht om in het kader van een erfpachtverhouding de verplichting op te leggen om ratten te verdelgen. Het criterium van Van Velten staat een dergelijke verplichting, als ‘voortvloeiend’ uit de mogelijkheid om de erfpachter te verplichten het nodige onderhoud te verrichten, vermoedelijk wel toe.

De Jong heeft zich, zowel in haar monografie over erfpacht en opstal (waarvan de meest recente druk mede door Ploeger is bewerkt)<sup>376</sup> als in haar bespreking van de preadviezen in het *WPNR*<sup>377</sup>, kritisch uitgelaten over de (in haar optiek) behoudende benadering van de beide preadviseurs. De kern van haar kritiek is dat de wet en de parlementaire geschiedenis niet noodzaken tot het maken van onderscheid tussen aanvullende verplichtingen tot een doen en aanvullende verplichtingen tot een dulden of nalaten bij het bepalen van de omvang van de partijvrijheid. Naar haar opvatting is dat onderscheid terug te voeren op “(verouderde) theoretische concepten over de aard van het beperkte recht in verhouding tot de eigendom”.<sup>378</sup> Volgens De Jong verbiedt het gesloten systeem van beperkte rechten primair de vestiging van beperkte rechten die de wet niet noemt, zonder daarmee af te doen aan de elasticiteit van de rechten die de wet wél regelt: “Het relationele of obligatoire karakter van de beperkte rechten geeft hiertoe immers de mogelijkheid.”<sup>379</sup> Het volgen van de starre benadering van Huijgen en Van Velten is naar de opvatting van De Jong bovendien praktisch ongewenst.<sup>380</sup>

---

<sup>376</sup> De Jong 1995a, nr. 13, herhaald in De Jong & Ploeger 2008, nr. 14.

<sup>377</sup> De Jong 1995b, p. 525-526.

<sup>378</sup> De Jong 1995a, nr. 13. Deze passage is overigens geschrapt in De Jong & Ploeger 2008, nr. 14. Met de verouderde theoretische concepten doelt De Jong vermoedelijk op de eerder besproken benadering van Van Opstall, waarvan de juistheid in de parlementaire geschiedenis (PG Boek 5, p. 257-258) is ontkend. Vgl. De Jong 1995b, p. 525. Later heeft Struycken 2007, p. 406 e.v. de juistheid van de opmerkingen in de parlementaire geschiedenis overigens weer in twijfel getrokken.

<sup>379</sup> De Jong 1995b, p. 526. Op de plaats van de asterisk verwijst De Jong naar Schoordijk 1992, wiens opvatting op dit punt vergelijkbaar is met de hare.

<sup>380</sup> Vgl. ook Berger 1995, p. 992, die daar overigens vermeldt dat Van Velten bij de bespreking van de preadviezen op de jaarvergadering wat water bij de wijn heeft gedaan. In Van Velten 2012, p. 540-544 is daarvan overigens niets te merken: de passage over de omvang van de partijvrijheid is (vrijwel) identiek aan de tekst hierover in het preadvies.

### 6.5.3. De opvatting van Pleysier

De opmerkingen van De Jong hebben Pleysier niet kunnen overtuigen. In zijn studiepocket over erfpacht en opstal geeft hij er, in navolging van Van Velten en Huijgen, blijk van weinig moeite te hebben met aanvullende verplichtingen tot een dulden of nalaten. Met het toelaten van verplichtingen tot een doen moet echter ook naar zijn mening terughoudend worden omgegaan. Pleysier baseert zijn opvatting in de eerste plaats op het karakter van het beperkte recht in ons rechtssysteem.<sup>381</sup> Omdat art. 3:8 BW bepaalt dat beperkte rechten zijn afgeleid uit meer omvattende rechten, meent hij dat een erfpachtrecht niet meer kan inhouden dan de eigendom en dat dus, gezien het feit dat de eigendom in de regel geen verplichtingen in zich heeft, ook het opleggen van verplichtingen aan de erfpachter in beginsel niet tot de mogelijkheden behoort. Daarnaast ziet Pleysier in de regeling van art. 3:81 lid 1 BW, waarin wordt bepaald dat beperkte rechten binnen de grenzen van het moederrecht moeten blijven, een wettelijke grond om aan te nemen dat het aftrekprincipe moet worden gevolgd. Het laatste argument waarom volgens Pleysier terughoudend moet worden omgegaan met het toelaten van verplichtingen tot een doen als onderdeel van een erfpachtverhouding, betreft het risico van overbelasting van grond.

Aan sommige verplichtingen tot een doen kan naar de overtuiging van Pleysier toch kwalitatieve werking toekomen: “Zo wil ik niet tornen aan de kwalitatieve werking van de verbintenis tot betaling van de canon.”<sup>382</sup> Pleysier erkent, kortom, de bevoegdheid van de wetgever om bepaalde kwalitatieve verplichtingen tot een doen te creëren.<sup>383</sup> Opmerkelijk is dat Pleysier van een wat ruimere benadering lijkt blijk te geven in het tot 2010 door hem bewerkte losbladige commentaar *Zakelijke rechten*.<sup>384</sup> Daar geeft hij aan dat kwalitatieve verplichtingen tot een doen soms mogelijk zijn wanneer men kan ‘aanhaken’ bij in de wet genoemde verplichtingen tot een doen. Een kwalitatieve verplichting tot het verdelgen van ratten, blijkt Pleysier hier – anders dan eerder Huijgen – toch mogelijk te achten. Verder meent hij dat het mogelijk moet zijn om de erfpachter kwalitatief te verplichten om de zaak te verzekeren of om de erfpachter van een terrein met de bestemming ‘ijsbaan’ te verplichten daadwerkelijk een ijsbaan aan te leggen.<sup>385</sup>

### 6.5.4. De opvatting van Struycken

Struycken toont zich in zijn dissertatie *De numerus clausus in het goederenrecht* eveneens voorstander van een terughoudende benadering. Hij meent dat in be-

---

<sup>381</sup> Pleysier 2002, p. 1-2 en p. 40 e.v.

<sup>382</sup> Pleysier 2002, p. 42.

<sup>383</sup> Pleysier 2002, p. 62.

<sup>384</sup> A.J.H. Pleysier, *GS Zakelijke rechten*, losbl. (tot 2010), *Erfpacht algemeen*, aant. 2.65.2.

<sup>385</sup> Dat laatste blijkt uit Pleysier 2007a, nr. 15.

ginsel geen ruimte bestaat voor verplichtingen tot een doen als onderdeel van een beperkt recht. Dat uitgangspunt vloeit voort uit het door hem voorgestane ‘substractieprincipe’, dat inhoudelijk vergelijkbaar is met het eerder door onder meer Van Opstall en Pleysier verdedigde aftrekprincipe.<sup>386</sup> Struycken leidt de toepasselijkheid van een dergelijk principe uiteindelijk af uit zijn conclusie dat in het wettelijk stelsel meer in het algemeen het “net rond verplichtingen tot een doen strak is getrokken”.<sup>387</sup> Daarbij wijst hij onder meer op de regeling van art. 6:252 BW. In die bepaling heeft de wetgever de mogelijkheid om kwalitatieve verplichtingen te bedingen bewust beperkt tot verplichtingen tot een dulden of nalaten. Struycken behandelt ook het genoemde arrest ‘Blaauboer/Berlips’, waarin de Hoge Raad de kwalitatieve werking van de litigieuze verplichting ontkende, onder meer omdat het een verplichting betrof tot een actief handelen. De ratio van het substractieprincipe is volgens Struycken – die zich daarmee aansluit bij Kleijn – met name gelegen in ethische overwegingen: verplichtingen tot een doen zijn in beginsel te belastend voor gebondenheid van personen die daarmee niet uitdrukkelijk hebben ingestemd.<sup>388</sup> Daarmee refereert hij direct aan de ratio van het gesloten systeem van beperkte rechten.<sup>389</sup>

Struycken meent derhalve dat verplichtingen tot een doen in beginsel slechts als onderdeel van een beperkt recht toelaatbaar zijn, wanneer de wet daarvoor een basis geeft. Enige ruimte kan nog worden gevonden in de relativering die volgt: “Denkbaar is dat voor een bepaalde aanvullende bevoegdheid of verplichting gezien de maatschappelijke gebruiken ten aanzien van deze algemene uitgangspunten wordt afgeweken.”<sup>390</sup> Als voorbeeld noemt hij de mogelijkheid om een zekerheidsgever te verplichten het aan de zekerheid onderworpen goed adequaat te verzekeren.

#### 6.6. Tot slot

In de afgelopen paragrafen is besproken hoe de juridische aard van het recht van erfpacht zich mettertijd heeft ontwikkeld. Daarbij is duidelijk geworden dat erfpacht aan het begin van de 19<sup>e</sup> eeuw gelijk wordt gesteld met een obligatoire verhouding. Bij de parlementaire behandeling van de erfpachtregeling in het BW(oud) staan de overeenkomsten en de verschillen tussen erfpacht en – de dan nog nauwelijks dwingendrechtelijk geregelde – huur centraal. De gelijkenis bestaat erin dat de wederzijdse rechten en verplichtingen met betrekking tot de erfpachtgrond vrij kunnen worden geregeld; het verschil betreft de stevige rechtspositie van de erfpachter als zakelijk gerechtigde.

---

<sup>386</sup> Struycken 2007, p. 401 e.v.

<sup>387</sup> Struycken 2007, p. 412.

<sup>388</sup> Struycken 2007, p. 428.

<sup>389</sup> Zie hierna in paragraaf 8.3.4.

<sup>390</sup> Struycken 2007, p. 429.

Dat de goederenrechtelijke aard van de rechtsverhouding ook de mogelijkheden beperkt om inhoud te geven aan de erfpacht, komt pas later prominent op de agenda te staan. In het bijzonder na het arrest Blaauboer/Berlips wordt hevig gediscussieerd over de omvang van de partijvrijheid. De wettelijke regeling toont zich, voornamelijk door de bepaling in art. 782 BW(oud), nog steeds bijzonder flexibel, echter die flexibiliteit moet worden gerijmd met het gesloten systeem van beperkte rechten. Niet de aard van de rechtsfiguur, maar het systeem waarin deze functioneert draagt zo de argumenten aan voor beperkingen: aanvullende regelingen dienen in een zeker verband te staan tot de wettelijke regeling of men mag niet in strijd komen met het wezen van het beperkte recht.

Bij de invulling van dat criterium laten veel auteurs zich door de systematiek van het recht leiden, zo blijkt uit de aandacht die onder meer Suijling, Van Opstall, Kleijn, Huijgen en Pleysier besteden aan de plaats van het beperkte recht in ons rechtssysteem. Met name zakelijke verplichtingen tot een doen leveren volgens hen problemen op. Volgens bijvoorbeeld Struycken en Kleijn kunnen dergelijke verplichtingen in beginsel geen onderdeel zijn van een goederenrechtelijke verhouding, omdat zij te belastend zijn om van rechtswege over te kunnen gaan op rechtsopvolgers onder bijzondere titel. De rechtspraak wil evenwel weinig weten van de verschillende beperkingen: om deel uit te maken van de erfpachtverhouding is voldoende dat een beding betrekking heeft “op het genot, hetwelk de erfpachter van de grond zal kunnen trekken en met de geschiktheid van dit terrein waarvoor het in erfpacht is uitgegeven, in rechtstreeks verband staan”, zonder dat daarbij onderscheid wordt gemaakt tussen actieve en passieve verplichtingen.

Voor het geldende recht moet, volgens de wetgever, het ‘voldoende-verbandvereiste’ worden gehanteerd.<sup>391</sup> Het precieze verschil tussen het ‘wezenscriterium’ en het ‘voldoende-verbandvereiste’ is niet duidelijk: ‘strijd’ lijkt op het eerste gezicht wat minder snel aanwezig dan ‘onvoldoende verband’, hoewel men even goed vol kan houden dat het verband ‘onvoldoende’ is, wanneer ook sprake is van ‘strijd’. Niettemin vind ik het voldoende-verbandvereiste aansprekender, met name omdat daarmee in terminologisch opzicht meer aansluiting wordt gezocht bij de wettelijke regeling zelf. Dat past in de structuur van het huidige regime, waarin de contouren van het recht van erfpacht duidelijker zijn afgetekend dan in het oude recht. Niettemin zijn beide criteria uitzonderlijk vaag: uiteindelijk draait het daarom niet om de keuze van het criterium, maar om de vraag hoe men het gekozen criterium interpreteert.

---

<sup>391</sup> De Hoge Raad volgt dit criterium in 1981 (dus nog onder het oude BW, maar nadat het criterium in de parlementaire behandeling aan de orde was gekomen) in een uitspraak over de omvang van de partijvrijheid bij de inrichting van een opstalverhouding: HR 11 maart 1981, *NJ* 1982, 76.

Het geldende recht neemt tot uitgangspunt dat slechts de beperkte rechten kunnen worden gevestigd die de wet als zodanig noemt. Daar staat tegenover dat men – bewust<sup>392</sup> – een relatief flexibele erfpachtregeling heeft ingevoerd. Het ‘starre’ systeem en de ‘flexibele’ aard van erfpacht moeten dus met elkaar in evenwicht worden gebracht: de balans ligt daar waar het geven van de partijvrijheid die bij de erfpacht past, aanvaardbaar is tegen de achtergrond van de ratio van het gesloten systeem. Teneinde tot een concrete afgrenzing te kunnen komen, analyseer ik in de komende paragrafen eerst nader welke ruimte de aard van de rechtsfiguur feitelijk biedt. Vervolgens toets ik de aanvaardbaarheid van het geven van die ruimte aan het systeem van het recht.

## **7. De ruimte voor partijvrijheid en de aard van de rechtsfiguur**

In paragraaf 6.4 van dit hoofdstuk gaf ik al aan dat de wetgever met de invoering van titel 5.7 BW de flexibele aard van het erfpachtrecht geen geweld heeft willen aandoen. Niettemin zijn er belangrijke verschillen tussen de oude erfpachtregeling en het huidige regime. Het belangrijkste betreft de structuur van de wettelijke regeling. Art. 782 BW(oud) staat afwijking toe van iedere wettelijke bepaling. De enige grens onder dat regime is de logische grens dat men de verhouding zo moet vormgeven dat deze nog als erfpachtverhouding kan worden aangemerkt. Zelfs een ‘onschendbare’ definitie is onder het BW(oud) echter niet gegeven: ook van art. 767 BW(oud) mag worden afgeweken. Zo zullen er diverse erfpachtverhoudingen zijn gevestigd die de erfpachter niet het ‘vol genot’ van de grond geven of waarin de erfpachtcanon aanmerkelijk meer inhoudt dan een ‘erkenning van eens anders eigendom’.<sup>393</sup> Wat precies moet worden verstaan onder het ‘wezen’ van de erfpacht wordt in die systematiek overgelaten aan de doctrine en de rechtspraak.

In het huidige recht is het ‘skelet’ van het erfpachtrecht duidelijker vastgelegd: art. 5:85 lid 1 BW geeft een dwingendrechtelijke definitie en voor het overige is bij iedere bepaling afzonderlijk vermeld of daarvan mag worden afgeweken. De verschillen tussen het oude en het nieuwe recht hebben bij Treurniet en Plantenga de vrees opgewekt dat de partijvrijheid met de invoering van de nieuwe wet aanzienlijk kleiner zou worden. Plantenga baseert zich daar-

---

<sup>392</sup> Vgl. behalve de eerder vermelde passages uit de parlementaire geschiedenis (PG Boek 5, p. 294 e.v.), ook meer algemeen PG Boek 3, p. 310 (VV II): “Men zoek de oplossing van door een al te begrensde regeling dreigende problematiek in het scheppen van voldoende ruimte voor constellaties, waarvoor het beperkt zakelijk recht een gewenst onderdak biedt.”

<sup>393</sup> De enige mij bekende auteur die daar problemen mee heeft, is De Meijere 1935. Met name Treurniet vindt zich daarover nogal op: “Wat zou er van ons erfpachtrecht zijn geworden als Mr. De Meijere honderd jaar eerder had geleefd en op haar instigatie het volle genot en

bij rechtstreeks op het wegvallen van een regel als art. 782 BW(oud).<sup>394</sup> Treurniet ziet de dwingendrechtelijke bepalingen in het BW als “eenodeloos tot stilstand brengen van de ontwikkeling der zakelijke rechten en daarenboven ondoordacht”.<sup>395</sup> Hun vrees is voor enkele parlementariërs reden om de minister opheldering te vragen over de afgrenzing van de partijvrijheid. Ook zij vrezen dat het wegvallen van art. 782 BW(oud) de partijvrijheid zou verkleinen, terwijl “[h]et gesloten stelsel der zakelijke rechten [...] voldoende [is] verankerd, doordien definities worden opgenomen van erfpachtsrecht en opstalrecht” en men “binnen de grenzen van die definities [...] dan een grote mate van vrijheid [kan] laten”.<sup>396</sup> Daarop legt de minister uit dat “[i]n wezen [...] geen wijziging gebracht wordt in het [...] bestaande recht” en doet hij het wegvallen van art. 782 BW(oud) en het in plaats daarvan bij ieder artikel afzonderlijk aangeven wat de afwijkingmogelijkheden zijn, af als “zuiver een kwestie van wetstechniek”.<sup>397</sup>

Die benadering acht ik juist. Zoals ik hiervóór<sup>398</sup> al aangaf, heeft art. 782 BW(oud) vooral een indirecte functie bij het bepalen van de ruimte om invulling te geven aan een erfpachtverhouding. Uiteindelijk vloeit die ruimte voort uit het systeem en uit de aard van de rechtsfiguur. Art. 782 BW(oud) – dat slechts spreekt van de mogelijkheid af te wijken van de wettelijke regeling – is geen rechtstreekse grondslag voor aanvullingen op het wettelijk regime, maar geeft het erfpachtrecht mede zijn flexibele karakter. Het wegvallen van die bepaling heeft zo gezien geen gevolgen voor de omvang van de partijvrijheid, mits de flexibele aard van de rechtsfiguur in het nieuwe regime maar op een andere wijze tot uitdrukking komt. Wanneer we de erfpachtregeling van titel 5.7 BW nader bekijken, valt op dat art. 5:85 lid 1 BW een bijzonder ruime definitie geeft. Anders dan art. 767 BW(oud), spreekt de bepaling niet van het ‘vol genot’, en zwijgt ze ook over de verplichte canon.<sup>399</sup> Art. 5:85 lid 1 BW stelt, behalve dat erfpacht een zakelijk recht is, niet meer dan dat het betrekking heeft op de onroerende zaak van een ander en dat de erfpachter de zaak mag houden en

---

de vaste onveranderlijke canon waren gedecreteerd tot bestanddelen van het wezen van de erfpacht? Een museumstuk.” Zie Treurniet 1957, p. 177.

<sup>394</sup> Plantenga 1957, p. 86-88.

<sup>395</sup> Treurniet 1957, p. 177. Vgl. ook het advies van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten over de erfpachttitel in het ontwerp-BW, afgedrukt in *De Nederlandse Gemeente* 1955, p. 558-559.

<sup>396</sup> PG Boek 5, p. 294 (VV II).

<sup>397</sup> PG Boek 5, p. 297 (MvA II).

<sup>398</sup> Zie paragraaf 4.1 van dit hoofdstuk.

<sup>399</sup> Voor de goede orde merk ik op dat Treurniet en Plantenga hun kritiek nog op een eerder ontwerp richten, met een aantal dwingendrechtelijke bepalingen die in de uiteindelijk ingevoerde regeling niet zijn opgenomen. Zo bepaalt de concept-definitie indertijd nog dat de erfpachter periodiek een canon verschuldigd is. Ook is de erfverpachter onder dat regime pas tot opzegging bevoegd wanneer de canon vijf jaar lang niet is betaald (in plaats van de twee jaar in het uiteindelijk ingevoerde art. 5:87 lid 2 BW).



gebruiken. Bij verdere lezing van titel 5.7 BW blijkt vervolgens dat het genot van de erfpachter in de vestigingsakte mag worden beperkt.

Kortom, de wetgever lijkt in zijn streven te zijn geslaagd de flexibele aard van de erfpacht te behouden. Dat blijkt ook uit de rest van de erfpachtregeling. Die bevat nergens dwingendrechtelijke bepalingen omtrent de feitelijke bevoegdheden ten aanzien van de zaak en maakt het zelfs mogelijk om de overdraagbaarheid, die de rechtsfiguur op grond van art. 3:83 lid 1 BW heeft, te beperken. Waar titel 5.7 BW dwingendrechtelijke bepalingen geeft, zien die vrijwel steeds op de rechtspositie van de erfpachter bij het einde van zijn recht.<sup>400</sup> Zo zijn de opzegmogelijkheden in art. 5:87 BW gedeeltelijk dwingendrechtelijk geregeld, is het onder omstandigheden mogelijk dat de erfpacht doorloopt na het verstrijken van de duur waarvoor het recht gevestigd is, heeft de erfpachter op grond van art. 5:99 BW soms dwingend recht op een vergoeding van de aangebrachte opstallen en heeft hij op grond van art. 5:100 BW een retentierecht tot het moment dat deze vergoeding is betaald. Kortom, de rechtspositie van de erfpachter bij het einde van zijn recht, die overigens al bij de invoering van het BW(oud) een belangrijke reden is om ondanks het bestaan van het recht van huur ook een regeling voor erfpacht in te voeren, lijkt bij de invoering van het huidige BW te zijn verstevigd. De ruimte om de rechtsfiguur een eigen invulling te geven is voor het overige niet beperkt en op sommige terreinen – in het bijzonder de mogelijkheid geen canonverplichting in de vestigingsvoorwaarden op te nemen – zelfs uitgebreid.<sup>401</sup>

De flexibele aard van het erfpachtrecht geeft reden om relatief gemakkelijk aan te nemen dat een beding voldoende verband heeft met de erfpachtverhouding om als onderdeel daarvan te worden behandeld. Voor zover bedingen geen afbreuk doen aan de dwingendrechtelijke bescherming die de erfpachter op sommige terreinen – met name ten aanzien van de beëindiging – geboden wordt, kan worden volstaan met de eis *dat* zij redelijkerwijs zijn te beschouwen als een nadere regeling van de betreffende erfpachtverhouding. De in de akte van vestiging opgenomen bedingen die rechtstreeks op grond van de wet zijn toegelaten, vormen daarbij naar mijn mening het uitgangspunt.

---

<sup>400</sup> Voor art. 5:92 lid 3 BW geldt dat niet.

<sup>401</sup> Ook de door Plantenga 1957, p. 86 genoemde passages uit de parlementaire geschiedenis (PG Boek 5, p. 4, onder 10) doen daaraan niet af, nu daar – anders dan Plantenga aangeeft – niet meer wordt gezegd dan dat de wettelijke bepalingen slechts aan de kant mogen worden gezet, wanneer de wet ook daarvoor een grondslag geeft. Wanneer de wet een bepaald onderwerp niet regelt, geldt slechts dat het beding “een zodanig verband moet hebben met het zakelijke recht, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is” (PG Boek 5, p. 3). Dat lijkt, gezien de ruime definitie in art. 5:85 lid 1 BW en de grote partijvrijheid die voor het overige wordt geboden, snel het geval te zijn.

Staat een aanvullende regeling in duidelijk verband met een dergelijke, door de wet toegelaten, bepaling, dan lijkt mij sprake van voldoende verband.<sup>402</sup> Ik doel daarmee ook op regelingen die ertoe leiden dat een opgenomen erfpachtvoorwaarde beter tot haar recht komt. Om een voorbeeld te geven: nu op grond van de wettekst kan worden geregeld dat de erfverpachter recht heeft op afgescheiden vruchten, kan ook geregeld worden dat de erfpachter van een tuin gehouden is om een deel van de op de erfpachtgrond gevallen appels op gezette tijden aan de grondeigenaar te doen toekomen. Dat deze benadering grote ruimte biedt om een eigen invulling te geven aan een erfpachtverhouding, vloeit met name voort uit de door art. 5:89 lid 1 BW geboden mogelijkheid om een bestemming in de zin van een wijze van gebruik, te bepalen. De bestemming zelf kan immers vrij worden gekozen. Daar komt bij dat relatief belastende onderdelen van een individuele erfpachtverhouding vrij snel kunnen worden beschouwd als een nadere regeling van juist de bestemming. Wanneer bijvoorbeeld een stuk grond in erfpacht is uitgegeven met de bestemming ‘woningbouw’, kan een bouwplicht als een nadere regeling worden gezien. Een ander voorbeeld is een verplichting om een drainage aan te leggen in geval van een sportveld of een terrein met agrarische bestemming.

Een zekere terughoudendheid moet worden betracht in geval van bedingen die betrekking hebben op een van de dwingendrechtelijke regelingen in titel 5.7 BW. Wanneer bijvoorbeeld de erfverpachter op grond van art. 5:99 BW dwingendrechtelijk verplicht is om bij het einde van de erfpacht een vergoeding te betalen, kan het functioneel zijn om in de vestigingsakte te regelen op welke manier de hoogte van de vergoeding precies zal worden bepaald. Een dergelijk beding is slechts geldig voor zover het niet afdoet aan het recht van de erfpachter op de werkelijke *waarde* van hetgeen door hem is aangebracht.

Bij de toepassing van het hier geformuleerde criterium kan de geldigheid van een beding afhankelijk zijn van de specifieke bestemming.<sup>403</sup> Dat leidt ertoe dat bepaalde bedingen in sommige erfpachtverhoudingen wel en in andere niet zijn toegelaten. De verplichting om een drainagesysteem aan te leggen bijvoorbeeld, zal in geval van een agrarische bestemming wel zijn toegelaten en in geval van een kantoorbestemming niet. Een dergelijk flexibele afgrenzing van de partijvrijheid is naar mijn mening toch gerechtvaardigd. In feite wordt deze benadering in het standaardarrest over dit onderwerp uit 1977 ook gehanteerd. De kwalificatie van de litigieuze verplichtingen als erfpachtvoorwaarde wordt

---

<sup>402</sup> Enigszins anders lijkt de visie die wordt verdedigd in Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels (2008) 5\*, nr. 217, waar voldoende verband wordt verlangd met het wezen van de erfpacht, welk ‘wezen’ vervolgens wordt gekarakteriseerd als de wettelijke omschrijving van het recht in art. 5:85 BW. In paragraaf 9 bespreek ik een aantal voorbeelden om inzichtelijk te maken op welke wijze de door mij voorgestane benadering moet worden begrepen.

<sup>403</sup> Vgl. ook Struycken 2007, p. 400.

immers gebaseerd op de omstandigheid dat zij “met de geschiktheid van het terrein voor het gebruik, waarvoor het in erfpacht is uitgegeven, in rechtstreeks verband staan”.<sup>404</sup> De regeling van art. 5:97 lid 1 BW laat zien dat ook de wetgever een rol ziet weggelegd voor de omstandigheden van het concrete geval: de mogelijkheid om erfpachtbedingen na verloop van tijd succesvol aan te vechten hangt daar immers sterk van af. De eerder genoemde flexibele interpretatie van het voldoende-verbandvereiste is zo gezien niet alleen historisch gegrond; ze past ook goed in de opzet van de wettelijke erfpachtregeling van nu.

## **8. De ruimte voor partijvrijheid in het systeem van het recht**

### *8.1. Algemeen*

In paragraaf 7 is betoogd dat de aard van het erfpachtrecht weinig beperkingen oplegt voor een nadere regeling van die erfpachtverhouding. Op zichzelf was dat na de in paragraaf 6 besproken literatuur te verwachten. Voor zover immers een beperktere afgrenzing wordt verdedigd dan ik hierboven aangaf, is dat terug te voeren op argumenten die zijn ontleend aan het systeem van het recht. Dat systeem zou met name in de weg staan aan het opnemen van verplichtingen tot een actief handelen, die niet in overeenstemming te brengen zouden zijn met het karakter van het beperkte recht als recht dat is afgesplitst uit een meeromvattend recht of met het gesloten systeem van beperkte rechten als zodanig. In deze paragraaf toets ik in hoeverre het rechtssysteem in de weg staat aan het toekennen van een ruime partijvrijheid. Daartoe ga ik allereerst in op de plaats van het beperkte recht in ons rechtssysteem en bespreek ik vervolgens de ratio van het gesloten systeem van beperkte rechten.

### *8.2. De plaats van het beperkte recht in het systeem*

#### *8.2.1. Het beperkte recht als afsplitsing van een meer omvattend recht?*

Diverse auteurs hebben in het verleden het ‘afsplittingsmodel’ verdedigd: het recht van erfpacht is afgesplitst uit het eigendomsrecht en kan daarom – net als zijn moederrecht – in beginsel slechts uit bevoegdheden bestaan. Verplichtingen tot een dulden of nalaten – die immers als een beperking van de bevoegdheden zijn te beschouwen – zijn daarom toegestaan, maar verplichtingen tot een doen zijn uit den boze. De afsplittingsgedachte wordt veelal gebaseerd op de regels van art. 3:8 en art. 3:81 lid 1 BW. Daarin wordt bepaald dat beperkte rechten zijn afgeleid uit meeromvattende rechten en dat men bij de vestiging van een beperkt recht binnen de grenzen van het moederrecht dient te blijven.

---

<sup>404</sup> HR 16 maart 1977, NJ 1977, 399, m.nt. W.M. Kleijn.

Bij nadere beschouwing is twijfelachtig of een beperkt recht kan worden gezien als een recht dat is afgesplitst uit het moederrecht.<sup>405</sup> Voor het oude recht heb ik daarover bij de bespreking van de opvatting van Van Opstall in paragraaf 6.2.4 al enkele opmerkingen gemaakt. Ook met het huidige regime vind ik het afsplitsingsprincipe moeilijk in overeenstemming te brengen. Behalve de al in paragraaf 6.2.4 gememoreerde gebrekkige verenigbaarheid met de positie van degenen met een jonger recht, is in het bijzonder art. 5:71 lid 2 BW moeilijk te plaatsen. Die bepaling maakt zelfs een erfdiensbaarheid mogelijk die uit niets meer bestaat dan een verplichting tot een actief handelen.

Tegen de onverenigbaarheid van art. 5:71 lid 2 BW met het afsplitsingsprincipe, brengt Struycken in dat de verplichting niet op de beperkt gerechtigde rust, maar op de moedergerechtigde.<sup>406</sup> Wat wordt afgesplitst, is de bevoegdheid van de eigenaar om *geen* onderhoud te plegen. Ik vind dat een bezwaarlijke gedachtegang. Daarin worden wel erg bijzondere constructies als afsplitsing geaccepteerd. De afsplitsing van bevoegdheden die feitelijk het recht inhouden op de nakoming van actieve verplichtingen, komt daarmee niet zonder meer in strijd. Het genoemde voorbeeld laat dat al zien, maar ook het afsplitsen van de bevoegdheid om op een stuk grond *geen* winkelcentrum geopend te houden of van de bevoegdheid om daar *geen* wekelijkse logeerpartij voor een derde te organiseren, is met Struyckens afsplitsingsbegrip verenigbaar. Nu hoeft dat op zichzelf geen bezwaar te zijn, omdat die rechten zich niet in een van de in de wet genoemde beperkte rechten laten verpakken. Maar, wat te denken van het ten behoeve van een erfpachter afsplitsen van de bevoegdheid om wekelijks een viergangendiner voor de grondeigenaar op het erf te organiseren, zonder dat hem ook de bevoegdheid wordt toegekend om de eigenaar eens *niet* uit te nodigen? Kortom, het afsplitsingsmodel kan alleen worden verenigd met art. 5:71 lid 2 BW, indien zeer gemakkelijk van een afsplitsing wordt gesproken. Consequentie daarvan is echter dat men aan de door Struycken gepropageerde functie van het model – te voorkomen dat zaken zonder wettelijke grondslag worden belast met verplichtingen tot een actief handelen – voorbij schiet.

Dat art. 5:71 lid 2 BW niet met het afsplitsingsprincipe in overeenstemming is, wil niet onmiddellijk zeggen dat dit principe in het geheel niet aan ons wettelijk systeem ten grondslag ligt. Het is de enige bepaling in ons BW die voorziet in de mogelijkheid een zakelijk recht te vestigen dat bestaat uit louter het recht op nakoming van een actieve verplichting en men kan zich best een systeem voorstellen met een enkele uitzondering op de hoofdregel. Niettemin kan men

---

<sup>405</sup> Zie uitgebreid Mollema 2013, die de gedachte bestrijdt dat een beperkt recht zou zijn te beschouwen als een recht dat is afgesplitst uit een meer omvattend recht. Omdat ik pas kort voor het ter perse gaan van dit werk met het onderzoek van Mollema bekend werd, kon ik haar proefschrift niet meer gedetailleerd in deze paragraaf verwerken.

<sup>406</sup> Struycken 2007, p. 407-409.

dat – aangenomen dat de keuze voor het ene of het andere model vooral een kwestie van conceptuele helderheid is<sup>407</sup> – beter vermijden.<sup>408</sup>

Het komt correcter voor uit te gaan van een systematiek waarin het beperkte recht het karakter heeft van een zelfstandig recht dat naast het eigendomsrecht op de zaak rust en met dat eigendomsrecht concurreert.<sup>409</sup> De betekenis van de term ‘afgeleid’ in art. 3:8 BW is dan niet dezelfde als die van de term ‘afgesplitst’. Art. 3:8 en art. 3:81 lid 1 BW strekken mijns inziens niet verder dan dat ze de gerechtigde tot het meeromvattende recht verplichten om bij de regeling van de machtsverhouding niet buiten de bevoegdheden te treden die hij zelf – al dan niet latent<sup>410</sup> – heeft. De eigenaar kan een erfpachter dus verplichten om de grond te bebouwen, aangezien hij zelf ook de bevoegdheid heeft dat te doen. Heeft een erfpachter echter niet de bevoegdheid tot bebouwing, dan heeft hij niet de mogelijkheid op zijn recht een vruchtgebruik te vestigen met een bouwplicht.

### 8.2.2. *De relatie tussen de grondeigenaar en de erfpachter*<sup>411</sup>

#### 8.2.2.1. **Algemeen**

De vestiging van een beperkt recht resulteert in een bijzondere rechtsverhouding tussen de hoofdgerechtigde en de beperkt gerechtigde. Zowel het afsplitsingsmodel als het hier verdedigde systeem waarin verschillende zelfstandige rechten op één zaak kunnen rusten, hebben voor die verhouding geen oog. De verhouding is wel interessant: zijn op de relatie tussen de erfpachter en de bloot eigenaar enkel de regels van toepassing die het erfpachtrecht kent, of mag men zich ook beroepen op de regels van het verbintenissenrecht? En wat in het geval dat de erfpachter of de bloot eigenaar failliet gaat? Als goederenrechtelijk gerechtigde kan men zijn recht aan eenieder tegenwerpen, dus ook aan de overige schuldeisers en aan de curator van de gefailleerde ‘wederpartij’, maar betekent dit ook dat van een faillissementscurator onverkort nakoming kan worden verlangd van alle verplichtingen die kleven aan de goederenrechtelijke positie van de gefailleerde? Die vraag is van belang bij de beantwoording van de vraag in hoeverre met name verplichtingen tot een doen als onderdeel van een goederenrechtelijk recht aanvaardbaar zijn. De nakoming van deze verplichtingen raakt namelijk – anders dan verplichtingen tot een dulden of nalaten – niet alleen de met het goederenrechtelijke recht belaste zaak, maar (mogelijk) ook de rest van

---

<sup>407</sup> Struycken 2007, p. 366.

<sup>408</sup> Bovendien is de splitsingsgedachte – als gezegd – mijns inziens moeilijk verenigbaar met de positie van degenen met een beperkt recht dat later is gevestigd dan een ander recht. Zie hiervóór in paragraaf 6.2.4.

<sup>409</sup> Vgl. De Jong 2006a, nr. 77 e.v. Daarover uiterst kritisch: Snijders 2006, p. 834-835.

<sup>410</sup> Vgl. hiervóór in paragraaf 6.2.4.

<sup>411</sup> Delen van deze paragraaf zijn eerder verschenen in Vonck 2010.

de boedel.<sup>412</sup> Voor Rank-Berenschot, die meent dat goederenrechtelijke verplichtingen in beginsel onverkort door de curator moeten worden nagekomen, is dat reden om kritisch te staan tegenover de mogelijkheden om verplichtingen te erkennen als onderdeel van een beperkt recht.<sup>413</sup>

### 8.2.2.2. De relatie tussen de rechthebbende en zijn goed

Tussen goederenrechtelijke rechten en verbintenisrechtelijke rechten bestaat een principieel onderscheid. Een verbintenisrechtelijk recht bestaat slechts ten opzichte van een individuele wederpartij, terwijl een goederenrechtelijk recht de gerechtigde een directe band verschaft met het object waarop zijn recht is gevestigd.<sup>414</sup> Derden die iets te maken krijgen met deze objecten, dienen de goederenrechtelijke rechten die daarop rusten dan ook te respecteren. Doen zij dat niet, dan maken zij een inbreuk in de zin van art. 6:162 BW. De derde die daarentegen een verbintenisrechtelijk recht van iemand anders frustreert, door de uitoefening daarvan tegen te houden, handelt niet per definitie onrechtmatig.<sup>415</sup> Of dat het geval is, hangt ervan af of hij door die handelwijze ook de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW schendt. Niettemin zal een inbreuk op de eigendom door een derde, in principe tevens onrechtmatig zijn jegens de obligatoire gebruiker van het object.<sup>416</sup> Het belang van die tussenstap wordt duidelijk

---

<sup>412</sup> Vgl. Du Perron 1999, p. 3.

<sup>413</sup> Rank-Berenschot 1992, p. 143.

<sup>414</sup> Vgl. Du Perron 1999, p. 3.

<sup>415</sup> Uitzonderingen zijn de rechten van huur en pacht, waarop wel een inbreuk gemaakt kan worden. Zie – met verwijzingen – Asser/Hartkamp & Sieburgh (2011) 6-IV\*, nr. 46.2. Die uitzondering geldt echter niet voor alle bijzondere bevoegdheden van huurders en pachters. Schending van het voorkeursrecht van de pachter werd door Hof Amsterdam 16 januari 1980, *NJ* 1981, 476 slechts als wanprestatie aangemerkt

<sup>416</sup> Van Es 2005, p. 276 e.v. spreekt in dit verband van een inbreuk op een recht, die maatschappelijk onzorgvuldig is ten opzichte van deze gebruiker, waarbij de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm volledig wordt bepaald door de verhouding tussen de inbreukmaker en de eigenaar. Mijn probleem met die formulering is dat zij suggereert dat ook de regel dat men geen inbreuk mag maken op andermans recht, te kwalificeren is als een zorgvuldigheidsnorm, zoals dat o.a. is bepleit door Smelt 2006, i.h.b. in de tweede stelling bij diens proefschrift. Het problematische aan die gedachte vind ik dat heel wel situaties denkbaar zijn waarin een gedraging een inbreuk maakt op een subjectief recht, terwijl redelijkerwijs niet kan worden volgehouden dat ook een zorgvuldigheidsnorm geschonden is. Vgl. de voorbeelden die hierna in paragraaf 9 aan de orde komen. Mijns inziens kan de categorie ‘inbreuk op een recht’ beter worden gereserveerd voor dat soort van gevallen, waarin een toets aan een zorgvuldigheidsnorm achterwege moet blijven. In gevallen waarin zo’n toets wél moet worden uitgevoerd, heeft het weinig toegevoegde waarde om ook nog eens te spreken van een rechtsinbreuk. De argumenten die Smelt 2006 p. 52 daartegen inbrengt – de bewijslast is bij het inbreukcriterium lichter, terwijl bovendien de onrechtmatigheid van een rechtsinbreuk in principe op voorhand vaststaat – zijn m.i. niet overtuigend, omdat die voordelen juist bestaan indien en voor zover de kwalificatie ‘rechtsinbreuk’ niet afhankelijk is van de schending van een zorgvuldigheidsnorm. Zie nader over deze materie o.a. Brunner 1991 en Sieburgh 1997.

in de situatie waarin niet een derde, maar de curator in het faillissement van de eigenaar de rechten van de obligatoir gerechtigde frustreert: deze maakt geen inbreuk op het recht van de eigenaar. Of zijn gedrag niettemin onrechtmatig is, moet worden beoordeeld aan de hand van de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW. In principe pleegt hij echter niet meer dan wanprestatie en wordt de gerechtigde doorverwezen naar de verificatievergadering.<sup>417</sup>

Een inbreuk op een obligatoir recht is wel mogelijk door bijvoorbeeld beslag te leggen op een vordering, terwijl men zelf geen vordering op de beslagene heeft. In zo'n geval wordt de externe kant van de vordering geraakt: niet de verhouding tussen de debiteur en de crediteur, maar die tussen de crediteur en diens vermogensrecht. Aldus bezien kleven ook aan iedere obligatoire verhouding aspecten, die door eenieder gerespecteerd moeten worden. Het omgekeerde geldt in goederenrechtelijke verhoudingen. De verplichtingen die daarvan onderdeel zijn, hebben soms meer weg van verbintenissen: ze leggen geen last op eenieder, maar bepalen slechts de verhouding tussen de hoofdgerechtigde en de beperkt gerechtigde.

### **8.2.2.3. De relatie tussen de hoofd- en de beperkt gerechtigde**

Een interessante vraag is in dit kader hoe de interne verhouding tussen een eigenaar en een beperkt gerechtigde moet worden gezien. Pleegt ook een beperkt gerechtigde, die de bevoegdheden die in zijn recht besloten liggen overschrijdt, daarmee slechts een onrechtmatige daad? Als voorbeeld noem ik de opstalgerechtigde die de eigendom heeft van een onder het maaiveld gelegen parkeergarage. Het daarboven gebouwde kantorencomplex is eigendom gebleven van de grondeigenaar, maar de eerste verdieping is inmiddels zonder titel in gebruik genomen door genoemde opstaller. In zo'n geval zal duidelijk zijn dat het gedrag van de opstaller in de eerste plaats is aan te merken als een rechtsinbreuk.<sup>418</sup> Immers, voor ieder ander die dergelijk gedrag vertoont is sprake van een inbreukmakende handeling, dus waarom zou dat voor de opstalgerechtigde niet zo zijn? Hij schendt hier de objectieve rechtsplicht zich te onthouden van een inbreuk op het recht van de eigenaar.

Daarmee is echter nog niet gezegd dat het daarbij blijft. Zou ten behoeve van de parkeergarage geen opstalrecht gevestigd zijn, maar een huurovereenkomst, dan had de huurder – behalve een onrechtmatige daad – ook wanprestatie gepleegd jegens zijn verhuurder. De gevolgen daarvan worden in de eerste plaats beheerst door de bijzondere huurwetgeving in titel 7.4 BW, maar in belangrijke mate ook door de algemene verbintenissenrechtelijke regels van Boek 6 BW. Niet valt in te zien waarom dat met betrekking tot goederenrechtelijke verhoudingen anders moet zijn: het heeft geen goede zin om de verhouding tussen bijvoor-

---

<sup>417</sup> Vgl. HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155.

beeld een huurder en een verhuurder principieel anders te zien dan de relatie tussen een erfpachter en een bloot eigenaar, wanneer de materiële rechtvaardiging daarvoor ontbreekt. De interne verhouding tussen de beperkt gerechtigde en de bloot eigenaar laat zich, in de woorden van Rank-Berenschot, het best omschrijven als “een kwalitatief bepaalde obligatoire gebondenheid”.<sup>419</sup> Schoordijk spreekt van een “puur obligatoire overeenkomst, die krachtens de wet in een goederenrechtelijk jasje is gestoken”.<sup>420</sup>

De obligatoire aard van de goederenrechtelijke verhouding blijkt vooral bij de verplichtingen tot een actief handelen die op de hoofd- of beperkt gerechtigde rusten. Van deze verplichtingen heeft in de parlementaire discussie voorafgaand aan de invoering van het BW vooral de periodieke canonverplichting de aandacht gekregen: maakt degene die zijn canon niet betaalt, een inbreuk op het recht van de grondeigenaar of is zijn gedraging slechts te beschouwen als de schending van een kwalitatieve verbintenis? De wetgever gaat uit van het laatste.<sup>421</sup>

Voor de gekozen kwalificatie van deze betalingsverplichtingen is veel te zeggen. Dit soort van verplichtingen zijn immers geen objectieve rechtsplichten (die op eenieder rusten), maar bij uitstek verbintenissen: vermogensrechtelijke betrekkingen, krachtens welke de één (de eigenaar) jegens de ander (de erfpachter) tot een prestatie (betaling van de canon) gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is.<sup>422</sup> Onder die omschrijving valt niet alleen de canonverplichting: ook andere verplichtingen tot een doen, die deel uitmaken van de goederenrechtelijke verhouding tussen de beperkt gerechtigde en de bloot eigenaar (onderhoudsplichten, bouwplichten etc.), hebben typisch het karakter van kwalitatieve verbintenissen: net als de verplichting tot betaling van de erfpachtcanon, vormen zij enerzijds mede de inhoud van het goederenrechtelijke recht – met als gevolg dat zij overgaan op rechtsopvolgers onder bijzondere titel – maar zijn zij anderzijds (kwalitatieve) verbintenissen.<sup>423</sup>

Gevolg van die karakterisering is naar mijn mening dat de nakoming van dit soort van verplichtingen niet met een zakelijke actie kan worden afgedwongen.

---

<sup>418</sup> Vgl. Hof Amsterdam 27 oktober 1938, *NJ* 1939, 42.

<sup>419</sup> Rank-Berenschot 1992, p. 321, aan wier opvatting in dit opzicht geen recht lijkt te zijn gedaan door Schoordijk 1992 en Van Velten 2012, p. 549 e.v. Vgl. Brunner 1998, p. 75-77 en Struycken 2007, p. 445-446.

<sup>420</sup> Schoordijk 1992 p. 1205. In dezelfde zin: Van Velten 2012, p. 550. Vgl. ook De Jong & Ploeger 2008, nr. 40.

<sup>421</sup> PG Boek 5, p. 302. Vgl. (voor het oude recht) ook Maeijer 1966, p. 28.

<sup>422</sup> Deze omschrijving is ontleend aan Asser/Hartkamp & Sieburgh (2012) 6-I\*, nr. 6.

<sup>423</sup> Vgl. Van Es 2005, p. 242-243, die enkele verplichtingen tot een actief handelen uit het burenenrecht bespreekt. Deze verplichtingen zijn volgens hem verbintenissen uit de wet en geen rechtsplichten om andermans eigendom te respecteren. Daaraan doet niet af dat de burenenrechtelijke verplichtingen deel uitmaken van het eigendomsrecht. Vgl. voor dat laatste PG Boek 5, p. 175.



In het faillissement van de erfpachter zal de grondeigenaar zijn vordering tot voldoening van een verbintenis op de voet van art. 26 Fw. ter verificatie moeten indienen.<sup>424</sup> De wettelijke erfpacht- en opstalregeling houdt daarmee rekening, door rechtsopvolgers onder bijzondere titel aansprakelijk te houden voor de canon- of retributiermijnen die opeisbaar zijn geworden in de vijf jaar voorafgaand aan de overdracht van het beperkte recht (art. 5:92 lid 2 jo. 104 lid 1 BW).

De beperkte afdwingbaarheid van actieve goederenrechtelijke verplichtingen in faillissement wordt niet door iedereen onderschreven. Rank-Berenschot verdedigt bijvoorbeeld dat uit de karakterisering van een verplichting als onderdeel van een goederenrechtelijk recht, logisch voortvloeit dat de nakoming van die verplichtingen ook in het geval van faillissement met voorrang kan worden afdwongen.<sup>425</sup> Bartels en Tweehuysen hebben datzelfde standpunt, zij het dat zij een uitzondering aanvaarden voor de uit het goederenrechtelijke recht voortvloeiende verplichtingen tot betaling van een periodieke geldsom.<sup>426</sup> Deze standpunten overtuigen mij niet. In ieder geval voor de verplichting tot betaling van de erfpachtcanon heeft de wetgever de karakterisering van als kwalitatieve verbintenis gekozen. In de wettekst komt dat niet tot uitdrukking in een expliciete bepaling – in dat geval had men kunnen spreken van een uitzondering op de hoofdregel – maar blijkt dat uit een artikel dat de gevolgen van deze karakterisering mitigeert. Daarmee vloeit het karakter van de verplichting niet uit de wettekst voort, maar veeleer uit de systematiek van (in ieder geval) titel 5.7 BW. Het ligt dan in de rede om andere verplichtingen in de relatie tussen de erfpachter en de grondeigenaar eveneens als kwalitatieve verbintenissen aan te merken.

---

<sup>424</sup> Zie in gelijke zin voor de kwalitatieve verbintenis ex. art. 6:252 BW: Van Oostrom-Streep 2006, p. 164-165, Beversluis 2008, p. 216-218 en Van Zanten 2012, p. 278-281. Dat strookt met de regel in art. 35a Fw, die wel de rechtsovergang van deze verbintenissen beoogt te waarborgen, maar daarmee nog niet per se voorrang in faillissement. Die voorrang wordt overigens wel verdedigd door Wessels 2012, nr. 2352. Onzeker zijn S.C.J.J. Kortmann en S.E. Bartels, *JOR* 2007/76 (annotatie bij HR 3 november 2006). Betwijfeld wordt in de literatuur verder of de curator de kwalitatieve verbintenissen ook op zodanige wijze mag schenden dat daardoor in feite ook de rechtsovergang illusoir wordt. Men denke bijvoorbeeld aan de schending van een kwalitatief sloopverbod. Van Oostrom-Streep 2006, p. 165 neemt aan dat de curator zo ver niet mag gaan. Zie ook Van Oostrom-Streep 2007, p. 669. Uitdrukkelijk anders Beversluis 2008, p. 217-218 en Van Zanten 2012, p. 281. In art. 5.1.1. sub h van het Voorontwerp voor een nieuwe Insolventiewet wordt de verplichting tot nakoming van kwalitatieve verbintenissen ex art. 6:252 BW overigens zonder meer als boedelschuld aangemerkt. Bedacht moet echter worden dat het bij deze verbintenissen steeds om verplichtingen tot een dulden of nalaten gaat, terwijl – als gezegd – in ons recht ook kwalitatieve verbintenissen voorkomen die verplichten tot een actief handelen.

<sup>425</sup> Rank-Berenschot 1992, p. 143. Zij erkent overigens wel het karakter van de canonverplichting als kwalitatieve verbintenis (p. 140), echter zij bepleit een uniforme behandeling van verplichtingen in faillissement, “ongeacht of zij als echt zakelijk beding, dan wel als kwalitatieve verbintenis worden gekwalificeerd” (p. 334).

<sup>426</sup> Bartels & Tweehuysen 2012.

Dat doet bovendien recht aan de regel dat uit goederenrechtelijke rechten voor derden geen rechtsplichten tot een actief handelen voortvloeien, behoudens de plicht om een goed aan de rechthebbende terug te geven.<sup>427, 428</sup>

### 8.2.3. *Het beperkte recht en de diepte van het vaarwater*

De regel van art. 3:81 lid 1 BW, op grond waarvan beperkte rechten ‘binnen de grenzen van het moederrecht’ moeten blijven, verzet zich ertegen dat bedingen onderdeel worden van een erfpachtverhouding, wanneer zij bevoegdheden betreffen die niet besloten liggen in het eigendomsrecht waarvan de erfpacht is afgeleid. Daarmee rijst de vraag of het beding in het in paragraaf 6.3 besproken arrest uit 1977 inderdaad kan worden gezien als onderdeel van de erfpachtverhouding. Dat beding verplicht de erfverpachter om het naast de erfpachtgrond gelegen (hem toebehorende) vaarwater op een diepte van acht meter te houden. Hem is dus een verplichting opgelegd met betrekking tot een ander erf dan de erfpachtgrond. Dat past niet goed bij de aard van het beperkte recht. Partijen hebben hier niet de erfpachtverhouding zelf geregeld: de strekking van die bepaling zal niet zijn geweest dat de erfverpachter van de grond aan de bepaling gebonden is. Bedoeld is de Gemeente Rotterdam, die eigenaar is van het vaarwater, tot dat onderhoud te verplichten en niet om de verplichting over te laten gaan op opvolgende eigenaren van de erfpachtgrond; die hebben immers geen enkele bevoegdheid ten aanzien van dat water. Het standpunt van Kleijn, dat het beding niet als nadere regeling van de erfpachtverhouding bedoeld is en zich slecht verhoudt tot de aard van het beperkte recht in ons rechtssysteem, moet dan ook worden onderschreven.<sup>429</sup>

Nu kan men geneigd zijn om het niet zo problematisch te achten dat het beding in dit arrest wel als onderdeel van de erfpachtverhouding wordt gekwalificeerd. Zo voert De Jong aan dat gemeenten de bloot eigendom van grond in de regel niet vervreemden aan derden.<sup>430</sup> Dat moge op zichzelf juist

---

<sup>427</sup> Vgl. Van Es 2005, p. 242, met verwijzing naar Rank-Berenschot 1992, p. 36-38 en 42-45.

<sup>428</sup> In Vonck 2010 verdedigde ik reeds dat met de rechtsplicht tot teruggave de verplichting vergelijkbaar is die welke aan de orde is in HR 30 oktober 2009, *NJ* 2010, 96: de verplichting van de pandgever om aan de pandhouder informatie te verstrekken over de vorderingen waarop het pandrecht rust, opdat laatstgenoemde deze kan innen. Blijkens het arrest moet deze (actieve) verplichting ook door de curator van de pandgever worden nagekomen. Bartels & Tweehuysen 2012, p. 78 zien in dat arrest steun voor hun standpunt dat alle goederenrechtelijke verplichtingen door de curator nagekomen moeten worden. Als eerder verdedigd, deel ik die opvatting niet. Ik meen zelfs dat het arrest er blijk van geeft dat de Hoge Raad zeer terughoudend is met het accepteren van verplichtingen tot een actief handelen ten laste van de overige schuldeisers van de failliet. Ons hoogste rechtscollege verplicht immers de pandhouder tot het voldoen van de kosten die gepaard gaan met de vervaardiging van de pandlijst. Zie over het arrest ook Struycken & Van Zanten 2010, p. 67-68.

<sup>429</sup> W.M. Kleijn in zijn noot bij HR 16 maart 1977, *NJ* 1977, 399.

<sup>430</sup> De Jong 1984a, p. 239.

zijn; de Hoge Raad roept echter een criterium in het leven dat voor iedere erfpachtverhouding van toepassing is. De gemeentelijke erfpacht is in ons rechtssysteem immers geen aparte rechtsfiguur naast de ‘gewone’ erfpacht.

Stel bijvoorbeeld dat X twee aangrenzende percelen (perceel A en perceel B) grond in eigendom heeft en hij op perceel B een recht van erfpacht vestigt ten behoeve van Y. De bestemming van de erfpacht is ‘bewoning’. Om te voorkomen dat Y onvoldoende zonlicht krijgt op zijn terras, wordt X in de vestigingsakte verplicht om perceel A niet hoger dan tien meter te bebouwen. Het beding heeft zonder meer betrekking op het genot dat Y van perceel B zal kunnen trekken en staat duidelijk in rechtstreeks verband met de geschiktheid van dat terrein voor het gebruik waarvoor het in erfpacht is uitgegeven. Bij het hanteren van het criterium dat in het arrest wordt gehanteerd, zal dit beding dus als een onderdeel van de erfpachtverhouding moeten worden aange-merkt. Als X echter de eigendom van perceel A vervreemdt aan Z, waarna Z besluit om de grond wél hoger te bebouwen, dan heeft Y niet meer dan een recht op schade-vergoeding van X. Wanneer X de bloot eigendom vervreemdt van perceel B, dan zal hij vermoedelijk nog steeds gebonden zijn aan zijn verplichtingen jegens Y, hoewel hij dan volledig buiten de erfpachtverhouding staat.

De Jong stelt verder dat de problemen die zich kunnen voordoen wanneer de erfverpachter de bloot eigendom vervreemdt, niet wezenlijk verschillen van de problemen die zich voordoen wanneer een bloot eigenaar of een erfpachter een gedeelte van zijn recht vervreemdt: “Ook in die gevallen zullen de eigenaren resp. erfpachters ter zake van hun relatie naar de erfpachter resp. eigenaar dikwijls het een en ander moeten regelen. Het feit dat er het een en ander geregeld zou moeten worden behoeft mijns inziens echter niet te verhinderen dat een dergelijk complex van rechten en verplichtingen tot het zakelijk recht behoort.”<sup>431</sup> Ook dat argument overtuigt niet, omdat bij een splitsing per definitie het registergoed betrokken is waarop de last in de registers is ingeschreven. Wanneer derhalve bij die splitsing ‘het een en ander geregeld moet worden’, dan zal de betrokken notaris dat (moeten) opmerken. Wanneer echter een erfpachtvoorwaarde betrekking heeft op een terrein waarop het erfpachtrecht niet staat ingeschreven, en dat terrein wordt vervreemd, lijkt het mij waarschijnlijk dat er in veel gevallen niets geregeld wordt. Vervreemding van het openbare vaarwater door de Gemeente Rotterdam laat zich misschien moeilijk denken, echter vervreemding van perceel A in het besproken voorbeeld, is aanmerkelijk minder onwaarschijnlijk.

Behalve dat in geval van een splitsing veel waarschijnlijker is dat de regelingen die nodig zijn ook feitelijk worden getroffen, is een regeling dan ook minder snel noodzakelijk.

---

<sup>431</sup> De Jong 1984a, p. 239.

Stel dat perceel A en perceel B in het hiervóór besproken voorbeeld samen één erf (erf AB) vormen en dat de erfpacht op dat erf is gevestigd. Het genot van Y is daarbij beperkt tot perceel B, terwijl X het volle genot behoudt van perceel A, met dien verstande dat hij als erfverpachter gehouden is om dat gedeelte niet hoger dan tien meter te bebouwen. Alle verplichtingen betreffen nu de in erfpacht uitgegeven grond, terwijl de situatie de facto niet verschilt van de situatie in de hiervóór besproken casus. Vervolgens draagt X de eigendom over van perceel A, waardoor twee onroerende zaken ontstaan. Uitgaande van de in de literatuur verdedigde gedachte dat deze overdracht tot gevolg heeft dat ook de erfpacht wordt gesplitst in twee rechten,<sup>432</sup> zal in deze situatie moeten worden bezien welk beperkte recht nog rust op perceel A.<sup>433</sup> Dit recht kan niet langer als een erfpachtrecht worden gekwalificeerd, maar heeft wel de eigenschappen van een erfdiensbaarheid.<sup>434</sup> Dat is dan ook het recht dat Y wél heeft op perceel A. In zoverre bestaat er een verschil met de situatie in de eerste casus. Daar is de last in de openbare registers immers slechts op perceel B ingeschreven. Wanneer dan een erfdiensbaarheid zou worden aangenomen op perceel A, zou de rechtstoestand van dat perceel afhangen van de ingeschreven feiten op een ander perceel. Dat gaat wel erg ver. Opvolgend gerechtigden tot perceel A zouden dan immers bijzonder veel moeite moeten doen om te achterhalen wat hun aanvullende verplichtingen (tot een doen!) zijn.<sup>435</sup>

Het past niet goed in het systeem van het (register)goederenrecht dat als onderdeel van het erfpachtrecht bevoegdheden kunnen worden toegekend of afgenomen die een van beide gerechtigden heeft in andere hoedanigheid dan erfpachter of erfverpachter.<sup>436</sup> Een dergelijke mogelijkheid is evenmin verenigbaar met de aard van het erfpachtrecht als een rechtsverhouding die het genot regelt van een bepaald stuk grond en met de in art. 3:81 lid 3 BW gestelde eis dat het beperkte recht binnen de grenzen moet blijven van het moederrecht. Om

---

<sup>432</sup> Zie o.a. Tweehuysen 2011, betwist door Verstappen 2011. In de visie van Verstappen blijft de erfpacht als één recht in stand, dat op beide stukken grond rust.

<sup>433</sup> Vgl. o.a. De Jong 1984a, p. 240 en De Jong 1995a, nr. 11. Zie ook hiervóór in paragraaf 6.5.1.

<sup>434</sup> Ook de verplichting van de Gemeente Rotterdam in het arrest van 16 maart 1977 had in een erfdiensbaarheid gegoten kunnen worden. De gemeente had dan op het waterperceel een erfdiensbaarheid moeten vestigen die inhield dat de erfpachter van het haventerrein recht heeft om het naastgelegen water te bebaren met schepen die een diepte nodig hebben van acht meter. Daaruit zou dan voor de gemeente automatisch de verplichting voortvloeien om die diepte in stand te houden. De vergoeding zou dan als retributie voor die erfdiensbaarheid moeten worden aangemerkt. Vgl. De Jong 1984a, p. 239 (die in deze mogelijkheid – mijns inziens ten onrechte – een extra argument ziet om de verplichting ook als onderdeel van een erfpachtverhouding te aanvaarden). Anders evenwel: Kleijn in zijn noot bij het arrest. Gezien het bepaalde in art. 5:71 lid 2 BW kan voor het geldende recht weinig twijfel meer bestaan over de mogelijkheid van een erfdiensbaarheid. In dezelfde zin ook Struycken 2007, p. 416-417.

<sup>435</sup> Een dergelijk verstrekkende betekenis komt art. 3:23 BW ook blijkens de parlementaire geschiedenis niet toe. Zie PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1101 (Nota II).

<sup>436</sup> De eis van een duidelijk en concrete band tussen de verplichting en de onroerende zaak is ook wel bepleit met het oog op de wens nieuwe horigheden te voorkomen. Zie Maeijer 1966, p. 50.

die redenen zou steeds gewaarborgd moeten zijn dat iedere erfpachtvoorwaarde de machtsverhouding betreft ten aanzien van de in erfpacht uitgegeven zaak. In de in paragraaf 7 verdedigde interpretatie van het voldoende-verbandvereiste komt dat vereiste niet scherp tot uitdrukking. Op basis van dat criterium zou men kunnen aannemen dat een regeling die wel in verband staat met een erfpachtvoorwaarde die op basis van de wettekst is toegelaten, maar feitelijk betrekking heeft op een andere rechtsrelatie dan de erfpachtverhouding, toch onderdeel van het erfpachtrecht kan zijn. Zowel het litigieuze beding uit het in 1977 gewezen arrest van de Hoge Raad als het beding in de besproken casus zou bijvoorbeeld als onderdeel van de goederenrechtelijke erfpachtverhouding gezien kunnen worden.

Het aanvullende vereiste trekt de status van verschillende, in de praktijk nogal eens voorkomende, erfpachtvoorwaarden in twijfel. Zo komen in natuurgebieden geregeld erfpachtrechten voor waarbij een deel van de verplichtingen van de erfpachter geen betrekking heeft op de erfpachtgrond, maar op het daaromheen gelegen natuurgebied: het is hem bijvoorbeeld verboden vuurwerk af te steken in het gebied.<sup>437</sup> Voor deze verplichting is minder problematisch om aan te nemen dat zij onderdeel is van de erfpachtverhouding: dit beding zal immers wel degelijk bedoeld zijn om over te gaan op rechtsopvolgers van de erfpachter en is voor hen goed kenbaar uit de in de openbare registers ingeschreven erfpachtvoorwaarden. Ook voor deze voorwaarde geldt echter dat zij niet uitsluitend het gebruik van de erfpachtgrond betreft, maar mede het in stand houden van het natuurgebied. Dat maakt het lastig dit beding te beschouwen als onderdeel van de erfpachtrelatie: deze verhouding, die ziet op het gebruik van de erfpachtgrond, regelt zij eenvoudigweg niet.

Niet voor alle verplichtingen die een zekere relatie hebben met een andere zaak geldt dat zij geen onderdeel van de erfpachtverhouding kunnen zijn. In de akte kan bijvoorbeeld een geldige regeling opgenomen zijn op grond waarvan de erfpacht onder omstandigheden gewijzigd kan worden. Er bestaat geen bezwaar tegen dat een dergelijke wijzigingsmogelijkheid pas bestaat op voorwaarde dat de grondeigenaar een ander stuk grond ter beschikking stelt aan de erfpachter: dat is geen werkelijke verplichting ten aanzien van een andere zaak, maar een voorwaarde waaronder een bepaling benut kan worden die op zichzelf de machtsverhouding betreft tussen de erfpachter en de grondeigenaar over de in erfpacht gegeven grond. Bijzondere aandacht verdient in dit verband ook de vergoeding die de erfpachter aan de grondeigenaar verschuldigd is voor werkzaamheden die strikt genomen niet de erfpachtverhouding betreffen. Behoort de vergoeding die de erfpachter verschuldigd is voor het op diepte houden van het naast de erfpachtgrond gelegen water tot de canon; maakt de vergoeding die de

---

<sup>437</sup> Zie hoofdstuk II, paragraaf 3.

erfpachter van een vakantiehuisje moet betalen deel uit van de canon indien deze in het kader van parkmanagement bedoeld is als vergoeding voor het onderhoud dat de eigenaar verricht aan de wegen en groenstroken in het vakantiepark en aan de door alle erfpachters te gebruiken voorzieningen? Hier ben ik minder terughoudend. De kwalificatie als erfpachtcanon is niet afhankelijk van de manier waarop de grondeigenaar deze inkomsten besteedt, naar mijn mening ook niet wanneer hij tot die besteding – op grond van een buiten de erfpachtverhouding gelegen verplichting – gehouden is. Art. 5:85 lid 2 BW regelt daarover ook niets: de bepaling zegt niets over de wijze waarop de canon moet worden besteed of over de manier waarop de hoogte van de canon moet worden bepaald en regelt zelfs niet dat de canon een tegenprestatie is voor het gebruik van de grond. Het artikel bepaalt slechts dat op de erfpachter de periodieke verplichting kan rusten een geldsom te betalen. De enige restrictie die naar mijn mening moet worden aangenomen, ligt besloten in het hierna te behandelen gesloten systeem van beperkte rechten. Met dat stelsel wordt onder meer beoogd de verhandelbaarheid van rechten als erfpacht in stand te houden. Een canon waarvan de hoogte afhankelijk is van zeer onzekere variabelen, waarop de erfpachter geen enkele invloed heeft, is bijvoorbeeld met die doelstelling in strijd. In dat licht zou ik bijvoorbeeld moeite hebben met een regeling waarin de hoogte van de canon afhankelijk wordt gesteld van de jaarlijks door de erfverpachter verschuldigde inkomstenbelasting of alimentatie, maar niet met een canon die afhankelijk is van de door de erfpachter te ontvangen huur (zoals in Utrecht bij Hoog Catharijne en in Groningen bij de Waagstraat).

### *8.3. De ratio van het gesloten systeem van beperkte rechten*

#### *8.3.1. Algemeen*

Hiervoor kwam al aan de orde dat sinds het arrest van 1905 vrij algemeen aanvaard wordt dat het systeem van beperkte rechten gesloten is.<sup>438</sup> Sinds de invoering van art. 3:81 lid 1 BW kunnen we daar ook nauwelijks meer omheen; daarin wordt immers expliciet gesproken van “in de wet genoemde beperkte rechten”. Dit uitgangspunt staat op gespannen voet met de, bij de invoering van het huidige BW eveneens beoogde, mogelijkheid om aan de door de wet erkende beperkte rechten de inhoud te geven die wenselijk is. In dit onderdeel wordt gezocht naar de juiste balans tussen enerzijds het gesloten systeem van beperkte rechten en anderzijds de partijvrijheid bij het geven van inhoud aan deze rech-

---

<sup>438</sup> Niettemin heeft Dullemond 1920, p. 150 e.v. nog wel een terugkeer bepleit naar het oude stelsel. Telders 1929, p. 187 was nog geneigd om de vrije vestiging van zakelijke rechten toe te laten: hij achtte dit binnen het kader van het positieve recht zelfs mogelijk. Van Opstall 1966, p. 443 vermeldt dan nog dat Gerbrandy bij de BCN-jaarvergadering heeft aangegeven dat van een gesloten systeem van beperkte rechten volgens hem geen sprake was.

ten. Daartoe wordt onderzocht in hoeverre de partijvrijheid in het licht van de doelen van het gesloten systeem kan worden aanvaard. Het toeval wil dat deze doelen in recente literatuur uitvoerig zijn behandeld.<sup>439</sup> Zeer uitgebreide behandeling daarvan kan op deze plaats daarom achterwege blijven.

### 8.3.2. *Doorkruising van rechtspolitieke doelstellingen?*

De bloei van de gedachte van een gesloten systeem van beperkte rechten kan niet los worden gezien van de tijd waarin deze plaatsvindt. In de Duitse landen – waar de Pandektisten het systeem van het vermogensrecht op de agenda zetten<sup>440</sup> – wordt het maatschappelijk leven in het begin van de negentiende eeuw beheerst door feodale verhoudingen. In die verhoudingen is het gebruiksrecht van een stuk grond gekoppeld aan rechten en verplichtingen van diverse aard. Dat brengt de persoonlijke vrijheid van de grondgebruikers in gevaar en is derhalve niet goed te rijmen met de onder invloed van de Franse revolutie gewijzigde opvattingen over de *droits de l'homme et du citoyen*. Die gewijzigde opvattingen noodzakten tot een verandering van het rechtssysteem in een stelsel waarin de wetgever de grenzen bepaalt van de mogelijkheden om zakelijke rechten te vestigen op onroerend goed.

Tegenwoordig lijkt angst voor nieuwe vormen van horigheid wat overtrokken.<sup>441</sup> Voor het genot van onroerend goed is men niet meer afhankelijk van een gering aantal particuliere grootgrondbezitters, zodat de verkrijger en de vreemder van een genotsrecht op grond in de regel relatief gelijkwaardige contractspartijen zijn. In de gevallen waarin die gelijkwaardigheid ontbreekt, voorziet het civiele recht in aanvullende waarborgen die bescherming bieden aan de zwakkere partij.<sup>442</sup> Niettemin speelt (ook) het gesloten systeem van beperkte rechten nog steeds een belangrijke rol bij de verwezenlijking van ethische doelstellingen van de wetgever.<sup>443</sup> Het stelt hem in staat om, zonder al te vage regels te moeten stellen, voor alle goederenrechtelijke verhoudingen een wenselijk regime te creëren en om ongewenste verhoudingen eenvoudig tegen te gaan. De wet bepaalt eenvoudigweg wat *wel* is toegestaan, zodat het niet nodig is om in algemene termen (die door justitiabelen minder gemakkelijk omzeild kunnen worden dan precies geformuleerde regels) te codificeren wat *niet* mag. Dat leidt tot een duidelijker systeem dan een open stelsel. Juist in het goederenrecht – waar rechtsverhoudingen veelal bedoeld zijn om lange tijd te bestaan, om ver-

---

<sup>439</sup> Zie in het bijzonder Struycken 2007, hoofdstuk 5. Vgl. ook Akkermans 2008, die onderzoekt in hoeverre in verschillende Europese landen sprake is van een numerus clausus van goederenrechtelijke rechten en welke doelen daarmee worden nagestreefd.

<sup>440</sup> Zie hiervóór in paragraaf 5.

<sup>441</sup> Van Oostrom-Streep 2006, p. 68-69 (en 2007, p. 859) pleit daarom voor een wettelijke regeling die kwalitatieve verplichtingen tot een doen categorisch mogelijk maakt.

<sup>442</sup> Zie daarover hoofdstuk III, paragraaf 2.2.2 en hoofdstuk V, paragraaf 2.2.1 en 4.3.

<sup>443</sup> Vgl. Struycken 2007, p. 301-304.

handeld te worden en om niet slechts de bij de totstandkoming van de rechtsverhouding betrokken partijen te binden – is helderheid van het systeem van groot belang. Voor het goederenrecht is een gesloten systeem daarom het meest gewenst. Daar staan uiteraard de negatieve gevolgen van de starheid van een gesloten systeem tegenover. De versoepeling die het voldoende-verbandvereiste dan brengt, heeft als keerzijde dat het de vage, open normen – die juist inherent zijn aan open systemen – in het goederenrecht brengt.

Met de ethische doelstellingen van de wetgever kan rekening worden gehouden bij het geven van invulling aan het voldoende-verbandvereiste. Voornamelijk omdat de wetgever zijn rechtspolitieke keuzes niet steeds expliciet gemaakt heeft, is een toets op dit punt lastig. Ik meen evenwel dat bij het hanteren van de verdedigde invulling van het voldoende-verbandvereiste niet snel rechtspolitieke keuzes worden gefrustreerd. De kern van de regeling wordt in die interpretatie namelijk steeds bepaald door de wet zelf, en de partijvrijheid is beperkt tot het opstellen van aan die wettelijke regeling ondergeschikte bedingen. Daar komt bij dat verplichtingen steeds de machtsverhouding moeten betreffen met betrekking tot de onroerende zaak.<sup>444, 445</sup> Een zeker gevaar lijkt echter te liggen in de ruime vrijheid om bestemmingen te formuleren. Die vrijheid laat namelijk de mogelijkheid om de bestemming van de grond af te stemmen op de gewenste bedingen, in plaats van andersom. Ook kunnen bedingen die betrekking hebben op de bestemming van de grond relatief elementaire onderdelen van de erfpachtverhouding, waaronder verplichtingen tot een doen, inhouden. Mijns inziens worden ongewenste gevolgen in het algemeen echter voorkomen doordat de bestemming steeds een vorm van genot van de erfpachtgrond dient te verschaffen. Bedingen die dus de bestemming van de grond betreffen, raken de kern van de gehele erfpachtverhouding. Ze zijn daarmee naar mijn mening ook minder bezwaarlijk: de erfpachter heeft immers zelf (enig) profijt van de nakoming van verplichtingen die zijn eigen genot betreffen.

Het voorgaande neemt niet weg dat niet uitgesloten is dat een nadere regeling van een op grond van de wet toegestane erfpachtvoorwaarde, een te zware kwalitatieve last op de erfpachter of grondeigenaar legt. Een algemeen criterium aan de hand waarvan kan worden bepaald of dat het geval is, is lastig te formuleren; men kan hooguit stellen dat naarmate een verplichting zwaarder drukt op een van beide gerechtigden, de goederenrechtelijke werking minder zeker is. Voorbeelden van dubieuze bedingen zijn verplichtingen die niet logisch samenhangen met de (hoofd)bestemming van de grond. Een verplichting bij-

---

<sup>444</sup> Vgl. Maeijer 1966, p. 50.

<sup>445</sup> Vergelijkbare vereisten worden ook in andere rechtssystemen gesteld om te waarborgen dat verplichtingen steeds ten laste van de eigendom komen en niet ten laste van de persoon van de eigenaar. Zo wordt in het Zuid-Afrikaanse recht slechts goederenrechtelijke wer-



voorbeeld om een ijsbaan aan te leggen op de erfpachtgrond, is acceptabel wanneer een leeg terrein met die bestemming in erfpacht wordt uitgegeven. Heeft de erfpacht daarentegen betrekking op agrarische grond, dan zal zo'n zelfde verplichting onaanvaardbaar zijn. Dat wordt niet anders wanneer de bestemming in de akte – pro forma – wordt geformuleerd als 'agrarische grond met ijsbaan'. Een ander voorbeeld is het geval waarin het genot van de erfpachter is beperkt tot een gedeelte van een erf of tot een bepaalde verdieping, terwijl in de akte zeer belastende verplichtingen zijn opgenomen die vooral het genot betreffen van degene die de overige gedeelten gebruikt.

Hiervóór zijn verschillende auteurs besproken die stellen dat het om ethische redenen noodzakelijk is om bij de invulling van het voldoende-verbandvereiste een categorisch onderscheid te maken tussen verplichtingen tot een dulden of nalaten en verplichtingen tot een doen.<sup>446</sup> Dat gaat naar mijn mening te ver. Weliswaar zullen verplichtingen tot een actief handelen vaak zwaarder op de erfpachter of op de eigenaar drukken dan verplichtingen tot een dulden of nalaten; dat noopt nog niet tot een categorisch onderscheid. Zoals hiervóór in paragraaf 8.2 al is uiteengezet, vloeit een dergelijk onderscheid evenmin voort uit het systeem van het recht.

De stelling dat "het wettelijke net rond verplichtingen tot een doen strak is getrokken" nu de wetgever erfdienstbaarheden en kwalitatieve verplichtingen slechts voor verplichtingen tot een dulden of nalaten heeft willen toelaten,<sup>447</sup> kan ik evenmin onderschrijven. Het ging bij de invoering van die regelingen immers steeds om de vraag of verplichtingen tot een doen categorisch *toegelaten* dienden te worden. Wanneer de wetgever die vraag ontkennend beantwoordt, impliceert dat niet dat hij dergelijke verplichtingen categorisch wil *verbieden*. Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre men vrij is om invulling te geven aan een beperkt recht, waakt een bijkomend criterium – namelijk het voldoende-verbandvereiste – tegen het ontstaan van ongewenste verhoudingen. Verplichtingen tot een actief handelen hoeven daarbij niet zonder meer uitgesloten te zijn.<sup>448</sup>

---

king geaccepteerd indien een voorwaarde de 'subtraction from the dominium'-test kan doorstaan. Zie nader De Waal 2004 en Struycken 2007, p. 394.

<sup>446</sup> Zie o.a. Kleijn 1979, p. 23-25, hiervóór besproken in paragraaf 6.3 en Struycken 2007, p. 412-415, hiervóór besproken in paragraaf 6.5.4.

<sup>447</sup> Struycken 2007, p. 412.

<sup>448</sup> Vgl. Maeijer 1966, p. 17. Hij pleit op p. 50 wel voor een kritische houding ten aanzien van (met name) actieve verplichtingen: "Het akelige visioen van een nieuwe vorm van horigheid dwingt dus tot de noodzaak om aan het te eisen objectief verband met het dienend erf een nader bepaalde en concrete vorm te geven".

### 8.3.3. *Doorkruising van rechtseconomische doelstellingen?*

Feodale verhoudingen wenste men niet alleen om ethische redenen uit te bannen. Ook argumenten van rechtseconomische aard noopten tot een fundamentele wijziging van het vermogensrecht. De verplichtingen van velerlei aard die gekoppeld waren aan het genotsrecht van onroerend goed, beperkten niet alleen de vrijheid van de gerechtigde, maar belemmerden ook de handel in de grond, bijvoorbeeld omdat de verplichtingen te zeer waren toegesneden op de personen die bij de vestiging van dat recht betrokken waren. Dergelijke verhoudingen passen niet goed in de maatschappij die steeds meer gericht is op industrialisatie en handel.

Ook nu nog wordt het belang van de verhandelbaarheid van onroerend goed als argument gebruikt voor de handhaving van het gesloten systeem. Doordat slechts de beperkte rechten kunnen worden gevestigd die de wet noemt, kan worden gewaakt tegen overbelasting van grond en tegen het ontstaan van goederenrechtelijke verhoudingen die te zeer zijn toegesneden op de personen van de partijen die betrokken waren bij de vestiging van die rechtsverhouding. Deze doelstellingen zouden bij een te ruime interpretatie van het voldoende-verbandvereiste doorkruist kunnen worden. Struycken bijvoorbeeld, waarschuwt voor een afgrenzing van de partijvrijheid die te veel ruimte laat voor een subjectieve inslag:

“De merite van het wezenscriterium is vooral dat het een objectievere dimensie geeft aan de afbakening van de inhoud van goederenrechtelijke rechten. Het voldoende verbandvereiste zou te zeer kunnen worden toegesneden op de gevolgen die een of ander goederenrechtelijk recht in een concreet geval heeft. Daarbij zouden ook de persoon van de betrokkenen een rol kunnen gaan spelen. Het voldoende verbandvereiste zou dientengevolge een meer subjectieve inslag gaan krijgen. Een dergelijke benadering past slecht in het goederenrecht.”<sup>449</sup>

Aan de andere kant valt op dat de wettelijke regeling voor erfpacht grote ruimte laat om een subjectieve inslag te geven aan de inhoud van het recht, met name waar zij de vrijheid laat om de omvang van het genot in te perken of zelf een bestemming te kiezen: de verhandelbaarheid van een erfpachtrecht met de bestemming ‘ijsbaan’, zal vermoedelijk te wensen over laten. Niettemin vormt een dergelijke bestemming een vorm van genot van de erfpachtgrond, zodat de geldigheid daarvan moet worden aangenomen.<sup>450</sup> Zelfs de geldigheid van een bestemming als ‘vijfsterrenhotel volgens Benelux-classificatie 1999 en restau-

---

<sup>449</sup> Struycken 2007, p. 394.

<sup>450</sup> In die zin vermoedelijk: Hof Den Haag 15 juni 2006, *LJN* AX9126, waarin het hof bepaalde dat de erfverpachter van dat perceel het recht had om de erfpacht op grond van art. 5:87 lid 2 BW op te zeggen omdat de erfpachter, anders dan in de erfpachtvoorwaarden van hem werd vereist, geen ijsbaan realiseerde. Zie over dit arrest voorts Pleysier 2007a.

rant' kan om die reden lastig kan worden betwist.<sup>451</sup> Dat is op zichzelf ook niet zo problematisch. Behalve een maatschappelijke behoefte aan verhandelbaar onroerend goed, bestaat er immers ook een behoefte aan op maat gemaakte goederenrechtelijke verhoudingen die voor specifieke situaties wenselijk zijn.<sup>452</sup> In ons rechtssysteem wordt dan ook duidelijk niet beoogd om subjectieve elementen volledig te bannen uit het goederenrecht. Op andere terreinen dan het erfpachtrecht is de ruimte voor dergelijke beperkingen bij de invoering van het huidige BW zelfs uitgebreid ten opzichte van het oude recht: zo geldt geen nutsvereiste meer voor erfdiensbaarheden en laat art. 6:252 BW kwalitatieve verplichten tot een dulden of nalaten in algemene zin toe, zonder zich druk te maken over het subjectieve karakter van dergelijke verplichtingen.<sup>453</sup> Naar huidig recht staat daar tegenover dat ruimere mogelijkheden bestaan voor wijziging van de rechtsverhouding gedurende haar looptijd, op grond van onvoorziene omstandigheden. Voor erfpacht voorziet art. 5:97 BW daarin.<sup>454</sup>

Nemen we niettemin aan dat bovendien moet worden gewaakt tegen het *ontstaan* van beperkte rechten met een al te subjectieve inslag, dan moet daarop ook bij het geven van invulling aan het voldoende-verbandvereiste acht worden geslagen. Door de eis te stellen dat aanvullende bedingen in een duidelijke relatie staan tot een door de wet toegelaten bepaling, gebeurt dat. Een dergelijk criterium laat namelijk geen zelfstandige ruimte voor een subjectieve inslag. Het biedt alleen een mogelijkheid om de subjectieve elementen waarvoor de wet zelf ruimte laat, beter tot hun recht te laten komen.

Daarmee is nog niet gezegd dat deze interpretatie ook meer in het algemeen geen ruimte laat voor overbelasting van grond. De mogelijkheden die ontstaan voor verplichtingen tot een doen, worden ten opzichte van de tekst van de regeling in titel 5.7 BW immers aanzienlijk uitgebreid. Dat betekent echter nog niet dat ruimte wordt geboden voor regelingen die om rechtseconomische redenen ongewenst zijn. Integendeel, de benadering biedt juist ruimte om de mogelijkheden die de wet biedt optimaal te benutten. Daarmee wordt tegenwicht geboden aan een van de belangrijke rechtseconomische bezwaren *tegen* een stringente interpretatie van het gesloten systeem van beperkte rechten. Het probleem daarvan is immers dat het, behalve voor aanvullende verplichtingen die 'inefficiënt' zijn, ook geen ruimte laat voor aanvullende bedingen die in de betreffende situa-

---

<sup>451</sup> Dit is de bestemming van het hotel in het plangebied 'Amsterdam Symphony (Gershwin)' in de Amsterdamse Zuidas. Zie Van Velten 2007a, p. 71. In de erfpachtvoorwaarden is overigens voorzien in een mogelijkheid de bestemming te wijzigen.

<sup>452</sup> Terecht geeft De Jong 1995a, nr. 13 aan dat de praktijk behoefte heeft aan een flexibel en kneedbaar genotsrecht naast de eigendom en dat ons gesloten systeem daarvoor nu juist het erfpachtrecht biedt.

<sup>453</sup> Daarover bijzonder kritisch: Maeijer 1966, bijv. op p. 74.

<sup>454</sup> Zie nader hoofdstuk V, paragraaf 5.

tie juist wel functioneel zijn.<sup>455</sup> Met het stellen van de eis dat aanvullende bedingen slechts zijn toegelaten wanneer die een beding dat op grond van de wettekst mogelijk is nader regelen, wordt juist voor die laatste bedingen ruimte geboden. Dat bij het hanteren van mijn interpretatie van het voldoende-verbandvereiste ruimte zou ontstaan voor (over)belasting van grond die om rechtseconomische redenen ongewenst is, lijkt me dan ook onwaarschijnlijk.

#### 8.3.4. *Doorkruising van de standaardisatie?*

Zowel de ethische als de rechtseconomische functie van de numerus clausus wordt ondersteund doordat de kenbaarheid van de beperkte rechten niet alleen met registraties wordt bevorderd.<sup>456</sup> Doordat ieder beperkt recht een wettelijke definitie en een wettelijk regime kent, worden de mogelijkheden in ons systeem enigszins geclassificeerd en daardoor ook gestandaardiseerd. Dat men al voorafgaand aan de raadpleging van de openbare registers globaal kan inschatten wat de inhoud is van een bepaalde rechtsverhouding, verkleint de kans dat iemand tegen zijn wil aan bepaalde verplichtingen gebonden wordt. Daarnaast wordt de ontwrichting van de publiciteitsfunctie van de registers op deze manier tegengegaan: getracht wordt te voorkomen dat men bij raadpleging van de registers geconfronteerd wordt met onbekende rechten en dermate ingewikkelde verhoudingen dat men door de bomen het bos niet meer ziet.<sup>457</sup>

De onder de huidige wet gekozen systematiek – waarin de wettelijke definitie centraal wordt gesteld en per bepaling afzonderlijk wordt geregeld of en in hoeverre daarvan mag worden afgeweken<sup>458</sup> – zorgt naar haar aard voor een zekere standaardisatie. De hiervoor gemaakte keuze om bedingen als onderdeel van de erfpacht aan te merken als zij een nadere regeling vormen van een op basis van de wet toegelaten voorwaarde, sluit op die systematiek aan. Niettemin is de wettelijke standaardisatie bij het recht van erfpacht zeer beperkt.<sup>459</sup> Ook wanneer partijen slechts gebruik zouden mogen maken van de mogelijkheden die de wet expliciet biedt, bestaat ruimte voor diverse varianten die volstrekt niet op elkaar lijken. Een recht van erfpacht kan bijvoorbeeld inhouden dat de erfpachter vijf jaar lang tegen een exorbitant hoge canon gedurende iedere augustusmaand de onderste bouwlaag van een pand mag bewonen, maar het kan evengoed inhou-

---

<sup>455</sup> Vgl. o.a. Rudden 1987, p. 256-259, waarover: Struycken 2007, p. 318-319. Struycken 2007, p. 762-772 meent dat dergelijke problemen in de eerste plaats door een ingrijpen van de wetgever moeten worden tegengegaan. Van Velten 2007b, p. 376 is daarover – mijns inziens terecht – kritisch.

<sup>456</sup> Vgl. o.a. Bartels & Milo 2004, p. 17, Van Velten 2012, p. 35 en Struycken 2007, p. 290-292. Struycken verwijst in dit verband voorts nog naar een Zwitsers proefschrift dat ik zelf niet heb kunnen raadplegen: B. Foëx, *Le "numerus clausus" des droits réels en matière mobilière* (diss. Genève), Payot: Lausanne 1987.

<sup>457</sup> Vgl. Maeijer 1966, p. 44 en 65.

<sup>458</sup> Zie hiervoor in paragraaf 7.

<sup>459</sup> Bij de andere beperkte rechten lijkt dat niet anders te zijn. Vgl. Struycken 2007, p. 296.

den dat hij zonder enige canonverplichting het eeuwigdurende recht heeft om het gehele pand naar eigen goeddunken te gebruiken. De grote ruimte tussen beide varianten doet afbreuk aan de betekenis van het etiket 'erfpacht'. Daarom zou het goed zijn om de kern van individuele erfpachtverhoudingen beter kenbaar te maken, bijvoorbeeld door de grondbestemming, de duur van de erfpacht, de hoogte van de canon, herzieningsdata van de canon en vervreemdingsbeperkingen in de zin van art. 5:91 BW, behalve in de openbare registers ook in de basisregistratie kadaster kenbaar te maken.

Naarmate de ruimte om de inhoud van individuele erfpachtverhoudingen bij de vestiging te regelen groter wordt, vermindert dat de standaardisatie in nog sterkere mate.<sup>460</sup> Met de in paragraaf 7 verdedigde uitleg van het voldoende-verbandvereiste is de kans daarop gering. Steeds is immers verzekerd dat een beding in verband staat met een op grond van de wet toegelaten voorwaarde en dus passend is binnen de betreffende erfpachtverhouding. Vereist is dan wel dat het criterium niet te soepel wordt opgevat. Naarmate gemakkelijker wordt aangenomen dat een beding een nadere regeling vormt van een 'normale' erfpachtvoorwaarde, vermindert dat de standaardisatie. Naarmate een beding een ingrijpendere last legt op een van beide gerechtigden en/of minder direct verband houdt met een in de wet geregelde bepaling, is waarschijnlijker dat het goederenrechtelijke werking mist.

## **9. Synthese**

In paragraaf 7 werd duidelijk dat de aard van het erfpachtrecht weinig restricties stelt aan de partijvrijheid om aan die rechtsverhouding de meest gewenste inhoud te geven: het is enkel van belang dat aanvullende bedingen een nadere regeling zijn van normale erfpachtverplichtingen of -bevoegdheden, die zijn opgenomen in de akte. De plaats van het beperkte recht in het rechtssysteem (paragraaf 8.2) noopt in wezen evenmin tot beperkingen: met dat systeem hangt wel samen dat bevoegdheden en verplichtingen betrekking moeten hebben op de in erfpacht gegeven grond, maar dat onderstreept de facto enkel dat van belang is dat een beding daadwerkelijk de erfpachtverhouding betreft en niet eigenlijk samenhangt met een andere relatie tussen de (toevallige) erfpachter en grondeigenaar op het moment van de vestiging. De geslotenheid van het systeem van beperkte rechten noopt er vooral toe de in paragraaf 7 geformuleerde eis serieus te nemen: naarmate een beding minder duidelijk een nadere regeling inhoudt van normale erfpachtverplichtingen of -bevoegdheden, is er sterkere reden om aan te nemen dat het betreffende beding in ons goederenrechtelijk systeem geen derdenwerking kan hebben.

Deze benadering biedt ruimte voor nadere regelingen ten aanzien van bepalingen die rechtstreeks op grond van de wettelijke regeling mogelijk zijn. Gezien

het bepaalde in art. 5:96 BW kunnen bijvoorbeeld specifieke onderhoudsverplichtingen worden gecreëerd, zoals een verplichting voor de erfpachter om de op de erfpachtgrond aanwezige gebouwen te onderhouden en zelfs om ratten te verdelgen.<sup>461</sup> Verder kan de erfverpachter die een beding in de zin van art. 5:91 lid 1 BW in de voorwaarden heeft opgenomen, ook een regeling opnemen die aangeeft in welke gevallen de in die bepaling genoemde toestemming al dan niet wordt verleend.<sup>462</sup> Verder zijn nadere regelingen ten aanzien van de bestemming mogelijk, waarbij is te denken aan een verplichting de grond te bebouwen, aan (in het geval van agrarische erfpacht) de verplichting een drainagesysteem aan te leggen en aan een verplichting om het object van de erfpacht ook daadwerkelijk overeenkomstig de bestemming te gebruiken. Te ver gaan naar mijn mening bedingen die voorschrijven welke arbeidsvoorwaarden gelden voor degenen die in dienst van de erfpachter werkzaam zijn op erfpachtgrond met een industriële bestemming (het Rotterdamse ‘sociaal statuut’). Een dergelijk beding heeft immers geen directe relatie met het industriële gebruik als zodanig. Bestemmingen die wel ruimte laten voor dergelijke bedingen, lijken me niet goed denkbaar. Gezien de regeling van art. 5:89 lid 1 BW kan de bestemming namelijk slechts de bezigheden en handelingen betreffen die op het perceel zijn toegelaten. Dat betekent dat ‘bewoning’, ‘luxe hotel’, ‘industrie’ of zelfs ‘zuivelindustrie’ als bestemming kunnen gelden, maar ‘sociale bewoning’ of ‘sociale industrie’ bijvoorbeeld niet. Het adjectief ziet dan immers niet op de bebouwing en het gebruik zelf, maar op de persoon van de gebruikers van de erfpachtgrond en op de – niet onmiddellijk aan het gebruik zelf rakende – relatie tussen de erfpachter en diens werknemers. Een recent voorbeeld van een dergelijke voorwaarde zonder zakelijke werking, vindt men in de akte waarbij de eigendom van een gedeelte van het Rotterdamse Weenapoint aan de Gemeente Rotterdam wordt overgedragen, onder voorbehoud van een recht van erfpacht.<sup>463</sup> Deze akte verplicht de erfpachter niet alleen tot herontwikkeling, maar ook om van de hoofdaannemer die deze herontwikkeling uitvoert te bedingen dat deze de aanneemsom gedeeltelijk aanwendt voor onder meer het creëren van werkgelegenheid voor langdurig werkzoekenden en/of personen met lichamelijke, verstandelijke of psychische beperkingen. Een dergelijk beding houdt onvoldoende verband met het genot dat de erfpachter heeft van de erfpachtgrond en zal derhalve slechts obligatoire werking hebben, hetgeen na een executoriale verkoop of een faillissement van de erfpachter een nieuwe erfpachter niet zal binden.

---

<sup>460</sup> Vgl. Struycken 2007, p. 296.

<sup>461</sup> Anders: Huijgen 1995, p. 157-158.

<sup>462</sup> Zie daarover hoofdstuk II, paragraaf 5.3.1.2 en 5.3.1.3.

<sup>463</sup> Zie de akte van M.C.M. Bekke d.d. 14 juli 2010, ingeschreven in de openbare registers, in register 4 onder deel 58572, nummer 99, waarover hiervóór in hoofdstuk II, paragraaf 2.3.

Ook bedingen die niet de machtsverhouding betreffen over de grond die in erfpacht is gegeven, zijn geen onderdeel van de erfpachtverhouding. Een beding bijvoorbeeld, dat de erfverpachter verplicht om het naast de erfpachtgrond gelegen perceel niet hoger dan tien meter boven het maaiveld te bebouwen, dient niet als onderdeel van de erfpacht te worden gekwalificeerd.<sup>464</sup> Daaraan doet niet af dat het beding wellicht is opgenomen om te waarborgen dat het in erfpacht gegeven tulpenveld voldoende zonlicht krijgt. Dergelijke voorwaarden zijn dan ongetwijfeld functioneel in het licht van de bestemming van de erfpachtgrond, maar ze betreffen niet de rechtsverhouding tussen de erfpachter en de grondeigenaar (in die hoedanigheid). Hier zal de weg van een aanvullende erfdiensbaarheid moeten worden gevolgd. Ook een beding dat de erfpachter van een woonhuis verplicht om ook de ratten op het naastgelegen perceel te verdelgen, is om die reden geen onderdeel van de erfpachtverhouding, hoe prettig de afwezigheid van ongedierte op het buurerf ook voor hemzelf moge zijn.

De consequenties van het gesloten systeem van beperkte rechten zijn hierboven niet heel concreet geworden. Met dat systeem wordt – kort gezegd – beoogd te voorkomen dat onroerende zaken worden belast met dusdanig zwaardrukken-de beperkingen dat niet kan worden gerechtvaardigd dat rechtsopvolgers onder bijzondere titel daaraan zonder hun instemming gebonden zijn, of dat de handel in (de rechten op) deze gronden onaanvaardbaar wordt belemmerd. Deze doelen zullen naar mijn inschatting niet snel in de weg staan aan het opnemen van regeling die een normale erfpachtverplichting of -bevoegdheid ondersteunt. Deze doelen nopen ook niet tot categorische uitsluiting van bepaalde bedingen – bijvoorbeeld actieve verplichtingen – als onderdeel van de goederenrechtelijke rechtsverhouding. Niettemin kan niet geheel worden uitgesloten dat een beding dat, gegeven de aard van de erfpacht en de plaats van het beperkte recht aanvaardbaar is, toch de ethische of economische grenzen van het gesloten systeem overschrijdt. In paragraaf 8.3.2 is daarvan een aantal voorbeelden gegeven. Ook is denkbaar dat verschillende bedingen op zichzelf als onderdeel van het goederenrechtelijke recht aanvaardbaar zijn, maar dat zij in combinatie met elkaar een te zware last opleveren. In die gevallen zal de rechter met een beroep op (een van) de doelen van het gesloten systeem, de goederenrechtelijke werking aan één of meer van de bedingen kunnen ontzeggen. Concrete regels zijn daarvoor niet te geven; volstaan moet worden met de algemene norm dat de bedingen die vanuit ethisch en economisch oogpunt het meest belastend zijn, het eerst in aanmerking komen om uit de goederenrechtelijke verhouding te worden geschrapt.

Het ontbreken van een duidelijke norm doet afbreuk aan de rechtszekerheid, die er immers bij gebaat zou zijn wanneer op voorhand precies duidelijk was of

---

<sup>464</sup> De vestiging van een erfdiensbaarheid is hier wel mogelijk.

een voorwaarde wel of geen onderdeel van de goederenrechtelijke verhouding kan zijn. Anderzijds doet de hier gekozen benadering recht aan de doelstelling van het gesloten systeem, dat goederenrechtelijke verplichtingen geen onevenredige rem op de overdraagbaarheid van goederen mogen leggen en dat zij ethisch aanvaardbaar moeten zijn. Of deze doelstellingen in een concrete situatie nopen tot beperkingen van de partijvrijheid, is afhankelijk van de tijdgeest en van de omstandigheden van het geval. Het is daarom lastig een duidelijke algemene norm te geven aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of een beding wel of geen onderdeel is van een goederenrechtelijke verhouding. Wil men een algemene en duidelijke regel formuleren die voorkomt dat rechtseconomische en ethische grenzen worden overschreden, dan is niet te ontkomen aan een zeer sterke beperking van de partijvrijheid, die dan ook nog eens onomwonden door de wetgever of de hoogste rechter moet worden bevestigd. Een dergelijk strenge norm ligt niet in het huidige wettelijke stelsel besloten en vind ik ook ongewenst. De ontwikkeling van goederenrechtelijke verhoudingen die op zichzelf niet in strijd komen met de doelstellingen van het gesloten systeem en bovendien in de praktijk van nut zijn, zou daarmee worden lamgelegd. De noodzaak voor een dergelijk stringente benadering ontbreekt bovendien nu in de huidige wettelijke regeling voor alle erfpachtverhoudingen de mogelijkheid bestaat de inhoud door de rechter te doen wijzigen wanneer veranderde omstandigheden daartoe noodzakelijk.<sup>465</sup> Hoewel ik vanzelfsprekend ook van die benadering de nadelen onderken, meen ik daarom dat moet worden volstaan met de algemene notie dat wanneer verplichtingen de overdraagbaarheid verder inperken of in ethisch opzicht een zwaardere last leggen op een van de betrokkenen, waarschijnlijker wordt dat de verplichting goederenrechtelijke werking mist.

## 10. Conclusie

Een belangrijke reden om grondgebruik met behulp van het erfpachtrecht te reguleren is dat de voorwaarden waaronder zo'n recht gevestigd wordt, vaak van rechtswege overgaan op de latere verkrijgers van dat recht. Erfpacht is enerzijds een goederenrechtelijk recht, maar wordt anderzijds beschouwd als een haast contractuele relatie tussen de erfpachter en de grondeigenaar. Die benadering kan worden verklaard vanuit een historisch oogpunt: de rechtsfiguur heeft zich ontwikkeld uit het contractuele recht van huur, met als meest kenmerkende verschil dat de erfpachter een sterkere rechtspositie toekomt dan de huurder. Ten tijde van de invoering van het BW(oud) gaat men nog steeds uit van de contractuele aard van de erfpacht en ook bij de parlementaire behandeling van het vigerende BW wordt niet verzuimd te benadrukken dat het flexibele karakter van het erfpachtrecht behouden blijft. Opvallend is wel dat de contouren van de rechtsfiguur in titel 5.7 BW duidelijker vastliggen dan in art. 767 BW e.v.

---

<sup>465</sup> Zie hierna in hoofdstuk V, paragraaf 5.



BW(oud): art. 5:85 BW geeft een dwingendrechtelijke definitie en bij iedere regeling waarvan met goederenrechtelijke werking mag worden afgeweken, is uitdrukkelijk in de wet vastgelegd in hoeverre dat is toegestaan. Dat neemt echter niet weg dat de contouren ruim zijn geschetst: de definitie van art. 5:85 BW is zeer algemeen geformuleerd en voor een van de daarin opgenomen kernelementen (de erfpachter heeft het genot van de zaak) wordt verderop in de erfpachttitel geregeld dat ook daarvan mag worden afgeweken. Ook ten aanzien belangrijke andere onderdelen van de erfpachtverhouding als de regeling van de erfpachtcanon en beperkingen van de overdraagbaarheid laat de wet erfpachtvoorwaarden toe die zijn toegesneden op de omstandigheden van het geval.

Tegen deze achtergrond is in dit hoofdstuk verdedigd dat het karakter van het erfpachtrecht – zowel vanuit een historisch perspectief als in het licht van de huidige wettelijke erfpachtregeling – nauwelijks tot de conclusie noodzaakt dat grenzen moeten worden gesteld aan de vrijheid om regelingen in de erfpachtvoorwaarden te treffen over onderwerpen die niet rechtstreeks in de wet geregeld worden, maar niettemin wel met de erfpachtverhouding samenhangen. Vanzelfsprekend geldt dat ertegen moet worden gewaakt dat afbreuk wordt gedaan aan de dwingendrechtelijke bescherming die de wet op bepaalde terreinen (met name ten aanzien van de beëindiging van het recht) wel degelijk biedt, maar voor het overige zijn de mogelijkheden ruim. Dat is met name het gevolg van de in art. 5:89 BW geboden vrijheid het toegelaten gebruik van de erfpachtgrond in de vestigingsvoorwaarden vast te stellen. Die bepaling schept ruimte voor sterk van elkaar verschillende erfpachtverhoudingen, met voorwaarden die steeds zijn toegesneden op de omstandigheden van het individuele geval.

Dat de ruimte om invulling te geven aan de goederenrechtelijke erfpachtverhouding niettemin enigszins begrensd is, vloeit veeleer voort uit de systematiek van het goederenrecht. Daarin verdient enerzijds de plaats van het beperkte recht de aandacht en anderzijds het gesloten karakter van het stelsel van beperkte rechten. De plaats van het beperkte recht wordt geregeld in art. 3:8 BW: “Een beperkt recht is een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard.” In dit hoofdstuk is verdedigd dat die bepaling in ons rechtssysteem niet kan betekenen dat in een beperkt recht geen actieve verplichtingen besloten kunnen liggen omdat de moedergerechtigde die zelf niet heeft. Hooguit kan uit de bepaling worden afgeleid dat een beperkt gerechtigde niet bevoegd of verplicht kan zijn iets op het erf te doen, wat de moedergerechtigde daar vóór de vestiging van het recht zelf niet mocht. Het beperkte recht wordt in dit boek dus niet beschouwd als een recht dat is afgesplitst van het moederrecht, maar als een zelfstandig recht dat naast het eigendomsrecht op de zaak rust en daarmee concurreert. Die systematiek staat er wel aan in de weg dat verplichtingen als onderdeel van de erfpachtverhouding worden aangemerkt die feitelijk betrekking hebben op een ander stuk grond dan het in

erfpacht gegeven erf, maar beperkt de mogelijkheden om inhoud te geven aan de erfpachtverhouding niet tot enkel verplichtingen tot een dulden of nalaten.

Dat ook in de hier verdedigde benadering geringere ruimte bestaat voor actieve verplichtingen als onderdeel van het erfpachtrecht dan voor verplichtingen tot een dulden of een nalaten, vloeit voort uit de geslotenheid van het systeem van beperkte rechten. Doel van de regel dat geen beperkte rechten gecreëerd kunnen worden waarin de wet niet voorziet, is in het bijzonder te voorkomen dat goederenrechtelijke verhoudingen ontstaan die in ethisch of in economisch opzicht te zwaar drukken op (de gerechtigde tot) de zaak. Daarvan is bij verplichtingen tot een actief handelen gemakkelijker sprake dan bij verplichtingen tot een dulden of tot een nalaten. Bovenal moet echter worden onderkend dat het – ook ten aanzien van actieve verplichtingen – in de rede ligt om slechts met grote terughoudendheid aan in de akte omschreven bedingen, hun goederenrechtelijke werking te ontzeggen. Behalve in een gesloten systeem van beperkte rechten, is immers ook voorzien in een flexibele regeling voor (in ieder geval) het goederenrechtelijke erfpachtrecht, met ruime mogelijkheden om daaraan de invulling te geven die in een concreet geval de meest wenselijke is.

## V Wijziging en verlenging van erfpachtverhoudingen

### 1. Inleiding

In dit hoofdstuk staan de wijziging en de verlenging van individuele erfpachtverhoudingen centraal. In hoeverre laat het ‘starre’ goederenrecht ruimte voor een flexibele relatie, die gemakkelijk kan worden aangepast als daar aanleiding voor is?

De enige wettelijke voorziening die duidelijk op dit vraagstuk is toegesneden, is art. 5:97 BW. De bepaling geeft aan zowel de eigenaar als de erfpachter de mogelijkheid wijziging van de rechtsverhouding af te dwingen als zich onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan die van dien aard zijn dat ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de ander kan worden gevegd. Zo’n zelfde voorziening is er voor o.a. obligatoire overeenkomsten (art. 6:258 BW) en erfdiensbaarheden (art. 5:78 en 80 BW), zij het dat de wijziging van een erfpachtrecht – anders dan van de obligatoire overeenkomst of van de erfdiensbaarheid – pas mogelijk is indien vijftientig jaar is verstreken sinds de vestiging. Een van de redenen voor die termijn is erin gelegen dat de wetgever recht wil doen aan de stabiliteit die in goederenrechtelijke verhoudingen – ook tussen de partijen die direct betrokken zijn bij zo’n verhouding – gewenst is.

In dit hoofdstuk wordt deze stabiliteit verder onder de loep genomen. Wat geeft een erfpachtverhouding een stabiel karakter dan een contractuele relatie? Daarbij wordt voortgebouwd op hoofdstuk IV, paragraaf 8.2.2, waar de erfpachtverhouding als een haast obligatoire relatie is gekarakteriseerd. Doel van de beschouwing is niet alleen om het kader te schetsen waarbinnen moet worden beoordeeld of ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid al dan niet kan worden gevegd (art. 5:97 BW), maar ook om te kunnen beoordelen in hoeverre justitiabelen de mogelijkheid hebben om zelf een flexibele erfpachtrelatie te creëren. Met het oog op dat laatste wordt ook onderzocht hoe de positie van derdenbelanghebbenden, zoals hypotheekhouders, zich verhoudt tot de relatie tussen de erfpachter en de grondeigenaar.

In paragraaf 3 behandel ik dan de verschillende methoden van wijziging: een wijziging kan besloten liggen in de bestaande verhouding (bijvoorbeeld een canon-indexering), maar ook is mogelijk dat partijen in vrijheid besluiten tot een aanpassing van de relatie, bijvoorbeeld wegens een andere bebouwing van de grond. Tussen die twee uitersten ligt een groot palet aan mogelijkheden, waarin de wijziging in meer of mindere mate uit de bestaande vestigingsvoorwaarden

voortvloeit. Een bijzondere figuur is in dit verband de ‘toestemming’. Op grond van art. 5:89 lid 2 BW kan de bloot eigenaar toestemming geven voor een wijziging van de bestemming of voor het verrichten van een handeling die met de bestaande bestemming in strijd is. Deze toestemming is een eenzijdige rechtshandeling met een principieel ander rechtskarakter dan de meezijdige wijzigingsovereenkomst. Het is van belang om de verschillende vormen van wijziging goed van elkaar te onderscheiden en de verschillende relevantie van deze wijzigingen voor derden te onderkennen.

Verder neem ik de verlenging en heruitgifte van de erfpacht onder de loep. Op dat gebied kunnen eveneens verschillende varianten worden onderscheiden: ook een verlenging kan immers in meer of mindere mate voortvloeien uit de bestaande akte van vestiging. In paragraaf 4 bespreek ik de glijdende schaal die bestaat op het terrein van de looptijd van erfpachtverhoudingen (bepaalde tijd, onbepaalde tijd, voortdurend, eeuwigdurend) en ga ik vervolgens in op de vraag in hoeverre partijen, ook na afloop van een tijdelijk erfpachtrecht, gehouden zijn tot voortzetting van hun relatie. Een centrale rol speelt hier de in de rechtspraak gehuldigde opvatting dat de verhouding tussen de erfpachter en de bloot eigenaar (ook na de looptijd van de erfpacht) wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid.

Ten slotte komt in paragraaf 5 de al kort genoemde *imprévision*bepaling van art. 5:97 BW aan bod. Die bepaling maakt mogelijk dat – los van enige grondslag in de erfpachtvoorwaarden – de rechtsverhouding door de rechter op grond van onvoorziene omstandigheden wordt gewijzigd of opgeheven.

## **2. De bijzondere relatie tussen de erfpachter en de bloot eigenaar**

### *2.1. Het uitgangspunt*

In hoofdstuk IV, paragraaf 8.2.2 heb ik me aangesloten bij de – in de literatuur vaker verdedigde – opvatting dat de verhouding tussen de erfpachter en de bloot eigenaar niet principieel afwijkt van die tussen obligatoir gerechtigden. Die benadering acht ik niet alleen in overeenstemming met het geldende recht, maar ook de meest wenselijke: als daar geen concrete materiële rechtvaardiging voor bestaat, is er geen reden om de relatie tussen bijvoorbeeld een huurder en een verhuurder anders te beschouwen dan die tussen een erfpachter en een grondeigenaar. Dat uitgangspunt bevordert de eenheid in het rechtssysteem.

Zelfs als geen enkele uitzondering wordt gemaakt op dit uitgangspunt, zou de relatie tussen de erfpachter en de grondeigenaar niet uitblinken in flexibiliteit. Ook binnen langdurige obligatoire relaties geldt dat de overeenkomst moet worden nagekomen zoals zij gesloten is. Ook daar kan een wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden enkel worden afgedwongen wanneer ongewijzigde

instandhouding van de relatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:258 BW). Wil men een rechtsverhouding creëren die ook in minder bijzondere gevallen ruimte laat voor een aanpassing op grond van veranderde omstandigheden, dan moeten daartoe in de overeenkomst zelf adequate voorzieningen worden getroffen. Dat is – de toekomst is nu eenmaal onzeker – niet eenvoudig. De oplossing voor dat probleem is over het algemeen gelegen in bepalingen die een voortijdige beëindiging van de relatie mogelijk maken, waarna opnieuw kan worden gecontracteerd.

In het geval van erfpachtverhoudingen wordt de flexibiliteit nog door extra factoren negatief beïnvloed. De relatie tussen de erfpachter en de grondeigenaar verschilt op een aantal terreinen van de verhouding tussen twee contractanten en op die terreinen is er reden voor een uitzondering op de hier gestelde hoofdregel. In de eerste plaats kan een wijzigingsbepaling goederenrechtelijke werking missen, omdat zij betrekking heeft op factoren die niet tot de erfpachtverhouding behoren of omdat zij in ethisch of economisch opzicht een te grote last opleveren.<sup>466</sup> Dat risico is het grootst in het geval van bedingen die omvangrijke aanpassingen van de rechtsverhouding mogelijk maken, zonder dat is voorzien in een zorgvuldige wijzigingsprocedure waarin alle betrokken belangen aan bod komen. Ook is denkbaar dat een beding goederenrechtelijke werking mist, omdat het in strijd komt met dwingendrechtelijke bescherming die het regime van titel 5.7 BW aan de erfpachter biedt. Voor wat betreft de flexibiliteit van de erfpachtrelatie is in dit verband vooral problematisch dat de erfpachter dwingende bescherming geniet tegen lichtvaardige beëindiging van de erfpacht;<sup>467</sup> een terrein waarop binnen verbintenisrechtelijke relaties juist veel mogelijk is om de flexibiliteit te vergroten. Met name tegen opzeggingen wegens tekortschieten wordt de erfpachter goed beschermd. Ik acht strijdig met de strekking van het dwingendrechtelijke art. 5:87 lid 2 BW, de bepaling die de eigenaar in het geval van tekortschieten van de erfpachter de bevoegdheid geeft de inhoud van de rechtsverhouding ingrijpend te veranderen.

Behalve door het gesloten systeem van beperkte rechten en de dwingendrechtelijke bescherming die de erfpachter op grond van titel 5.7 BW geniet, wordt de flexibiliteit van de rechtsverhouding beïnvloed door het feit dat erfpachter en grondeigenaar hun wederpartij niet in alle gevallen zelf hebben gekozen; zij raken – in plaats daarvan – betrokken bij een rechtsverhouding die door anderen tot stand is gebracht. Gevolg daarvan is dat verschillende verbintenisrechtelijke leerstukken niet zonder meer (kunnen) worden toegepast op de erfpachtverhouding.

---

<sup>466</sup> Zie hiervoor in hoofdstuk IV, voor de criteria aan de hand waarvan de goederenrechtelijke werking van een beding moet worden beoordeeld.

<sup>467</sup> Zie hierna in hoofdstuk VI.

Illustratief is de algemene-voorwaardenregeling van titel 6.5.3 BW, die volgens art. 6:216 BW ook de geldigheid van bedingen in de erfpachtverhouding kan aantasten. Doordat echter de onredelijke bezwarendheid van algemene voorwaarden mede afhankelijk is van de wederpartij (die in geval van erfpacht onafhankelijk van de instemming van de gebruiker van de voorwaarden kan veranderen), heeft de regeling voor erfpachtvoorwaarden een andere betekenis dan voor normale contracten. Een ander voorbeeld betreft de uitleg van de rechtsverhouding: de betekenis van een overeenkomst is afhankelijk van de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en op hetgeen ze te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.<sup>468</sup> Die norm is bruikbaar in het geval van een contractuele verhouding die is ontstaan na uitvoerige onderhandelingen tussen beide partijen, maar niet zonder meer in een goederenrechtelijke relatie waartoe men is toegetreden na (hooguit) kennis te hebben genomen van een in de openbare registers ingeschreven akte. Ten slotte wordt in dit verband vaak gewezen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, die in verbintenisrechtelijke verhoudingen sterker zou zijn dan in goederenrechtelijke.

Hierna wordt verder uitgewerkt in welke opzicht een erfpachtverhouding op deze drie terreinen verschilt van een zuiver verbintenisrechtelijke verhouding.<sup>469</sup> Op die manier wordt getracht inzichtelijk te maken in welke opzichten de erfpachtverhouding daadwerkelijk een 'star' karakter heeft. Vervolgens komt de positie van derden, zoals hypotheekhouders, ter sprake.

## *2.2. Beperkingen: de verhouding tussen de erfpachter en de bloot eigenaar*

### *2.2.1. De werking van de redelijkheid en billijkheid*

Naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad in de procedure tussen de Gemeente Den Haag en de Stichting Belangenbehartiging Erfpachters,<sup>470</sup> vraagt Struycken aandacht voor de relevantie van (van oorsprong) verbintenisrechtelijke begrippen voor goederenrechtelijke verhoudingen.<sup>471</sup> In het bijzonder gaat het hem om de 'redelijkheid en billijkheid' van art. 6:248 BW, die volgens de Advocaat-Generaal in haar conclusie bij het genoemde arrest ook op de erfpachtverhouding van toepassing is. Zij baseert dat op de (schakel)bepaling van art. 6:216 BW, waarin geregeld wordt dat de afdelingen 6.5.1-6.5.4 BW van overeenkomstige toepassing zijn op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen, voor zover de aard van die rechtshandeling zich daartegen niet verzet. Struycken heeft moeite met die redenering, in de eerste plaats omdat

---

<sup>468</sup> Vgl. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635

<sup>469</sup> De zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden en de beëindiging van de erfpacht worden behandeld in respectievelijk hoofdstuk IV en VI.

<sup>470</sup> HR 26 maart 1999, *NJ* 1999, 446.

het erfpachtrecht niet als een rechtshandeling, maar als een rechtsverhouding moet worden aangemerkt.

Hoewel hij daarin op zichzelf volkomen gelijk heeft, heb ik minder moeite met de ‘vertaalslag’ van de A-G. Van belang is dat de erfpachtverhouding op meer plaatsen in het BW als een overeenkomst wordt gekwalificeerd. Art. 7:399d BW bepaalt dat de pachtregels van overeenkomstige toepassing zijn op de *overeenkomst waardoor, of krachtens welke* tegen een vergoeding ineens of in termijnen zakelijke genotsrechten voor vijftwintig jaar of korter, dan wel voor onbepaalde tijd op hoeven of los land worden gevestigd. Het woord ‘waarvoor’ is hier, naast de term ‘krachtens welke’ opgenomen om te bewerkstelligen dat de pachtregels ook op de goederenrechtelijke verhouding van toepassing zijn. Deze verhouding wordt in de parlementaire toelichting aangeduid als een ‘zakelijke overeenkomst’.<sup>472</sup> Kennelijk is men ervan uitgegaan dat de erfpachtverhouding, net zoals een huur- of een pachtverhouding, gezien kan worden als een soort verzakelijkte (duur)overeenkomst. Die kwalificatie mag op het eerste oog wonderlijk lijken; in het licht van de in het voorgaande besproken gedachte, dat een goederenrechtelijke relatie primair moet worden gekarakteriseerd als een kwalitatief bepaalde obligatoire gebondenheid, is zij ook weer niet zo heel erg vreemd. In ieder geval is bij de uitleg van art. 7:399d BW bij mijn weten nog niemand gestruikeld over het woord ‘overeenkomst’: de bepaling wordt overeenkomstig de kennelijke bedoeling van de wetgever uitgelegd.

Een teleologische uitleg van art. 6:216 BW zou evenmin op problemen moeten stuiten. Daarbij wijs ik erop dat in het slot van die bepaling uitdrukkelijk is geregeld dat overeenkomstige toepassing achterwege blijft voor zover de strekking van een regel in afdeling 6.5.1-6.5.4 BW zich daartegen verzet. De principiële discussie die Struycken aan de orde stelt kan dus binnen die tenzijclausule plaatsvinden, zonder dat onmiddellijk de conclusie moet volgen dat bijvoorbeeld de regeling van titel 6.5.3 BW (algemene voorwaarden) ook niet op erfpachtverhoudingen van toepassing is.

Die principiële discussie betreft de dogmatische wenselijkheid van het gebruik van het begrippenpaar ‘redelijkheid en billijkheid’ in goederenrechtelijke verhoudingen. Struycken wijst erop dat ook in zulke verhoudingen weliswaar correctiemechanismes nodig zijn (vergelijkbaar met de redelijkheid en billijkheid), om te waarborgen dat principes als proportionaliteit en subsidiariteit hun beslag krijgen. Echter, tussen die goederenrechtelijke mechanismes en de verbintenisrechtelijke redelijkheid en billijkheid ziet hij een principieel verschil dat

---

<sup>471</sup> Struycken 2000, p. 91 e.v.

<sup>472</sup> *Kamerstukken II* 1954/55, 3 884, nr. 3, p. 47-48 (MvT). Het begrip ‘zakelijke overeenkomst’ wordt hier overigens op een andere wijze gebruikt dan in de huidige literatuur gebruikelijk is. Zie over de achtergronden bij deze bepaling en haar wellicht ietwat wonderlijke formulering nader Vonck 2008, p. 969.

in de te hanteren terminologie tot uitdrukking moet komen. Struycken stelt dat in goederenrechtelijke verhoudingen ook *inter partes* een grotere mate van stabiliteit wordt verwacht dan in verbintenisrechtelijke verhoudingen. Op zichzelf is dat – ik lichtte dat in paragraaf 2.1 al toe – juist. De vraag is echter wel in hoeverre daarin een rechtvaardiging kan worden gevonden voor de introductie van een correctiemechanisme dat afwijkt van de redelijkheid en billijkheid.

De mate van stabiliteit die in een bepaalde verhouding mag worden verwacht is sterk afhankelijk van de aard van de betreffende rechtsverhouding. Daarbij kan men op basis van tal van criteria onderscheid maken. Hoewel het goederenrechtelijke karakter van een verhouding een indicatie is om een grotere mate van stabiliteit te verlangen, is het uiteindelijk niet zo dat goederenrechtelijke verhoudingen zich aan de ene kant van het spectrum bevinden en obligatoire relaties aan de andere kant. Zo wordt de ontbinding van wederkerige overeenkomsten vrijwel nooit in strijd geacht met de redelijkheid en billijkheid.<sup>473</sup> Bij de goederenrechtelijke tegenhanger van art. 6:265 BW bij erfpacht, dus de opzegging wegens tekortschieten op de voet van art. 5:87 lid 2 BW, ligt dat geheel anders: beëindiging op de voet van die bepaling is in de regel niet gerechtvaardigd als aannemelijk is dat het ernstige tekortschieten spoedig zal ophouden.

Ik acht het weinig vruchtbaar een scherp onderscheid te maken tussen een strenge toets en een soepele toets of tussen art. 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid) en art. 6:248 lid 2 BW (derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid).<sup>474</sup> Zou men een dergelijk onderscheid maken, dan verplaatst daarmee het probleem naar de vraag in welke gevallen het ene leerstuk moet worden toegepast en in welke gevallen het andere. Bovendien gaat het bij de toepassing van dit soort correctiemechanismen altijd om een belangenafweging. De aard van de bevoegdheid, het karakter van de rechtsverhouding en de wederzijdse belangen bepalen uiteindelijk of een correctie op het wettelijke uitgangspunt gerechtvaardigd is. Daarbij bestaat op zichzelf wel een glijdende schaal met aan de ene kant bevoegdheden die relatief gemakkelijk kunnen worden misbruikt en aan de andere kant de bevoegdheden die niet of nauwelijks voor misbruik vatbaar zijn. Verbintenisrechtelijke bevoegdheden bevinden zich daarbij echter niet per se aan de ene kant van het spectrum, terwijl goederenrechtelijke bevoegdhe-

---

<sup>473</sup> Zie paragraaf 2.3.3.2 van het hoofdstuk VI.

<sup>474</sup> Vgl. Fesevur 2000, p. 23, die het verschil tussen beide bepalingen aldus verklaart, dat strijd met de redelijkheid en billijkheid reeds kan worden aangenomen na een belangenafweging tussen betrokkenen, terwijl om van misbruik van bevoegdheid te kunnen spreken hier nog bij moet komen dat de betreffende persoon naar redelijkheid niet tot uitoefening van zijn bevoegdheid had kunnen komen. Die redenering ziet eraan voorbij dat art. 6:2 lid 2 of 248 lid 2 BW ook pas rechtsgevolgen sorteert wanneer een beroep op een beding 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is'. Op zichzelf is het wel juist dat de werking van de redelijkheid en billijkheid soms tot een gelijkwaardige belangenafweging verplicht, echter dat vloeit niet voort uit het leerstuk zelf, maar hangt samen met het terrein waarop dat wordt toegepast.



den aan de andere kant staan. Op zichzelf kan het begrippenpaar ‘redelijkheid en billijkheid’ daarom ook in goederenrechtelijke relaties uitstekend dienst doen, mits men zich bij de toepassing daarvan maar steeds bewust is van de bijzonderheden van de betreffende relatie. Aan een apart correctiemechanisme, zoals door Struycken bepleit, bestaat naar mijn mening geen behoefte, met name niet omdat het goederenrechtelijke karakter van de rechtsverhouding slechts één (van de vele) factor(en) is die een rol speelt bij de beantwoording van de vraag of ruimte is voor een geslaagd beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Ik teken ten slotte nog aan dat de term ‘redelijkheid en billijkheid’ op zichzelf ook niet meer zegt dan dát er een correctiemogelijkheid is voor gevallen waarin onverkorte toepassing van regels naar het oordeel van de rechter ongewenst is. Een inhoudelijke maatstaf geeft het begrip niet. Omdat het slechts aangeeft dat in een individueel geval de mogelijkheid bestaat om een bepaalde regel niet toe te passen, is naar mijn mening ook in de belangen van de rechtsopvolgers van de erfpachter of de bloot eigenaar geen zelfstandig argument gelegen om terughoudend te zijn in de toepassing van het betreffende leerstuk. Zijn die belangen in een bepaald geval relevant, dan bepalen zij mede wat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in die situatie met zich meebrengen. Vaak zijn derdenbelangen echter in het geheel niet in het geding. De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid reguleert immers alleen hoe *deze* twee partijen (de erfpachter en de grondeigenaar) met *elkaar* om moeten gaan en in hoeverre zij jegens elkaar een beroep mogen doen op de onderdelen van hun rechtsverhouding. Wanneer er een nieuwe erfpachter of grondeigenaar komt, kan het heel wel zo zijn dat de normen in de rechtsverhouding anders komen te liggen. Als bijvoorbeeld erfpachter A bij de grondeigenaar B het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt een bepaald beding op wijze x te begrijpen en uit te voeren, hoeft het nog niet zo te zijn dat (rechtsopvolgende) erfpachter C ook aan wijze x gebonden is. Fesevur zegt het als volgt: “Hetgeen *in concreto* tussen A en B als redelijk en billijk geldt [heeft] geen goederenrechtelijke werking [...]. In de relatie B-C moet opnieuw worden beoordeeld wat de redelijkheid en billijkheid op het punt van de eventuele bijzondere verplichting jegens B meebrengt.”<sup>475</sup>

### 2.2.2. De algemene-voorwaardenregeling

In de discussie over de toepasselijkheid van verbintenisrechtelijke normen op goederenrechtelijke verhoudingen, verdient de algemene-voorwaardenregeling van afdeling 6.5.3 BW bijzondere aandacht. Het is namelijk de vraag of de systematiek van deze regeling niet te veel op verbintenisrechtelijke verhoudingen is toegesneden om op erfpachtverhoudingen van toepassing te kunnen zijn. In 1995 wijdt Huijgen, in zijn preadvies voor de jaarvergadering van de KNB, een

uitgebreide passage aan deze problematiek.<sup>476</sup> Goed mogelijk is volgens Huijgen dat een bepaald beding, opgenomen in de zwarte lijst van art. 6:236 BW, jegens een eerste erfpachter (ondernemer) niet onredelijk bezwarend is, dat deze persoon zijn recht overdraagt aan een consument die vervolgens de vernietiging van het betreffende beding vordert, waarna laatstgenoemde de erfpacht weer overdraagt aan een – wellicht zelfs dezelfde – ondernemer. Deze ondernemer is dan van het vernietigde beding verlost, terwijl de algemene-voorwaardenregeling zijn belang daarbij helemaal niet beoogt te beschermen. Hier lijkt zich te wreken dat de sanctie van afdeling 6.5.3 BW (vernietigbaarheid) de overeenkomst als zodanig betreft, terwijl men niet meer beoogt te beschermen dan de belangen van individuele wederpartijen. In verbintenisrechtelijke verhoudingen bestaat daartegen geen bezwaar – de wederpartij van een gebruiker van algemene voorwaarden kan slechts met de instemming van die gebruiker worden opgevolgd door iemand anders (art. 6:159 BW) – maar in goederenrechtelijke verhoudingen lijkt de sanctie van art. 6:248 lid 2 BW (dat slechts aan individuele personen in bepaalde omstandigheden een beroep op een beding ontzegt) op het eerste oog juist.

Bij nadere analyse van de algemene-voorwaardenregeling blijkt de sanctie van art. 6:233 BW minder te wringen met de (eenvoudige) overdraagbaarheid van erfpachtrechten dan aanvankelijk gedacht. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt wat de redenen zijn die aan de keuze voor deze sanctie ten grondslag liggen:

“Daarbij valt in de eerste plaats te bedenken dat artikel 6:233 onder a noodzakelijkerwijs een andere structuur heeft dan voormelde bepalingen [art. 6:2 lid 2 en art. 6:248 lid 2 BW; FJV], omdat dit artikel is toegespitst op een bijzonder rechtsgevolg: vernietigbaarheid van het desbetreffende beding. Een vernietigingsgrond eist een scherpere afgrenzing dan de voormelde algemene maatstaven, juist vanwege hun algemeen karakter, kunnen geven. Daarbij komt dat het in art. 6:233 onder a in essentie gaat om toetsing van de inhoud van de overeenkomst, terwijl bij de art. 6:2 en 6:248 de nadruk op iets anders ligt, nl. op een toetsing van de gedragingen van de betrokken partijen jegens elkaar.”<sup>477</sup>

Deze passage geeft er blijk van dat de wetgever bij het opstellen van afdeling 6.5.3 BW wel degelijk rekening gehouden heeft met het bijzondere karakter van de sanctie van art. 6:233 sub a BW. Zorgvuldige lezing leert dat het bij de beoordeling van de onredelijke bezwarendheid enkel en alleen gaat om de inhoud van de overeenkomst. Die wordt als zodanig niet beïnvloed door omstandigheden die zich na het sluiten van de overeenkomst voordoen en met dergelijke

---

<sup>475</sup> Fesevur 2000, p. 42.

<sup>476</sup> Huijgen 1995, p. 125-129.

<sup>477</sup> PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1595 (Nota EV).

omstandigheden moet bij de beoordeling van de onredelijke bezwarendheid dus ook geen rekening worden gehouden.

Voor de bedingen in de erfpachtverhouding betekent dit dat ook een overdracht – als latere omstandigheid – er niet toe kan leiden dat zij vernietigbaar worden op de voet van art. 6:233 sub a BW. Dergelijke latere omstandigheden zouden eventueel wel tot gevolg kunnen hebben dat het beroep op een beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt (art. 6:248 lid 2 BW), maar zij maken het beding zelf niet onredelijk bezwarend.

De vraag is nog wel of uit art. 6:233 sub a BW ook moet worden afgeleid dat met het woord ‘wederpartij’ ook slechts wordt bedoeld op de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. De bewoordingen van de bepaling laten op dat punt ruimte voor twijfel. Uit een redelijke uitleg van art. 6:233 sub a BW, in de context van de overige bepalingen van afdeling 6.5.3 BW, volgt niettemin een bevestigende beantwoording van die vraag. In het artikel wordt immers uitdrukkelijk aangegeven dat het steeds gaat om de ‘wederzijds kenbare belangen’. Daartoe verhoudt zich niet goed dat ook de (onbekende) belangen van rechtsopvolgers in de beoordeling moeten worden betrokken. Ook in het licht van de zwarte en grijze lijsten (art. 6:236 en 237 BW) lijkt het niet waarschijnlijk dat ermee rekening moet worden gehouden dat de wederpartij op een later moment verandert in een consument.<sup>478</sup> Het is bijvoorbeeld niet zo dat degene die als ondernemer een auto least een rechtstreeks beroep kan doen op een van deze lijsten wanneer hij de auto enige tijd na aankoop enkel nog gebruikt om boodschappen te doen voor zijn gezin. Net zo min als van de lessor verwacht wordt dat hij rekening houdt met dit soort van ontwikkelingen, behoeft degene die zijn grond met een ondernemingsgerelateerde gebruiksfunctie in erfpacht uitgeeft bedacht te zijn op een mogelijke overdracht aan een particulier. In het geval van een erfpachtrecht met een gebruiksfunctie die is toegesneden op particulier gebruik, lijkt mij dat ongewenste effecten van deze lezing van het begrip ‘wederpartij’ voorkomen kunnen worden met reflexwerking van de grijze en de zwarte lijsten. In die situatie is dat ook in het licht van de positie van de gebruiker van de voorwaarden goed te rechtvaardigen.

De hier voorgestane lezing van de term ‘wederpartij’ is in het bijzonder geboden waar het de terhandstellingsverplichting van art. 6:233 sub b BW betreft.<sup>479</sup> Aan die verplichting is op grond van art. 6:234 lid 1 sub a BW name-

---

<sup>478</sup> Ook Algemene voorwaarden 2010 (Wessels & Wissink), p. 204 gaat ervan uit dat het erom gaat of de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Zie in dit verband ook Hijma 2010, nr. 29, die tevens ingaat op de vraag in hoeverre voor de gebruiker kenbaar moet zijn dat hij te doen heeft met een consument als wederpartij.

<sup>479</sup> Van Rijssen 2006, p. 208 komt in het kader van de contractsovername ook tot de conclusie dat de oorspronkelijke gebruiker geen terhandstellingsplicht heeft jegens de contractsovername.

lijk voldaan wanneer de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand zijn gesteld. Met ‘het sluiten van de overeenkomst’ wordt in dit verband – tegen de achtergrond van de hiervóór besproken betekenis van de term ‘wederkerige rechtshandelingen’ in art. 6:216 BW – immers bedoeld op de totstandkoming van de erfpachtverhouding. Op dat tijdstip dienen de voorwaarden ter hand te zijn gesteld aan degene die op dat moment erfpachter wordt.

Terzijde verdient nog vermelding dat bij een transactie tussen een erfpachter en diens rechtsopvolger, de verkopende partij niet geldt als ‘gebruiker’ in de zin van art. 6:231 sub b BW. In de eerste plaats moet art. 6:231 sub b BW worden gelezen in onderlinge samenhang met art. 6:231 sub a BW: iemand is alleen gebruiker wanneer hij de bedingen heeft bestemd om op te nemen in een aantal overeenkomsten. Een andere uitleg zou tot gevolg hebben dat ook iedereen die bij de vervreemding van zijn woning gebruikmaakt van bijvoorbeeld NVM-modelcontracten, afdeling 6.5.3 BW tegen zich moet laten gelden. Dat is in strijd met de strekking van de algemene-voorwaardenregeling.<sup>480</sup> Daar komt bij dat de algemene voorwaarden in de situatie van de vervreemding door een zittende erfpachter, niet de voorwaarden van hun onderlinge rechtsverhouding bepalen, maar het voorwerp vormen van de overeenkomst. Dat maakt de bedingen in hun verhouding tot onderdeel van één van de kernbedingen, waarop afdeling 6.5.3 BW niet van toepassing is.<sup>481</sup>

### 2.2.3. Uitleg van rechtsverhoudingen

Voor de vestiging van een erfpachtverhouding is een geldige titel vereist, die gevolgd wordt door een vestigingshandeling, verricht door een beschikkingsbevoegde (art. 3:84 lid 1 jo. art. 98 BW). Deze regel toont bij uitstek de nauwe verbondenheid tussen het verbintenissenrecht en het goederenrecht: de titel komt tot stand overeenkomstig de regels van het verbintenissenrecht, terwijl de vestiging zelf en het erfpachtrecht dat daaruit geboren wordt goederenrechtelijk van aard zijn. Het is dan ook geen wonder dat de fricties tussen beide rechtsgebieden zich met name laten gevoelen rondom de vestiging van beperkte rechten en de overdracht van goederen. In het bijzonder op het terrein van de uitleg van dergelijke handelingen is de laatste jaren veel geschreven.

De titel laat zich theoretisch het best uitleggen overeenkomstig de Haviltex-maatstaf: deze is in het algemeen het resultaat van de wilsovereenstemming tussen twee partijen, dus hoe anders dan door te onderzoeken “welke zin deze

---

<sup>480</sup> Zie nader Hijma 2010, nr. 18.

<sup>481</sup> Onder het begrip ‘kernbeding’ worden gewoonlijk begrepen de hoofdverplichtingen van beide partijen. Dus in het bijzonder de hoogte van de prijs en het voorwerp van het gekochte. Zie nader: Algemene voorwaarden 2010 (Jongeneel), p. 99-105 en Hijma 2010, nr. 14.

partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten”,<sup>482</sup> kan in de bij ons geldende wils-/vertrouwensleer het best worden beoordeeld wat de inhoud van het overeengekomene precies is? Toegepast op de vestiging van beperkte rechten, moet ook deze maatstaf tot een zeer objectieve uitleg leiden. Het betreft immers bij uitstek een overeenkomst waarvan de inhoud wordt geconcipieerd met het oog op de binding van latere erfpachters en grondeigenaren die bij de totstandkoming niet aanwezig zijn geweest. Dat leidt ertoe dat ook de oorspronkelijke contractspartijen er in principe redelijkerwijs op mogen vertrouwen dat hun wederpartij datgene bedoelt wat opgeschreven is. In het geval van registergoederen komt daar de omstandigheid bij dat de titel in de notariële leveringsakte wordt vermeld. Het is eenvoudigweg de taak van de notaris om erop toe te zien dat de uiteindelijke tekst van de titel in overeenstemming is met datgene wat de contracterende partijen hebben bedoeld. Zoals ook in obligatoire verhoudingen strakker vastgehouden wordt aan de letter van het contract wanneer men zich bij het opstellen daarvan heeft laten begeleiden door een juridische professional, zo geldt ook bij de uitleg van een in een notariële akte omschreven titel dat uitleg volgens de geobjectiveerde Haviltex-norm geboden is. Echter, inherent aan de geobjectiveerde Haviltex-methode is dat tegenbewijs wel mogelijk is; het blijft immers een toepassing van de Haviltex-norm, dus het blijft gaan om de beantwoording van de vraag wat deze partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs voor betekenis aan de bepalingen mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

Uitlegvraagstukken bij de overdracht van onroerend goed of de vestiging van een beperkt recht daarop, blijven niet beperkt tot de uitleg van de titel. Ook de levering zelf behoeft uitleg. De discussie betreft over het algemeen de vraag naar het precieze stuk grond waarop de overdracht of vestiging betrekking heeft. De Hoge Raad laat zich over dit vraagstuk uit in de zaak tussen de Stichting Eelder woningbouw en Van Kammen c.s. Die partijen zijn het er niet over eens of het overgedragen stuk grond ook een gedeelte van het tuinpad omvat, grenzend aan een tuin die in ieder geval wel in de overdracht betrokken was. Ons hoogste rechtscollege geeft de volgende uitlegregel:

“bij de beantwoording van die vraag komt het aan op de in de notariële akte van levering tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling die moet worden afgeleid uit de in deze akte opgenomen, naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte uit te leggen omschrijving van de over te dragen onroerende zaak. Nu het Hof, evenals de Rechtbank, op grond van deze uitleg tot de conclusie was gekomen dat het litigieuze pad geen onderdeel vormde van de onroerende zaak zoals deze in de akte van levering was omschreven, was daarmee het geschil tussen partijen beslist. Voor

---

<sup>482</sup> HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.

bewijsvoering over de partijbedoeling bij het sluiten van de koopovereenkomst was, anders dan het Hof heeft geoordeeld, in dit geval geen plaats meer.”<sup>483</sup>

Kortom, de Haviltex-maatstaf geldt wel bij de uitleg van de titel, maar niet bij de uitleg van de daarop gebaseerde levering: die moet strikt objectief worden uitgelegd. Deze rechtsoverweging heeft reeds vele pennen in beweging gebracht. De kritiek op de uitspraak van de Hoge Raad spitst zich in het bijzonder toe op de onwenselijkheid van discrepanties die in deze leer kunnen bestaan tussen de (tekstueel gelijke) titel en levering. In het bijzonder Breedveld-de Voogd maakt zich er sterk voor om ook bij de uitleg van de akte van levering gebruik te maken van een geobjectiverde Haviltex-norm.<sup>484</sup>

De Hoge Raad houdt niettemin vast aan zijn koers: niet alleen de vraag naar de grenzen van een geleverd stuk grond, ook de vraag of een in de openbare registers ingeschreven akte al dan niet de vestiging inhoudt van een erfdiensbaarheid (of dat in plaats daarvan een persoonlijk recht is vastgelegd), moet naar objectieve maatstaven worden beantwoord.<sup>485</sup> Voor een objectieve uitleg is in die gevallen veel te zeggen: of een leveringshandeling of een vestiging van een beperkt recht wel of niet heeft plaats gevonden, is – anders dan de inhoud van een contractuele verhouding – geen kwestie van wil en vertrouwen. In het geval van roerende zaken is dat het duidelijkst: of ik mijn fiets verkocht heb, hangt af van de precieze afspraken die ik met mijn wederpartij heb gemaakt; of ik de fiets heb geleverd is daarentegen een puur feitelijke kwestie, waarvan de geldigheid en de inhoud niets te maken hebben met mijn wil.<sup>486</sup> In het geval van registergoederen is dat niet principieel anders, hoewel deze met een akte bevattende een aantal woorden – die altijd enige uitleg behoeven – worden geleverd. Ook die levering dient dogmatisch naar mijn mening te worden gezien als een zuiver feitelijke handeling waarvan de geldigheid en de

---

<sup>483</sup> HR 8 december 2000, *NJ* 2001, 350, m.nt. W.M. Kleijn. Vgl. ook HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 251. In die zaak ging het om de beantwoording van de vraag of er een erfdiensbaarheid gevestigd was. Zoals in het navolgende nog verder uitgewerkt wordt, zou de toetsingsmaatstaf anders moeten zijn geweest wanneer de vraag beantwoord moest worden wat de inhoud van deze erfdiensbaarheid precies was, zij het dat het praktische verschil tussen beide maatstaven nihil zou zijn nu in bedoelde casus de erfdiensbaarheid reeds in 1909 gevestigd was.

<sup>484</sup> Zie o.m. Breedveld-de Voogd 2002, Breedveld-de Voogd 2007, p. 183 e.v. en Breedveld-de Voogd 2009, p. 63-71. Vgl. ook Verstappen 2003, p. 157 e.v.

<sup>485</sup> HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 251.

<sup>486</sup> Voorstanders van de theorie van de ‘goederenrechtelijke overeenkomst’ denken daarover anders. Die figuur is echter overbodig om ons overdrachtssysteem theoretisch te verklaren, in de wet zijn onvoldoende aanknopingspunten terug te vinden om de conclusie te kunnen rechtvaardigen dat zij toch bestaat en bovendien maakt de figuur (o.a.) de vraagstukken op het terrein van de uitleg in het goederenrecht nodeloos ingewikkeld. Ik sluit me dan ook graag aan bij het recente pleidooi van Bergervoet 2009, tegen de goederenrechtelijke overeenkomst. Zie mijn noot onder het hierna te noemen HR 22 oktober 2010, in *TBR* 2011/33.

betekenis niet afhankelijk zijn van de wil en het vertrouwen van de bij die handeling betrokken partijen. Dat dit kan leiden tot een verschillende uitleg van de overeenkomst en de daarop volgende levering, is niet onoverkomelijk: blijkt bij de uitleg van de overeenkomst dat geleverd moet worden, maar is dat blijkens de uitleg van de akte van levering niet gebeurd, dan dient alsnog levering plaats te vinden; is daarentegen iets geleverd wat niet door de onderliggende rechtsverhouding wordt gerechtvaardigd, dan is dit niet overgedragen omdat een geldige titel ontbreekt.<sup>487</sup>

Het ligt niet onmiddellijk voor de hand om ook van een strikt objectieve uitleg uit te gaan bij onduidelijkheid over de betekenis van de rechtsverhouding tussen een moeder- en een dochtergerechtigde.<sup>488</sup> Ziet men de levering – met mij – als een zuiver feitelijke handeling waarbij het object van het goederenrechtelijke recht wordt verschaft aan de verkrijger, dan kan de inhoud van bijvoorbeeld een erfpachtverhouding slechts voortvloeien uit de titel die de rechtvaardiging vormt voor de totstandkoming van die verhouding, te weten de overeenkomst tot uitgifte in erfpacht. Die titel is een rechtshandeling die overeenkomstig de Haviltex-norm behoort te worden uitgelegd. Gaat men – met bijvoorbeeld Breedveld-de Voogd – uit van de gedachte dat ook de levering een rechtshandeling is, waarvan inhoud en betekenis afhankelijk zijn van wil en vertrouwen van de betrokkenen, dan ligt reeds daarom in de rede dat de erfpachtverhouding wordt uitgelegd aan de hand van de Haviltex-norm.

De Hoge Raad wil echter ook hier niet van een subjectieve uitleg weten. In 2010 oordeelt hij in een geschil over een benzinstation.<sup>489</sup> Dat behoort krachtens een opstalrecht toe aan Kamsteeg, die de zaak heeft verhuurd aan Shell. De voorwaarden waaronder het opstalrecht gevestigd is, regelen dat het opstalrecht eindigt indien de opstaller, na het eindigen van de bestaande huur, niet in staat is de zaak opnieuw te verhuren tegen een jaarlijkse huurprijs van ten minste dertig procent van de grondwaarde. Een bepaling waarvan – zo wordt ten overvloede nog maar eens door deskundigen bevestigd – niet waarschijnlijk is dat bedoeld is wat er staat; een rendement van dertig procent is feitelijk immers volstrekt onhaalbaar. Niettemin gaat de Hoge Raad ook in deze kwestie uit van een zuiver objectieve uitleg: dertig procent is dertig procent. Als Kamsteeg wil voorkomen dat grondeigenaar Lisser zich met succes op het eindigen van het opstalrecht

---

<sup>487</sup> In het bijzonder HR 22 april 1994, *NJ* 1995, 560, m.nt. W.M. Kleijn, werpt wel de vraag op of ons hoogste rechtscollege niet te weinig ruimte laat om bewijs te leveren tegen het uitgangspunt dat de in de notariële akte opgetekende titel overeenkomt met de partijbedoeling. Zie o.a. Verstappen 2003, p. 165.

<sup>488</sup> Discrepancies tussen de tekst in de overeenkomst en de tekst in de leveringsakte zullen bovendien veel lastigere juridische vragen opwerpen, omdat lang niet altijd gemakkelijk te zeggen is welk van beide het meestomvattend is. Vgl. F.M.J. Verstijlen in zijn annotatie bij het in de volgende voetnoot vermelde arrest.

<sup>489</sup> HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011, 111.

beroept, zal deze hard moeten maken dat Lisser misbruik van bevoegdheid maakt door zich – in de wetenschap dat het beding zo niet was bedoeld – te beroepen op de letterlijke tekst van de voorwaarde.

Hoe kan de stringente benadering van ons hoogste rechtscollege worden verklaard? Volgens Wissink, de Advocaat-Generaal die concludeert in de zaak Kamsteeg/Lisser, moet de rechtvaardiging voor de objectieve uitleg vooral worden gezocht in het voor registergoederen geldende stelsel van publiciteit.<sup>490</sup> Die verklaring is enigszins opmerkelijk, omdat onze openbare registers niet bedoeld zijn om onomstotelijke zekerheid te verschaffen over de rechtstoestand van registergoederen: van oorsprong is ons registerstelsel negatief. Bepaalde feiten – in het bijzonder de levering, afstand en vestiging van registergoederen (art. 3:89 en 98 BW) – moeten worden ingeschreven, bij gebreke waarvan ze zich niet voordoen, maar voor andere rechtsfeiten die voor de rechtstoestand van registergoederen relevant zijn geldt dat zij over het algemeen weliswaar ingeschreven kunnen worden (art. 3:17 BW), maar dat zij zich ook rechtsgeldig kunnen voordoen zonder zo'n inschrijving. Consequentie van niet-inschrijving is dan enkel dat bepaalde – specifiek in de wet omschreven – derden bescherming genieten, bijvoorbeeld op grond van art. 3:24 BW. Van dat regime wordt in de literatuur ook uitgegaan waar het de verplichting van art. 3:89 lid 2 BW betreft, op grond waarvan de titel nauwkeurig in de leveringsakte omschreven moet worden: het niet of onnauwkeurig vermelden van de titel heeft niet tot gevolg dat de overdracht ongeldig is of dat alleen datgene wat wel vermeld is tot de titel behoort, maar enkel dat rechtsopvolgers onder bijzondere titel die niet met de werkelijke titel bekend zijn derdenbescherming genieten.<sup>491</sup>

In deze systematiek is de publiciteit in de registers dus niet leidend. Niettemin is aannemelijk dat het inderdaad het publiciteitsargument is dat de Hoge Raad tot zijn objectieve uitleg brengt. Ook op andere terreinen zien we namelijk dat zonder expliciete wettelijke grondslag wordt aangenomen dat rechtsfeiten zich enkel met een inschrijving in de registers kunnen voordoen, waarbij in het bijzonder vermelding verdient dat de middellijke verkrijging van registergoederen onmogelijk is.<sup>492</sup> Tekenend is bovendien dat de Hoge Raad zich in uitlegkwe-

---

<sup>490</sup> M.H. Wissink, conclusie bij HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011, 111, nr. 3.11. Hij sluit zich hier aan bij Bartels 2004. Aardig te vermelden is overigens dat dit argument de Hoge Raad, op de dag waarop Wissink zijn conclusie uitbracht, niet expliciet tot de objectieve uitleg van kwalitatieve verbintenissen bracht. De wijze waarop deze verplichtingen uitgelegd moeten worden, wordt in HR 18 juni 2010, *NJ* 2010, 354 in het midden gelaten.

<sup>491</sup> Huijgen 1992, p. 135, Asser/Mijnssen & De Haan (2006) 3-I, nr. 254 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 192.

<sup>492</sup> HR 2 april 1976, *NJ* 1976, 450.



ties met betrekking tot de overdracht en verpanding van vorderingen, wel bedient van de Haviltex-methode.<sup>493</sup>

Het lijken dus de registers te zijn die tot de objectieve methode van uitleg noodzaken: hoewel naar de letter van de wet slechts de rechtsopvolgers onder bijzondere titel die met de werkelijk overeengekomen erfpachtvoorwaarden onbekend zijn (art. 3:24 en 26 BW) een beroep toekomt op de letterlijke tekst, trekt de Hoge Raad het belang van een correcte registratie breder. Zelfs de bij de totstandkoming van de erfpacht betrokken partijen mogen erop rekenen dat de informatie in de registers klopt.

#### *2.2.4. Tussenconclusie*

Dat de interne verhouding tussen de erfpachter en de grondeigenaar primair als een obligatoire relatie kan worden omschreven – waarop de regels van Boek 6 BW, naast die van de erfpachtregeling, zoveel mogelijk van toepassing (behoren te) zijn – neemt niet weg dat zij minder flexibel is dan een contractuele verhouding. Dat is al duidelijk geworden in hoofdstuk IV, waar besproken is dat sommige verplichtingen geen onderdeel worden van de goederenrechtelijke verhouding, omdat zij daarvoor om ethische of rechtseconomische redenen te zwaar zouden drukken. Voor wat betreft bedingen die de wijziging regelen, zou men daarbij kunnen denken aan regelingen die de grondeigenaar de bevoegdheid geven om plotseling eenzijdig de bestemming van de erfpachtgrond te wijzigen. Een dergelijk beding is niet alleen erg belastend; zij staat ook op gespannen voet met de beperkte ruimte die bestaat om de beëindiging van de erfpacht nader te regelen. Het feitelijke verschil tussen een forse wijziging van de bestemming en de beëindiging van het (bestaande) recht is immers gering. In het bijzonder een eenzijdige wijziging door de erfverpachter als reactie op tekortschieten van de erfpachter is daarom problematisch, wanneer niet is voldaan aan de vereisten van art. 5:87 lid 2 BW.

Dat de flexibiliteit van erfpachtverhoudingen verschilt van die van contractuele relaties, hangt ook samen met de overdraagbaarheid van de erfpacht. Daardoor is niet verzekerd dat gedurende de looptijd van de rechtsverhouding steeds alleen degenen die bij de vestiging van het recht betrokken waren aan het beding gebonden zijn. Dat beïnvloedt de mogelijkheid om grondgebruik met erfpacht te reguleren. De beperkingen zijn echter minder groot dan soms in de literatuur wordt aangenomen. Zoals besproken in paragraaf 2.2.2, vergroot de overdraagbaarheid bijvoorbeeld niet het risico op vernietiging op grond van on-

---

<sup>493</sup> Zie Beekhoven van den Boezem 2009, die de verklaring voor het onderscheid op p. 84-86 niet zoekt in het voor registergoederen geldende stelsel van publiciteit, maar in de eisen van het financieringsverkeer: in het geval van registergoederen wordt recht gedaan aan de goederenrechtelijke basisprincipes als rechtszekerheid, specialiteit, legitimatie en publiciteit, terwijl in het geval van vorderingen de eisen van het financieringsverkeer voorop staan.

redelijke bezwarendheid. Wel is juist dat er in de relatie tussen een grondeigenaar en erfpachter die niet met elkaar hebben gecontracteerd, beperktere ruimte bestaat voor de regulering van de uitoefening van hun bevoegdheden door de redelijkheid en billijkheid. Dat onderstreept de noodzaak van duidelijke bedingen in de erfpachtvoorwaarden, die onder concreet aangegeven omstandigheden de ruimte geven de rechtsverhouding te wijzigen. Die noodzaak wordt verder benadrukt door de grote waarde die in de rechtspraak wordt toegekend aan het belang van juistheid van de informatie in de openbare registers. Dat komt met name tot uitdrukking in de jurisprudentie over uitleg van leverings- en vestigingsakten. De Hoge Raad gaat uit van een strak objectieve uitleg, zelfs indien bij een concreet geschil slechts de belangen betrokken zijn van degenen die bij de vestiging van de erfpacht betrokken waren.

Het voorgaande oefent invloed uit op de (praktische) mogelijkheden om een flexibele erfpachtverhouding te creëren. Met de vestiging staat de inhoud van de rechtsverhouding in sterke mate vast; in geval van conflicten is er nauwelijks meer plaats voor gedachten en doelen die men ten tijde van de vestiging wel gezamenlijk voor ogen had, maar die niet in de akte zijn opgetekend. Wil een grondeigenaar goed in staat zijn het gebruik van de grond te reguleren met erfpacht, is daarom de keuze voor tijdelijke (of eventueel voortdurende) erfpacht noodzakelijk.<sup>494</sup>

### 2.3. *Beperkingen: de positie van derden*

Het (ongewijzigd) voortbestaan van de erfpachtverhouding, raakt vaak niet alleen het belang van de erfpachter en de grondeigenaar. Ook derden kunnen een (min of meer) rechtstreekse band met de erfpachtverhouding hebben, bijvoorbeeld doordat zij een beperkt recht hebben op de erfpacht(grond). Of de positie van deze derden invloed heeft op de mogelijkheden om tussentijdse wijzigingen aan te brengen in de erfpacht, hangt af van de mate waarin een dergelijke wijziging hun rechtspositie beïnvloedt en van de mate waarin hun medewerking bij een dergelijke wijziging vereist is. In het licht van de positie van – bijvoorbeeld – een hypotheekhouder op de erfpacht, is een wijziging van de erfpacht minder problematisch naarmate de verandering zijn rechtspositie minder sterk aantast of naarmate het al dan niet intreden van de verandering sterker van zijn medewerking afhankelijk is.

Of een wijziging de rechtspositie van deze hypotheekhouder beïnvloedt, hangt af van de wijze waarop de aanpassing dogmatisch moet worden gekwalificeerd. Stel bijvoorbeeld dat de erfpachter en de grondeigenaar, zonder dat daarvoor in de vestigingsakte een zekere basis wordt gelegd, het eens worden over een wijziging van hun relatie. Het ligt dan in de rede om de wijziging net

---

<sup>494</sup> De verschillende mogelijkheden om de duur van de erfpacht nader te regelen, worden behandeld in paragraaf 4.2.

zo te behandelen als een afstand en een vestiging. De rechtspositie van een bestaande hypotheekhouder wordt daardoor niet beïnvloed (zie art. 3:81 lid 3 BW). Dat is geheel anders wanneer de verandering niets meer is dan een toepassing van de bestaande erfpachtvoorwaarden, bijvoorbeeld een wijziging van de canon aan de hand van duidelijk vastgelegde parameters waartoe de erfpachter en de grondeigenaar zonder meer gehouden zijn. In dat geval lijkt het reëel dat het recht van de zittende hypotheekhouder door de wijziging wel wordt beïnvloed; zijn zekerheid rust immers op een recht waarvan deze wijziging de facto al onderdeel uitmaakt. Net zoals de erfpachter zich niet tegen aanpassing kan verzetten, moet ook de hypotheekhouder die zijn recht aan deze erfpachter ontleent deze wijziging tegen zich laten gelden. Tussen beide soorten van wijziging bestaat een glijdende schaal, waarop de mate waarin een concrete aanpassing sterker of minder sterk afhankelijk is van de (latere) wil van de erfpachter en de grondeigenaar.

Hierna wordt eerst in kaart gebracht welke typen van wijzigingen bestaan en hoe deze zich tot elkaar verhouden. Daarbij bespreek ik in hoeverre een wijziging van de erfpacht doorwerkt in de rechtspositie van bijvoorbeeld hypotheekhouders op de erfpacht of op de in erfpacht uitgegeven grond. In paragraaf 3.3 beantwoord ik dan de vraag of in het belang van derden beperkingen moeten worden gesteld aan de mogelijkheid om een flexibele verhouding te creëren tussen de erfpachter en de grondeigenaar.

### **3. Verschillende soorten van wijzigingen**

#### *3.1. Toestemming voor verboden of onmogelijke handelingen*

##### *3.1.1. Een eenzijdige rechtshandeling met goederenrechtelijke werking*

Op verscheidene plaatsen in Boek 5 BW komen bepalingen voor die mogelijk maken dat een verboden gedraging wordt gelegaliseerd door middel van de toestemming van een ander. Zo regelt art. 5:42 BW dat men zonder toestemming van de eigenaar van een naburig erf geen bomen, heesters of heggen mag hebben die zich te dicht in de buurt van diens erf bevinden en bepaalt art. 5:50 BW dat het zonder toestemming van de eigenaar van het naburige erf ongeoorloofd is om binnen twee meter van de erfgrans o.a. vensters te hebben die uitzicht geven op diens erf. In de erfpachttitel komen vergelijkbare bepalingen voor, o.a. in art. 5:89 lid 2 (toestemming om een andere bestemming aan de zaak te geven of om een handeling in strijd met de bestemming te verrichten), en 5:91 (toestemming voor overdracht en verkaveling), alsmede 5:106 lid 7 (splitsing in

appartementenrechten) BW. Een dergelijke toestemming wordt in de literatuur algemeen als een eenzijdige rechtshandeling beschouwd.<sup>495</sup>

Discussie bestaat wel over het goederenrechtelijke karakter van deze rechtshandeling. Blijkens de parlementaire toelichting op de genoemde bepalingen in het burendrecht is de wetgever er in ieder geval van uitgegaan dat de toestemming goederenrechtelijke werking heeft. Scherper dan in de vigerende wettekst komt dat tot uitdrukking in het Ontwerp-Meijers, waarin expliciet bepaald is dat men zich niet kan verzetten tegen de aanwezigheid van planten die met toestemming van de *toenmalige* eigenaar waren geplant (art. 5.4.4 lid 2 OM) of tegen openingen en werken die met toestemming van de *toenmalige* eigenaar zijn aangebracht (art. 5.4.12 lid 2 OM). De redactie van de bepalingen is vervolgens echter gewijzigd, om tot uitdrukking te brengen dat de aanwezigheid van planten, openingen en werken ook op een later tijdstip kan worden gelegaliseerd met de medewerking van degene die op dat moment eigenaar is van het buurerf.<sup>496</sup> Een wijziging in het goederenrechtelijke karakter van de toestemming is daarmee niet beoogd. Rank-Berenschot gaat dan ook zonder meer uit van de goederenrechtelijke werking van de toestemming.<sup>497</sup> Van Maanen echter, beoogt dat de gewijzigde redactie wel als onvermijdelijk gevolg heeft dat toestemming slechts persoonlijke werking heeft. In de huidige tekst zijn volgens hem onvoldoende aanknopingspunten terug te vinden voor een “zo belangrijk gevolg als derdenwerking”.<sup>498</sup> Ook Struycken betwijfelt – na geconcludeerd te hebben dat een eenzijdige rechtshandeling met zaaksgevolg op zijn minst merkwaardig is<sup>499</sup> – of de tekst van de genoemde burendrechtelijke bepalingen voldoende grondslag biedt voor derdenwerking.<sup>500</sup>

De standpunten van Struycken en Van Maanen vind ik niet overtuigend. In de eerste plaats geven de bepalingen in het burendrecht een nadere invulling aan het eigendomsrecht. Dat geldt voor de verboden van art. 5:42 en 50 BW, maar niet minder voor de expliciet in die bepalingen genoemde voorwaarden waaronder deze verboden bestaan. Het gegeven dat de wetsbepalingen uitdrukkelijk bepalen dat de verboden toestand kan worden gelegaliseerd door middel van een toestemming, is voldoende reden om aan te nemen dat hier sprake is van een rechtshandeling met goederenrechtelijke werking: een verleende toestemming beïnvloedt, zoals alle bepalingen in het burendrecht, de inhoud van het eigen-

---

<sup>495</sup> Zie o.a. PG Boek 5, p. 190-192 en 205, Bloembergen 1971, Van Acht 1990, p. 128 e.v., Struycken 2007, p. 653 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 567.

<sup>496</sup> PG Boek 5, p. 192.

<sup>497</sup> Rank-Berenschot 1992, p. 124.

<sup>498</sup> Van Maanen 1996, p. 54.

<sup>499</sup> Hierbij zij overigens aangetekend dat eenzijdige rechtshandelingen met goederenrechtelijke werking meer voorkomen. Men denke aan de opzegging van een beperkt recht.

<sup>500</sup> Struycken 2007, p. 654-656.

domsrecht van beide naburen.<sup>501</sup> Deze wetsuitleg is ook het meest redelijk. De situaties die met een toestemming in de zin van art. 5:42 en 50 BW worden gelegaliseerd, hebben naar hun aard een zeer duurzaam karakter. Wanneer de toestemming enkel obligatoire werking heeft zou echter afhankelijk worden van de welwillendheid van iedere nieuwe buurman of die duurzaam bedoelde toestand mag blijven bestaan. Legalisatie door middel van slechts obligatoir werkende toestemming is om die reden een dusdanig irreële optie dat alleen al uit de expliciete vermelding van de toestemming in de tekst van art. 5:42 en 50 BW kan worden afgeleid dat een verleende toestemming goederenrechtelijk effect heeft.

Het voorgaande neemt niet weg dat dergelijke toestemmingen een vreemde eend vormen in de bijt van het goederenrecht. Het is in het bijzonder wonderlijk dat zonder verdere vormvoorschriften eenzijdig goederenrechtelijke aanspraken in het leven geroepen kunnen worden. Van Acht pleit er daarom voor om slechts van een rechtsgeldige toestemming te spreken indien deze schriftelijk is verleend.<sup>502</sup> Volgens hem zou de consequentie van het al te gemakkelijk tot toestemming concluderen, kunnen zijn dat het gedurende korte tijd gedogen van een onrechtmatige toestand wordt uitgelegd als een stilzwijgende toestemming. Dat zou het verjaringsstelsel van het BW doorkruisen. Ik ben het met deze opvatting niet eens. In de eerste plaats ligt het niet voor de hand om een tijdelijk gedogen uit te leggen als een stilzwijgende toestemming. Uitgangspunt blijft de onrechtmatigheid van het verrichten van de handelingen zonder toestemming. In principe is de eigenaar van het buurperceel dus bevoegd om op te treden wanneer zonder zijn toestemming is gehandeld. Het verhoudt zich niet goed tot de invulling die het leerstuk van de rechtsverwerking in Nederland heeft gekregen dat hij dat recht verspeeld zou hebben, enkel door zich gedurende enige tijd niet tegen de aanwezigheid van onrechtmatige vensters of bomen te hebben verzet: louter stilzitten leidt niet tot rechtsverwerking.<sup>503</sup> Ook acht ik het door Van Acht gevreesde risico gering dat rechtsopvolgers onder bijzondere titel gebonden worden aan een onverhoedse stilzwijgende toestemming. Art. 3:24 BW beperkt hun onderzoeksplicht met betrekking tot inschrijfbaar feit als de toestemming immers uitdrukkelijk tot een onderzoek in de openbare registers.

Interessant zijn voorts de bezwaren van Berger, die eveneens problemen heeft met de eenvoud waarmee de goederenrechtelijke toestemming rechtsgeldig tot stand kan komen.<sup>504</sup> Berger wijst erop dat de 'argeloze goedzak' die aan zijn buurman toestemming verleent voor het planten van een boompje, vaak "niet in de gaten [heeft] dat hij zijn eigendom met een beperking heeft opgezaaid, laat

---

<sup>501</sup> In gelijke zin: Davids & Lokin 1991, p. 651.

<sup>502</sup> Van Acht 1990, p. 132.

<sup>503</sup> Vgl. HR 21 juni 2002, *NJ* 2002, 540 en, uitgebreid, Tjittes 2007, nr. 17 e.v.

<sup>504</sup> Berger 1997, p. 623.

staan dat hij zich daardoor jegens zijn buurman heeft verplicht ingeval van verkoop de koper deze bepaling uitdrukkelijk te laten aanvaarden. Zou men zich dat wel realiseren dan zou de toestemming in vele gevallen geweigerd worden”. Berger baseert die mededelingsplicht ten onrechte op art. 7:15 BW: die bepaling regelt niet de verhouding tussen de beide burens, maar de verhouding tussen de koper en de verkoper. Jegens de koper is de verkoper gehouden om mededeling te doen van goederenrechtelijke beperkingen, zoals de verleende toestemming. Wanneer echter de verkoper zich niet aan deze verplichting houdt, zal de koper die geen weet heeft van de verleende toestemming ook niet aan de toestemming gehouden kunnen worden (art. 3:24 BW). De verkoper schendt dan weliswaar zijn verplichting, echter daaruit laat art. 7:15 BW geen bloed vloeien, omdat de koper daardoor geen schade lijdt. Niettemin meen ik dat op de verkoper jegens diens buurman inderdaad een rechtsplicht rust om de koper vóór de levering mededeling te doen van de verleende toestemming.<sup>505</sup> Laat hij dat na, dan doet hij namelijk de goederenrechtelijke aanspraak van diens buurman verdwijnen. Dit lijkt mij – net zoals de (door derdenbescherming geheelde) overdracht van een zaak door een beschikkingsonbevoegde of het bij overdracht laten verdwijnen van een op de zaak gevestigd stil pandrecht – zonder meer te kwalificeren als een onrechtmatige inbreuk op diens goederenrechtelijke recht.

Een belangrijk risico voor de verkoper is bovendien nog elders gelegen: wanneer de koper niet uitdrukkelijk de last aanvaardt die uit de toestemming is voortgevloeid, schendt de verkoper zijn verplichting ex art. 7:15 BW. In de meeste gevallen heeft dat, zoals ik hierboven heb uitgewerkt, geen consequenties. Echter, als de koper vóór de levering toch nog weet krijgt van de verleende toestemming, bijvoorbeeld omdat diens aanstaande buurman hem daarvan in kennis stelt, kan deze koper geen beroep meer doen op art. 3:24 BW. In zo’n geval riskeert de verkoper schadeplichtigheid wegens schending van de conformiteitseis ex art. 7:15 BW.

Het bovenstaande illustreert dat de goederenrechtelijke toestemming een wonderlijke figuur is. De lichtvaardige wijze waarop zij tot stand kan komen verhoudt zich niet goed tot haar juridische impact. Struycken en Van Acht pleiten er daarom voor het bestaan van toestemmingsregelingen niet buiten de wettekst toe te laten.<sup>506</sup> Ik ben met hen eens dat daarvoor weinig ruimte bestaat, echter zij ontbreekt niet geheel. Er bestaat geen bezwaar tegen aanvullende regelingen die toestemmingen met een incidenteel karakter mogelijk maken. Zo acht

---

<sup>505</sup> Dit is iets anders dan de door Berger noodzakelijk geachte ‘uitdrukkelijke aanvaarding’. Die aanvaarding is wel vereist in de relatie tussen de koper en de verkoper, echter jegens de buurman is voldoende dat diens goederenrechtelijke aanspraak in stand blijft. Daarvoor hoeft slechts gewaarborgd te zijn dat de koper zich niet kan beroepen op de derdenbeschermingsbepaling ex art. 3:24 BW, waarvoor voldoende is dat de koper weet dat de toestemming is verleend.

<sup>506</sup> Van Acht 1990, p. 132-133 en Struycken 2007, p. 654.

ik mogelijk dat in de akte van vestiging een van art. 5:93 BW afwijkende regeling wordt opgenomen, in die zin dat de vestiging van een ondererfpacht slechts met toestemming van de eigenaar mogelijk is, waarbij dan kan worden bepaald aan welke voorwaarden moet zijn voldaan alvorens de toestemming zal worden verleend.

### *3.1.2. Het belang van de toestemming binnen erfpachtrelaties*

Het wijzigen van erfpachtverhoudingen door middel van toestemmingen, kan met name aantrekkelijk zijn wanneer de in erfpacht uitgegeven grond is gesplitst in appartementsrechten. In die gevallen zal de erfpacht in handen kunnen zijn van een grote groep appartementsgerechtigden gezamenlijk. Een wijziging van het erfpachtrecht waarvoor de medewerking van de erfpachter vereist is, is dan vaak een ondoenlijke opdracht. Immers, 'de erfpachter' bestaat in die situatie uit een grote groep verschillende personen, die dus allemaal in moeten stemmen met de wijziging van de erfpacht, ook wanneer de feitelijke wijziging slechts betrekking heeft op het recht van één individuele appartementsgerechtigde.<sup>507</sup> Bij gebreke van een regeling als die van art. 5:139 lid 2 BW kan men, anders dan bij de wijziging van de goederenrechtelijke verhouding tussen de appartementsgerechtigden onderling, niet volstaan met de instemming van tachtig procent van het aantal stemmen in de vergadering van eigenaars. In zo'n geval kan een wijziging van de inhoud van de erfpachtverhouding door middel van een enkele toestemming van de grondeigenaar uitkomst bieden. Voor verreweg de belangrijkste categorie van gevallen geeft art. 5:89 lid 2 BW in dit verband een uitdrukkelijke grondslag: zonder toestemming van de eigenaar mag de erfpachter niet een andere bestemming aan de zaak geven of een handeling verrichten in strijd met de bestemming. Op grond van deze bepaling kan de eigenaar met een eenzijdige verklaring de bevoegdheden van de erfpachter uitbreiden: hij kan bijvoorbeeld toestemming geven om de in erfpacht uitgegeven grond, voor wat betreft een bepaald appartement, voortaan als kantoorruimte te gaan gebruiken, in plaats van de in de vestigingsakte bepaalde bewoningsbestemming.

Op die manier kunnen echter geen verplichtingen aan de erfpachter worden opgelegd. Hooguit kan de toestemming worden verleend onder voorwaarden, bijvoorbeeld: de erfpachter is bevoegd het appartement voortaan als kantoor te gebruiken, mits hij het niet meer als woning gebruikt of mits hij periodiek een bepaalde geldsom betaalt. Aan zulke verplichtingen kan de erfpachter zich vervolgens eenvoudig weer onttrekken, met als effect dat hij niet langer bevoegd is gebruik te maken van de bestemming waarvoor toestemming is verleend. Dat

---

<sup>507</sup> De moeilijkheden bij beëindiging van een dergelijke gesplitste erfpacht, blijven hier buiten beschouwing. Zie daarover recent Huijgen 2010, Tweehuysen 2011, Huijgen 2011 en Verstappen 2012.

het niet mogelijk is om op deze manier daadwerkelijk de inhoud van de goederenrechtelijke verplichtingen van de erfpachter te wijzigen is overigens wel te begrijpen wanneer men zich bedenkt dat deze verplichtingen in theorie van belang zijn voor de rechtspositie van *alle* appartementsgerechtigden. Een ernstig tekortschieten in de nakoming van de erfpachtverplichtingen kan namelijk leiden tot een opzegging van de gehele erfpacht. Alleen voor de opzegging wegens verzuim in de betaling van de canon kent art. 5:116 BW een afwijkend regime: opzegging is slechts mogelijk wanneer de gehele canon gedurende twee jaar niet is betaald. Heeft één appartementsgerechtigde niet aan zijn verplichtingen voldaan, dan kan diens recht door de rechter worden toegewezen aan de grondeigenaar.

Deze problematiek van wijziging van de erfpacht na een splitsing, kan worden voorkomen door niet de erfpacht te splitsen in appartementsrechten, maar de eigendom. Vervolgens kunnen de appartementen individueel worden uitgegeven in erfpacht. Sinds de invoering van art. 5:118a BW in 2005 is zeker dat die mogelijkheid bestaat. Daarnaast meen ik dat titel 5.9 BW moet worden gewijzigd. Niet goed valt in te zien waarom voor de wijziging van de splitsingsakte wel een vereenvoudigde procedure bestaat (art. 5:139 lid 2 BW), maar voor de aanpassing in het onderliggende (erfpacht)recht niet. Die regeling zou van overeenkomstige toepassing moeten zijn in geval van een dergelijke wijziging. In plaats daarvan is ook de invoering van een wettelijke regeling mogelijk, op grond waarvan een appartementsgerechtigde samen met de grondeigenaar een wijziging kan overeenkomen voor zover dat zijn individuele appartementsrecht betreft. Dat een wijziging van het gebruiksrecht van een van de appartementen ook voor de overige gerechtigden van belang is – zij worden bijvoorbeeld geconfronteerd met een volstrekt ander type gebruik in hun nabije omgeving – vind ik daartegen geen doorslaggevend bezwaar, omdat de onderlinge rechtsverhouding tussen de appartementsgerechtigden in principe uit de splitsingsakte voortvloeit en niet uit de erfpachtvoorwaarden. Wel is belangrijk dat ernstig tekortschieten in de nakoming van de (nieuwe) voorwaarden voor de gehele gemeenschap van appartementsgerechtigden tot opzegging kan leiden. Het is lastig om de regeling van art. 5:116 lid 2 en 4 BW ook van toepassing te verklaren in het geval waarin een enkele appartementsgerechtigde tekortschiet in de nakoming van andere verplichtingen dan de canonbetaling. Andersoortige verplichtingen zijn vaak namelijk niet eenvoudig op te splitsen over de verschillende appartementsgerechtigden, zodat het in de regel lastig zal zijn om de niet-nakoming van zulke verplichtingen aan een enkele gerechtigde toe te schrijven. Niettemin zou ik er voorstander van zijn wanneer art. 5:116 BW in ieder geval in de mogelijkheid zou voorzien om één van de appartementen aan de grondeigenaar toe te wijzen wanneer de gerechtigde tot dat appartement in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen, anders dan de



betaling van de canon. In evidente gevallen, zoals de schending van de bestemmingsbepalingen in één appartement kan dan adequaat worden opgetreden door slechts het betreffende recht aan de grondeigenaar toe te wijzen. Wanneer de wet in die mogelijkheid voorziet, mag bovendien verwacht worden dat een opzegging van de gehele erfpacht in zulke gevallen, hoewel de wet wel in die mogelijkheid voorziet, als misbruik van bevoegdheid wordt aangemerkt. Wanneer immers de grondeigenaar zijn doel – beëindiging van de ongeoorloofde toestand – ook kan bereiken door de verkrijging van een van de appartementsrechten, kan hij, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van de opzeggingsbevoegdheid van de gehele erfpacht en de belangen van de overige appartementsgerechtigden die daardoor worden geschaad, in redelijkheid niet tot opzegging van de gehele erfpacht komen (art. 3:13 lid 2 BW).

### *3.1.3. Het effect van de toestemming op de rechtsposities van derden*

Het is de vraag wat de invloed is van een verleende toestemming op de rechtspositie van derden. Ik doel bijvoorbeeld op de eigenaar van een woning die zijn onroerend goed eerst met een hypotheekrecht heeft bezwaard, om vervolgens aan zijn buurman de in art. 5:50 BW bedoelde toestemming te verlenen om een balkon te realiseren vanwaar uitzicht ontstaat op zijn verhypothekerde grond. Zoals hierboven is omschreven verkrijgt deze buurman als gevolg van deze eenzijdige rechtshandeling een goederenrechtelijke aanspraak op het erf van de toestemmer. Het zou wringen met de in ons goederenrecht geldende *prior tempore*-regel wanneer deze aanspraak voorrang zou hebben op het oudere recht van de hypotheekhouder. Die conclusie kan om die reden niet worden aanvaard. Mijns inziens zal de hypotheekhouder daarom in principe bevoegd blijven om ‘vrij van toestemming’ te executeren.

## *3.2. Andersoortige wijzigingen van de vestigingsvoorwaarden*

### *3.2.1. Algemeen*

In dit onderdeel worden andersoortige wijzigingen onder de loep genomen dan de toestemming. Men kan daarbij denken aan een nadere overeenkomst tussen de erfpachter en de grondeigenaar, maar bijvoorbeeld ook aan een indexering van de canon op basis van parameters waarop de erfpachter noch de grondeigenaar (wezenlijke) invloed kan uitoefenen. Beide hebben een verschillend rechtskarakter. Vloeit een verandering voort uit een latere overeenkomst tussen beide partijen, dan wordt, zoals wij hierna zullen zien, over het algemeen gesproken van een gedeeltelijke vestiging gecombineerd met een gedeeltelijke afstand. Uit hoofde van de *prior tempore*-regel en het bepaalde in art. 3:81 lid 3 BW deert zo'n wijziging de rechten van derden niet. In de tweede situatie is goed beschouwd van een echte wijziging geen sprake. De indexering laat zich

beter kwalificeren als een toepassing van de reeds bestaande voorwaarden. Toepassing van art. 3:81 lid 3 BW en de *prior tempore*-regel ligt dan niet in de rede.

De reden om beide wijzigingsvormen gezamenlijk te behandelen is erin gelegen dat zich allerlei grensgevallen laten denken. Niet van iedere verandering is gemakkelijk vast te stellen of zij al dan niet besloten ligt in de bestaande vestigingsakte. Er bestaat een glijdende schaal waarop verschillende vormen van veranderingen in meer of mindere mate voortvloeien uit de bestaande vestigingsvoorwaarden. De vraag die dus beantwoord moet worden is waar de grens ligt tussen een ‘echte’ verandering enerzijds en de toepassing van de bestaande voorwaarden anderzijds. Om die reden worden in het navolgende eerst beide uitersten tegenover elkaar gezet. In paragraaf 3.2.2 wordt de figuur van de gedeeltelijke afstand gecombineerd met een aanvullende vestiging onder de loep genomen; vervolgens wordt in paragraaf 3.2.3 de toepassing van de bestaande voorwaarden onderzocht. Ten slotte wordt in paragraaf 3.2.4 gezien of tot een nadere afbakening tussen beide varianten kan worden gekomen.

### 3.2.2. *Gedeeltelijke afstand gecombineerd met een aanvullende vestiging*

De erfpachter kan ten behoeve van de grondeigenaar afstand doen van zijn recht. In wezen is dit niets anders dan dat hij zijn recht overdraagt aan de grondeigenaar. Consequentie van de afstand is dat de erfpacht eindigt. Datzelfde gebeurt wanneer – omgekeerd – de eigendom in handen komt van de erfpachter; in dat geval gaat de erfpacht door vermenging teniet.

De ratio van deze beëindiging is tweeledig. In de eerste plaats bevordert de beëindiging de overzichtelijkheid van de rechtstoestand van de grond. Wat bijvoorbeeld als de eigenaar-erfpachter zijn eigendom overdraagt; blijft hij dan erfpachter, of gaat dit recht ook over op zijn rechtsopvolger? Daarnaast heeft het geen goede zin om een erfpachtrecht in stand te laten als deze in handen is van de eigenaar van de betreffende grond.

Niettemin is het einde van de erfpacht in het geval van afstand of vermenging niet volstrekt: de positie van degenen met een beperkt recht op de erfpacht of op de eigendom wordt door afstand of vermenging niet geschaad (art. 3:81 lid 3 BW). De reden daarvoor is volgens Meijers dat bij de vestiging van dat beperkte recht “geen rekening gehouden [wordt] met een mogelijk tussentijds eindigen van eerstgenoemde recht door afstand of vermenging”.<sup>508</sup>

Wanneer de erfpachter en de grondeigenaar in onderling overleg besluiten om de rechten en verplichtingen in de erfpachtverhouding te beperken of uit te breiden, wordt dat beschouwd als een aanvullende vestiging of een gedeeltelijke afstand. In de meeste gevallen zullen beide gecombineerd worden: de erfpachter levert iets in en krijgt er iets bij. Er is dan sprake van een gedeeltelijke afstand

---

<sup>508</sup> PG Boek 3, p. 309 (TM).

gecombineerd met een aanvullende vestiging.<sup>509</sup> Immers, evenals bij de afstand en de vestiging beschikken beide partijen over – zij het een gedeelte daarvan – hun recht. Daartoe sluiten zij een nieuwe overeenkomst, die als een aanvullende titel kan worden beschouwd, en dienen zij ook de overige formaliteiten in acht te nemen die op grond van art. 3:84 jo. 98 BW gelden. Het effect van deze kwalificatie (afstand gecombineerd met vestiging) is dat beperkt gerechtigden met een recht dat vóór de wijziging totstandgekomen is, zoals hypotheekhouders, zich hetzij op grond van de algemene *prior tempore*-regel, hetzij op de voet van art. 3:81 lid 3 BW, niets aan de wijziging gelegen hoeven te laten liggen.

De vraag rijst vervolgens of zo'n hypotheekhouder op de erfpacht wel de mogelijkheid heeft om het erfpachtrecht in gewijzigde vorm te executeren, of dat hij gebonden is aan de (niet meer bestaande) voorwaarden zoals die golden ten tijde van de totstandkoming van zijn hypotheekrecht. Voor zover de erfpachter aanvullende rechten verleend worden brengt een zuivere toepassing van de *prior tempore*-regel mee dat de oudere hypotheekhouder daarvan voor- noch nadeel ondervindt. Omtrent bevoegdheden die de erfpachter inlevert geldt – maar dan op grond van art. 3:81 lid 3 BW – precies hetzelfde. Bij executie ontstaat dan de merkwaardige situatie dat de hypotheekhouder een recht van erfpacht verkoopt met niet meer bestaande, maar kennelijk herlevende voorwaarden.

Voor de hypotheekhouder op de bloot eigendom geldt een ander regime. Bevoegdheden die de erfpachter verliest en verplichtingen die hij op zich neemt, worden in de systematiek van titel 3.4 BW net zo behandeld als de overdracht van de erfpacht aan de eigenaar. Deze gaat dan door afstand teniet, wat ten voordele kan werken van de gerechtigden tot een beperkt recht op de bloot eigendom. Om die reden lijkt mij de conclusie gerechtvaardigd dat de evengenoemde hypotheekhouder kan profiteren van de situatie waarin de erfpachter bevoegdheden verliest of verplichtingen op zich neemt. Op grond van art. 3:81 lid 3 BW gaat dit echter niet ten koste van degenen met een beperkt recht op de gedeeltelijk tenietgaande erfpacht. Voor de situatie waarin het recht van de erfpachter daarentegen wordt uitgebreid, geldt op grond van de normale *prior tempore*-regel dat dit niet werkt tegen de hypotheekhouder op bloot de eigendom.

Meestal worden beide als gezegd gecombineerd: het verlies een bevoegdheid wordt gecompenseerd met de verkrijging van een andere bevoegdheid. In zo'n geval lijkt het niet aannemelijk dat de hypotheekhouder de voordelen geniet van het gedeelte van het erfpachtrecht dat door afstand teruggevloeid is in de eigendom, maar niet de nadelen heeft van het feit dat daartegenover staat dat op andere punten de erfpacht is uitgebreid. Dat zou onvoldoende recht doen aan het feit dat de gedeeltelijke afstand heeft plaatsgevonden op voorwaarde van de ge-

---

<sup>509</sup> In die zin ook PG Boek 3, p. 406 (MvA II) en PG Kadasterwet, p. 138 (MvT).

deeltelijke vestiging: beide zijn afhankelijk van elkaar. De conclusie moet daarom zijn dat beperkt gerechtigden op de bloot eigendom de keuze hebben tussen het uitoefenen van een recht met inachtneming van de nieuwe erfpacht of de uitoefening van een recht met inachtneming van de oude erfpacht. In het eerste geval profiteren zij van de regel dat afstand in hun voordeel kan werken en nemen zij de lasten die onlosmakelijk met die afstand verbonden zijn op de koop toe. In het tweede geval geldt het omgekeerde: de afstand gecombineerd met de lasten zijn per saldo voor hen nadelig en dat hoeven zij op grond van de *prior tempore*-regel niet tegen zich te laten werken.

### *3.2.3. Toepassing van de bestaande vestigingsvoorwaarden*

Wanneer een verandering reeds besloten ligt in de bestaande vestigingsvoorwaarden, ligt het minder in de rede om te spreken van een gedeeltelijke afstand gecombineerd met de aanvullende vestiging van een nieuw recht. Het is in die situatie immers niet zo dat de verandering besloten ligt in een latere titel, gevolgd door leverings- of vestigingshandelingen door beschikkingsbevoegden. In zulke gevallen is het veeleer zo dat de titel reeds besloten ligt in de overeenkomst die aan de eerdere vestiging ten grondslag lag en de verplichting dus al deel uitmaakte van de goederenrechtelijke verhouding. Het meest evidente voorbeeld is waarschijnlijk de indexering van de canon: conform de erfpachtvoorwaarden wordt de hoogte van de canon periodiek aangepast aan de hand van het consumentenprijsindexcijfer. In zo'n geval kan een feitelijke aanpassing moeilijk gelijk worden gesteld met een gedeeltelijke afstand of een aanvullende vestiging. De wijziging van de canon is dan niet het gevolg van een beschikkingshandeling van de erfpachter of grondeigenaar, maar vormt louter de toepassing van de reeds bestaande verhouding. Dit is niet anders in geval van een aanpassing van de canon die niet het gevolg is van een indexering, maar van een latere herwaardering van de grond overeenkomstig een nauwkeurig in de vestigingsakte omschreven procedure.

### *3.2.4. Afbakening tussen beide varianten*

#### **3.2.4.1. Een civielrechtelijk vraagstuk met fiscale gevolgen?**

De kwalificatie van een verandering in de feitelijke verhouding tussen de erfpachter en de grondeigenaar, lijkt een kwestie die niet alleen civielrechtelijke relevantie heeft. In het bijzonder voor de toepassing van de Wet op de belastingen van rechtsverkeer (Wbr), die immers aanknoopt bij het civielrechtelijke begrippenkader, lijkt dit vraagstuk van belang. Een afstand van recht en een vestiging van een nieuw recht zijn belastbare feiten, terwijl het louter toepassen van de reeds overeengekomen voorwaarden onbelast blijft. Niettemin kan de civielrechtelijke kwalificatie van een bepaalde verandering echter niet zonder meer

dienst doen om de fiscale gevolgen vast te stellen. Art. 6 lid 2 Wbr regelt namelijk dat iedere *wijziging* behandeld wordt als een afstand van het bestaande recht tegenover de vestiging van een nieuw recht. Fiscaal is het dus de vraag of iets als een wijziging moet worden aangemerkt, terwijl civielrechtelijk aan dát begrip op zichzelf geen consequenties verbonden zijn. Voor het civiele recht is het de vraag of een bepaalde wijziging moet worden behandeld als een afstand gecombineerd met een vestiging of juist als de toepassing van de bestaande voorwaarden, terwijl fiscaalrechtelijk al op voorhand vaststaat dat *iedere* wijziging moet worden behandeld als een afstand gecombineerd met een vestiging. Waar in de Wbr verschillende aanknopingspunten gevonden kunnen worden om relatief snel van een wijziging te spreken, ligt het – zoals hierna verder wordt verdedigd – in de systematiek van het BW juist in de rede om een individuele wijziging niet te snel als een afstand gecombineerd met een vestiging te beschouwen.

Kortom, er kan onderscheid worden gemaakt tussen drie varianten: a) de loutere toepassing van de bestaande voorwaarden, b) de wijziging van de bestaande voorwaarden, c) de gedeeltelijke afstand gecombineerd met de gedeeltelijke vestiging van een nieuw recht. Civielrechtelijk is het de vraag in hoeverre in variant b het regime gevolgd moet worden van variant a of van variant c, terwijl fiscaalrechtelijk reeds op grond van art. 6 lid 2 Wbr vaststaat dat in variant b hetzelfde regime geldt als in variant c. In het navolgende beperk ik mij tot het civielrechtelijke vraagstuk, dus het toepassingsbereik van enerzijds variant a en van anderzijds variant c. De fiscaalrechtelijke discussie – die dus veeleer ziet op het grensgebied tussen de varianten a en b – blijft buiten beschouwing.

#### **3.2.4.2. Opvattingen in de literatuur<sup>510</sup>**

Of en in hoeverre een wijziging van de erfpachtvoorwaarden de positie van beperkt gerechtigden beïnvloedt, is in de literatuur geregeld onderwerp van discussie geweest. Deze discussie richt zich vreemd genoeg niet primair op de vraag of een bepaalde wijziging moet worden behandeld als een aanvullende vestiging en een gedeeltelijke afstand, maar op de vraag of de wijziging resulteert in het ontstaan van een ‘nieuw recht’.

Meijers heeft zijn licht al op dit vraagstuk laten schijnen in het derde hoofdstuk van *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*.<sup>511</sup> Hij verkent in zijn beschouwingen onder meer waar in het geval van een wijziging de grens ligt tussen enerzijds de gewijzigde voortzetting van de bestaande relatie en anderzijds het tenietgaan van de oude rechtsband, in combinatie met het ontstaan van een nieuw recht. Meijers beperkt zich daarbij niet tot de wijziging van beperkte rechten, maar besteedt ook aandacht aan contractuele relaties als arbeids-, huur-

---

<sup>510</sup> Deze paragraaf is een bewerking van een gedeelte uit Vonck 2011a.

en pachtovereenkomsten. Volgens hem leidt een geringe verandering in de arbeids- of huurvoorwaarden niet tot het tenietgaan van de bestaande rechtsverhouding, maar wordt dat anders wanneer de werknemer een geheel andere functie krijgt (hij wordt van procuratiehouder directeur) of wanneer het verhuurde voor een geheel ander doel gebruikt mag worden (huur als voetbalveld wordt omgezet in pacht). Voor wat betreft de beperkte rechten gaat Meijers vervolgens in op een verandering van de duur: “Wanneer bij de duur ener rechtsbetrekking de belangen van derden betrokken zijn en dit ook in de toepasselijke rechtsregels tot uitdrukking komt, zal dit tengevolge hebben, dat men de vastgestelde duur der rechtsbetrekking als essentieel bestanddeel zal aanmerken en dat men een verlenging, die niet in de oorspronkelijke akte voorzien is, als het opnieuw vestigen van een overeenkomstige rechtsbetrekking zal beschouwen.” De noodzaak om in dat geval te spreken van een nieuw recht wordt gezocht in het belang van andere zakelijk gerechtigden, die er recht op hebben dat hun recht vóór het gewijzigde recht gaat. Dat is alleen anders, aldus Meijers, wanneer de wet of de akte van vestiging de mogelijkheid van verlenging op vereenvoudigde wijze kent. Dan dienen derden met deze mogelijkheid rekening te houden.

Treurniet bespreekt de visie van Meijers in zijn preadvies uit 1957.<sup>512</sup> Hij vat diens analyse als volgt samen: “Niet spoedig is de schrijver geneigd het ontstaan van een nieuwe rechtsbetrekking aan te nemen, maar dat wordt anders als een essentiële wordt gewijzigd. Bij de bepaling van wat een essentiële is, moet ook met de belangen van derden rekening worden gehouden.” Die samenvatting moge voldoende adequaat zijn wanneer Treurniet daarmee wil weergeven hoe Meijers tegen het algemene (niet alleen op beperkte rechten betrekking hebbende) vraagstuk aankijkt; wil hij diens visie echter specifiek met betrekking tot de beperkte rechten duidelijk maken, dan ontbreekt het aan scherpte. Immers, in de analyse van Meijers zorgt het belang van derden er eenvoudigweg voor dat een beding essentiële wordt (‘rekening houden met’ is dan te zwak uitgedrukt), zodat voor wat betreft de wijziging van beperkte rechten moeilijk is vol te houden dat Meijers niet spoedig het ontstaan van een nieuwe rechtsbetrekking aanneemt. Niet anders dan voor de verlenging van het beperkte recht, geldt voor iedere andere aanpassing namelijk dat – in de woorden van Meijers – “[d]egenen [...] die, rekening houdend met de [inhoud] van het recht volgens de akte van vestiging, vóór die verandering een zakelijk recht verkregen hebben, [...] er recht op [hebben], dat hun recht rangorde heeft vóór de daarna [met een nieuwe inhoud] vastgestelde erfpacht”.<sup>513</sup> Volgt men de visie van Meijers, dan ligt het in de rede om een wijziging niet ten nadele van beperkt gerechtigden te laten wer-

---

<sup>511</sup> Meijers 1948, p. 99 e.v.

<sup>512</sup> Treurniet 1957, p. 112 e.v.

<sup>513</sup> Meijers 1948, p. 106.

ken, tenzij de bestaande rechtsverhouding die wijziging op vereenvoudigde wijze mogelijk maakt.

Beekhuis heeft later gesteld dat slechts een wijziging in het object van het recht tot gevolg heeft dat het oude recht tenietgaat en er een nieuw recht ontstaat.<sup>514</sup> Daarbij verdient echter opmerking dat hij aanneemt dat in geval van het ontstaan van een nieuw recht, een hypotheek op de erfpacht in de oorspronkelijke vorm zou komen te vervallen. De Jong schrijft vervolgens in 1986 in haar monografie over erfpacht dat naar haar opvatting, behalve een wijziging van het object, ook een verandering van meerdere essentiële onderdelen tot het ontstaan van een nieuwe erfpacht leidt.<sup>515</sup> Verandering van slechts één der essentialia is naar haar mening onvoldoende. In het betoog van De Jong wordt echter niet helemaal duidelijk wat volgens haar het effect is van de transformatie van een oud recht in een nieuw recht. In haar dissertatie maakt zij bij de analyse van het rechtskarakter van verlengingen onderscheid tussen het ontstaan van een nieuw recht in de relatie tussen partijen (wat in het bijzonder relevant is in overgangsrechtelijke kwesties) en het ontstaan van een nieuw recht ten aanzien van derden.<sup>516</sup> Daar schrijft ze dat wanneer voor de voortzetting van het recht op de meest essentiële onderdelen opnieuw wilsovereenstemming nodig is, tussen partijen wel van een voortzetting van de bestaande rechtsband kan worden gesproken, maar ten aanzien van derden niet: “Voor derden is dit een niet in te schatten onzekerheid m.b.t. het bestaan en de hoedanigheid van het recht.” Tegen die achtergrond ligt het in de rede dat De Jong in haar monografie doelt op het ontstaan van een nieuw recht in de relatie tussen partijen. In de meest recente twee drukken van deze monografie stelt De Jong in de betreffende passage echter (in de laatste druk samen met Ploeger) dat de totstandkoming van een nieuw recht ‘consequenties voor het (voort)bestaan’ van een op de erfpacht gevestigde hypotheek heeft.<sup>517</sup> De aard van die consequenties blijft onbesproken.

Voor de positie van een hypotheekhouder ten aanzien van een wijziging van de erfpacht waarop zijn recht rust, wordt in de literatuur dus relevant geacht of sprake is van een voortzetting van de bestaande rechtsband of van de totstandkoming van een nieuwe erfpacht. De discussie vertoont een nogal warrig beeld. Onder meer is onduidelijk wat precies het rechtsgevolg is van het ontstaan van een nieuw recht. In de visie van Meijers blijven de hypotheekrechten na de voortzetting gevestigd op de (dan gewijzigde) erfpacht, terwijl de totstandko-

---

<sup>514</sup> Asser/Beekhuis (1983) 3-II, p. 250-251. De bedoelde passage is blijven staan in de latere bewerkingen door respectievelijk W.J.M. Davids (1990 en 1996) en C.C. van Dam (2002). Pas in de meest recente bewerking door S.E. Bartels (2008) is hiervan afstand genomen.

<sup>515</sup> De Jong 1986, nr. 41. Vgl. Van Velten 1993a en Van Velten 1995a, p. 74. Hij reserveert dit criterium echter voor het geval de wijziging wel is voorzien in de akte van vestiging of in de wet.

<sup>516</sup> De Jong 1984a, p. 256 e.v.

<sup>517</sup> De Jong 1995, nr. 42; De Jong & Ploeger 2008, nr. 46.

ming van een nieuw recht de rechtspositie van de hypotheekhouder niet zou aantasten. De kwalificatie ‘nieuw recht’ heeft aldus bescherming van deze beperkt gerechtigden tot gevolg. De gedachte van Beekhuis is echter volstrekt anders, waar deze schrijft dat de totstandkoming van een nieuw recht tot gevolg heeft dat de hypotheek in de oorspronkelijke vorm ophoudt te bestaan. Van Rooijen en Bol schrijven datzelfde<sup>518</sup>, terwijl De Jong en Ploeger enkel aangeven dat de totstandkoming van een nieuw recht ‘consequenties’ heeft voor het (voort)bestaan van een op de erfpacht gevestigde hypotheek, zonder daarbij specifiek op de aard van die consequenties in te gaan.<sup>519</sup>

### 3.2.4.3. Eigen standpunt

Van Velten wijst er terecht op dat het vraagstuk van de wijziging en de verlenging steeds praktijkgericht wordt benaderd.<sup>520</sup> Dat geldt in het bijzonder waar relevant wordt geacht in hoeverre wijzigingen van de erfpachtverhouding betrekking hebben op de essentialia van die verhouding. Dat criterium wordt weliswaar reeds door Meijers gebruikt, maar hij richt zich in zijn betoog niet alleen op goederenrechtelijke rechten, maar tevens op louter obligatoire verhoudingen. Bij wijziging van beperkte rechten kent hij beslissende betekenis toe aan het antwoord op de vraag of de rechtspositie van derden door de wijziging potentieel werd aangetast. Dat betekent dat in zijn visie *alle* veranderingen in een erfpachtverhouding resulteren in het ontstaan van een nieuw recht. Immers, niet minder dan voor de door Meijers besproken duur van de erfpachtverhouding geldt voor wijzigingen van de canon, wijzigingen van de bestemming of wijzigingen in de onderhoudsverplichtingen, dat derden die hun rechtspositie hebben verkregen vóór die wijziging daarmee geen rekening hebben kunnen houden en dat zij er dus recht op hebben dat hun recht rangorde neemt vóór het gewijzigde recht. Omdat in wezen alle elementen in een goederenrechtelijke verhouding als essentialia zijn aan te merken, meen ik dat Bartels terecht heeft gesteld dat de vraag of een bepaalde verandering de essentialia betreft, in dit verband niet relevant is.<sup>521</sup> Het is zelfs verwarrend om de vraag te stellen of al dan niet een nieuwe erfpacht ontstaat. Die terminologie suggereert op zichzelf al dat het er in dit vraagstuk om zou gaan of veranderingen omvangrijk genoeg zijn om te kun-

---

<sup>518</sup> Van Rooijen & Bol 2009, p. 821.

<sup>519</sup> De Jong & Ploeger 2008, nr. 46. Vgl. recent ook Koenecke 2013, p. 35, die bij de verticale splitsing (verkaveling) twee nieuwe erfpachten ziet ontstaan. Ik acht dat onjuist, reeds omdat voor een verkaveling hooguit toestemming van de grondeigenaar vereist is (namelijk als daartoe op de voet van art. 5:91 lid 2 BW een regeling in de vestigingsvoorwaarden is getroffen). Een dergelijke toestemming laat zich niet goed uitleggen als een handeling die impliciet strekt tot de vestiging van twee nieuwe erfpachtrechten. Daarbij merk ik op dat in theorie ook mogelijk is dat voor verkaveling in het geheel geen toestemming is vereist.

<sup>520</sup> Van Velten 1995a, p. 75.

<sup>521</sup> Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels (2008) 5\*, nr. 218a.



nen spreken van een nieuw recht, terwijl ook kleine veranderingen in de erfpachtverhouding de rechtspositie van derden niet behoren aan te tasten.<sup>522</sup> Waar het naar mijn mening om gaat is of een individuele wijziging in voldoende mate voorzienbaar is voor de derden die daarvan de dupe worden. Is dat het geval, dan is het gerechtvaardigd om de verandering te zien als een toepassing van het bestaande recht; is dat niet het geval, dan moet de verandering worden behandeld als een gedeeltelijke afstand gecombineerd met een aanvullende vestiging.

Van Velten pleit ervoor om snel aan te nemen dat derden op een wijziging bedacht moeten zijn. Voor dat standpunt vindt hij steun in onteigeningsrechtspraak. In de zaak waarnaar Van Velten verwijst is de vraag aan de orde in hoeverre een gemeente een onteigeningsvergoeding verschuldigd is aan een erfpachter wiens recht op grond van de erfpachtvoorwaarden al bijna tot een einde komt.<sup>523</sup> De Hoge Raad oordeelt dat bij de bepaling van de omvang van de vergoeding rekening moet worden gehouden met het feit dat de erfpacht waarschijnlijk zou worden verlengd.

Anders dan Van Velten meen ik dat uit deze uitspraak niet in het algemeen kan worden afgeleid dat derden relatief snel op een wijziging bedacht moeten zijn: de onteigenende gemeente is namelijk niet op één lijn te stellen met bijvoorbeeld de hypotheekhouder op de bloot eigendom. Op grond van de regels in het onteigeningsrecht moet de marktwaarde van de erfpacht worden vergoed, die beïnvloed wordt door de waarschijnlijkheid van wijzigingen. Of en in hoeverre mag worden verwacht dat de erfpachtverhouding – bij gebreke van een onteigening – zal worden verlengd, is niet alleen afhankelijk van de bepalingen in de vestigingsakte. Heeft de erfverpachter bijvoorbeeld in de obligatoire sfeer toezeggingen gedaan omtrent de verlenging of is van hem bekend dat hij een bepaald algemeen beleid hanteert dat gericht is op verlenging onder bepaalde voorwaarden, dan beïnvloeden die factoren de kans op verlenging en dus ook de waarde van de erfpacht. De rechtspositie van hypotheekhouders wordt door dit soort omstandigheden echter niet beïnvloed. De mate waarin derden op latere wijzigingen bedacht moeten zijn, kan om die reden dus niet uit deze onteigeningsrechtspraak worden afgeleid.

Niettemin ben ik met Van Velten eens dat relatief gemakkelijk van derden mag worden verwacht dat zij op een wijziging bedacht zijn: een summiere regeling in de akte van vestiging volstaat. Dat ligt besloten in de systematiek van Boek 3 BW, waarin slechts een zeer bescheiden plaats is ingeruimd voor gevallen waarin de positie van derden niet door latere veranderingen worden geraakt: alleen voor het geval van afstand en vermenging regelt art. 3:81 lid 3 BW dat. Het intreden van ontbindende of opschortende voorwaarden moeten zij daarentegen wel tegen zich laten gelden, net als een opzegging. Bij gebreke van een

---

<sup>522</sup> Vgl. ook Hoofs 2011.

<sup>523</sup> HR 3 april 1963, *NJ* 1963, 258.

uitdrukkelijke opzeggingsregeling in de vestigingsvoorwaarden, heeft de erfpachter zelfs te allen tijde de bevoegdheid om de erfpacht op te zeggen. De hypotheekhouder kan daartegen in beginsel<sup>524</sup> niets ondernemen. Hoewel in de literatuur bepleit is om ook een vervallenverklaring (lees: opzegging wegens tekortschieten) niet ten nadele van beperkt gerechtigden te laten werken,<sup>525</sup> heeft de wetgever daarvoor niet gekozen. Onder het huidige recht dient men deze risico's op andere wijze te ondervangen, bijvoorbeeld met een regeling die voorziet in een adequate vergoeding voor beperkt gerechtigden. Dat voor afstand en vermenging een uitzondering is gemaakt, is goed te rechtvaardigen: tegen die vormen van beëindiging *kan* men zich eenvoudigweg niet wapenen, nu niet rechtsgeldig in de vestigingsvoorwaarden kan worden uitgesloten dat het beperkte recht door afstand of vermenging wordt beëindigd. De overige wijzen van tenietgaan – waarbij ik het hier irrelevante tenietgaan van de zaak waarop het recht rust gemakshalve buiten beschouwing laat – kunnen, in ieder geval in theorie, wel worden voorkomen. In die gevallen prevaleert het belang van een overzichtelijke rechtstoestand van (register)goederen, dat de wetgever met de regeling in art. 3:81 lid 2 BW heeft willen dienen en moeten de belangen die door de beëindiging worden geschaad daarvoor wijken. In de systematiek van Boek 3 BW is het kennelijk primair de eigen verantwoordelijkheid van de beperkt gerechtigde om zich te wapenen tegen het tenietgaan van zijn recht; alleen voor de gevallen waarin dat onmogelijk is bestaat de voorziening van art. 3:81 lid 3 BW.

Ik zou er om die reden voor willen pleiten ook een wijziging maar zelden aan te merken als een gedeeltelijke afstand gecombineerd met een aanvullende vestiging. Als voorzien is in een regeling tot wijziging van de vestigingsvoorwaarden, dient toepassing van die regeling naar mijn mening ook de positie van beperkt gerechtigden te beïnvloeden. Slechts wanneer voor een individuele wijziging in het geheel geen basis gevonden kan worden in een regeling in de vestigingsakte, zou dat anders moeten zijn. Daarbij doel ik mede op regelingen met een louter potestatief karakter, die er immers niet aan in de weg staan dat feitelijke wijzigingen volledig geworteld zijn in een zelfstandig nieuw contract.<sup>526</sup> In de overige gevallen prevaleert het belang van een overzichtelijke

---

<sup>524</sup> Een uitzondering geldt vooral wanneer de opzegging door de erfpachter paulianus is.

<sup>525</sup> Zie Reepmaker 1931, p. 136, die daarbij opmerkt dat art. 212 van het Ontwerp 1898 wel een dergelijke regeling kende.

<sup>526</sup> Een moeilijkheid betreft in dit verband de regeling van art. 5:98 BW. Die bepaling maakt op zichzelf zonder meer mogelijk dat de erfpachter of de grondeigenaar de erfpacht na het einde van de looptijd beëindigt, als één van beiden dat wenst. In concrete gevallen is echter bepaald niet uitgesloten dat in strijd wordt gehandeld met de redelijkheid en billijkheid of misbruik van de opzeggingsbevoegdheid gemaakt wordt, wanneer wordt beëindigd in plaats van verlengd. Niettemin zou ik menen dat de regeling van art. 5:98 BW niet als basis kan worden gezien voor andersoortige verlengingen dan de verlenging die rechtstreeks uit de bepaling voortvloeit. Zie hierna in paragraaf 4.2.1.

rechtstoestand van de erfpachtgrond boven het belang van de beperkt gerechtigden. Van hen wordt verlangd dat zij zichzelf wapenen tegen het risico van een wijziging. De eenvoudigste manier waarop dat kan, is met een wijzigingsregeling waarin de belangen van de beperkt gerechtigden uitdrukkelijk zijn betrokken. Denkbaar is het opnemen van een bepaling in de zin van art. 5:97 lid 3 BW. Ook zouden hypotheekhouders kunnen bedingen dat bepaalde wijzigingen redengevend zijn voor het onmiddellijk opeisbaar worden van de verzekerde geldlening.

Op het uitgangspunt dat een wijziging van de erfpachtverhouding niet moet worden gekwalificeerd als een gedeeltelijke afstand, gecombineerd met een aanvullende vestiging, moet tevens een uitzondering worden gemaakt wanneer de aanpassing resulteert in een verandering van het object. Daarmee doel ik – anders dan Van Velten<sup>527</sup> – niet op de situatie waarin bijvoorbeeld een woonhuis wordt vervangen voor een kantoorgebouw, maar enkel op het geval waarin de erfpacht wordt verplaatst naar een ander stuk grond. De vestigingsvoorwaarden kennen bijvoorbeeld een regeling die voor de grondeigenaar onder bepaalde omstandigheden de mogelijkheid schept om de erfpachtverhouding voort te zetten op een ander erf. De onverkorte werking van de *prior tempore*-regel is daar van belang in verband met de rechtspositie van degenen met een beperkt recht op de nieuwe grond, die immers redelijkerwijs niet op deze wijziging bedacht kunnen zijn.

### 3.2.5. Plicht tot inschrijving van wijzigingen in de openbare registers?

In de Memorie van Antwoord bij art. 3:98 BW is door minister Polak opgemerkt dat

“[i]n het stelsel van [dit] artikel [...] besloten [ligt] dat de inhoud van het beperkte recht ook kan worden gewijzigd, mits met inachtneming van de ingevolge dit artikel ook voor afstand en vestiging van het betreffende beperkte recht geldende vormvoorschriften. [...] Voor zover zulk een wijziging afstand van bepaalde bevoegdheden of verplichtingen impliceert, zal te dien aanzien artikel [3:81 lid 3 BW] gelden, indien op het beperkte recht op zijn beurt andere beperkte rechten rusten”.<sup>528</sup>

De minister gaat hiermee uit van een onderscheid tussen wijzigingen die wel als een gedeeltelijke afstand moeten worden beschouwd en wijzigingen waarvoor dat niet geldt. Volgens hem is een inschrijving in de openbare registers ook voor de laatste variant een constitutief vereiste voor goederenrechtelijke werking van een wijziging.

De analogische toepassing van art. 3:89 BW op de wijziging van de erfpacht, sluit goed aan op de prominente betekenis die de Hoge Raad aan de registratie

---

<sup>527</sup> Van Velten 1995a, p. 74-75.

<sup>528</sup> PG Boek 3, p. 406.

toedicht. Zoals in paragraaf 2.2.3 duidelijk werd, neemt ons hoogste rechtscollege een inschrijvingsplicht aan in verschillende gevallen waarin de wettekst daartoe op zichzelf niet noodzaakt: de middellijke verkrijging van registergoederen is niet ongeregistreerd mogelijk en ook bij de uitleg van een goederenrechtelijke verhouding wordt niet buiten de registers gekeken. Dat een wijzigingsovereenkomst pas goederenrechtelijke werking heeft na inschrijving, is daarom aannemelijk.<sup>529</sup>

Inschrijving acht ik niet vereist als de verandering niets meer is dan een automatisch gevolg van de ingeschreven erfpachtvoorwaarden, zoals een renteconversie of een canonindexering. De Jong en Ploeger gaan daar ook van uit.<sup>530</sup> Volgens hen is inschrijving in die gevallen niet nodig omdat de parameters aan de hand waarvan de wijziging plaatsvindt uit de bestaande inschrijving kunnen worden afgeleid. Zeker wanneer de relevante index of de relevante rentestand uit openbaar toegankelijke bronnen kunnen worden afgeleid, zou men inderdaad aan het doel van de inschrijvingsplicht voorbijschieten wanneer dergelijke canonaanpassingen slechts rechtsgeldig tot stand komen wanneer zij worden geregistreerd. Aan dat argument kan worden toegevoegd dat onder het regime van art. 3:17 BW twijfelachtig is of inschrijving van een dergelijke conversie of indexering überhaupt mogelijk is: aan deze wijziging in de rechtsverhouding komt immers als zodanig geen rechtshandeling in de zin van art. 3:17 lid 1 onder a BW meer te pas.

### 3.3. *Opnieuw: beperkingen van de flexibiliteit in het belang van derden*

In paragraaf 2.3 van dit hoofdstuk werd de vraag gesteld of in de belangen van bijvoorbeeld hypotheekhouders op de erfpacht een reden kan worden gevonden om grenzen te stellen aan de mogelijkheid de erfpachtverhouding vatbaar te maken voor eenvoudige wijzigingen. Daar werd de beantwoording van die vraag uitgesteld, omdat eerst duidelijk moest worden in hoeverre dergelijke wijzigingen de rechtspositie van deze derden beïnvloeden. Inmiddels is duidelijk dat die beïnvloeding in potentie groot is. De wetgever heeft de rechtstoestand van goederen overzichtelijk willen houden en het verhoudt zich niet goed tot die wens wanneer ondanks een verandering van de erfpachtverhouding, de genoemde hypotheekhouder een recht behoudt dat rust op het ongewijzigde recht. Het bereik van art. 3:81 lid 3 BW – dat regelt dat de positie van beperkt gerechtigden onder omstandigheden niet door een wijziging wordt geraakt – is daarom beperkt: dit wetsartikel beschermt alleen tegen veranderingen waarop bij de vestiging van het beperkte recht in het geheel niet kan worden geanticipeerd. Voor het overige

---

<sup>529</sup> Vgl. ook Pleysier, 2002, p. 114 en Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels (2008) 5\*, nr. 218a.

<sup>530</sup> De Jong & Ploeger 2008, nr. 23.

wordt van justitiabelen verwacht dat zij zelf maatregelen treffen om zich te wapenen tegen ongewenste wijziging van de inhoud van hun recht.

Dat de wijziging en beëindiging sterk doorwerken in de rechtspositie van degene die een beperkt recht heeft op het gewijzigde of beëindigde recht, heeft ook een keerzijde. In hoofdstuk IV werd al uitgelegd dat de goederenrechtelijke werking van een erfpachtvoorwaarde onder meer afhankelijk is van de mate waarin deze de vrije handelbaarheid van de erfpacht of de in erfpacht uitgegeven grond bemoeilijkt. Voor veel registergoederen geldt dat de feitelijke mogelijkheid om daarin handel te drijven, valt en staat met de mogelijkheid om de aankoop hypothecair te financieren. Vooral in dergelijke gevallen is er reden om de goederenrechtelijke werking van voorwaarden die wijziging van de erfpacht mogelijk maken kritisch te bezien. Naarmate de erfpachtvoorwaarden ingrijpendere wijzigingen mogelijk maken en naarmate de belangen van de beperkt gerechtigden een minder grote rol spelen in de procedure die tot de wijziging leidt, is er meer reden om aan te nemen dat het betreffende beding geen goederenrechtelijke werking heeft.

Anderzijds is het ook bezwaarlijk om aan een wijzigingsbeding de goederenrechtelijke werking te ontzeggen. Consequentie van het ontbreken van goederenrechtelijke werking is namelijk dat wanneer op de voet van zo'n beding – waaraan de erfpachter in de regel wel obligatoir gebonden is – de erfpachtvoorwaarden gewijzigd (moeten) worden, deze wijziging niet doorwerkt in het recht van de hypotheekhouder. Deze mag – op de wijze die in paragraaf 3.2.2 werd behandeld – zowel het wijzigingsbeding als de op basis daarvan totstandgekomen wijziging bij gelegenheid van executie naast zich neerleggen. Dat komt de overzichtelijkheid van de rechtstoestand van de betreffende onroerende zaak – iets wat, zoals wij zagen, een belangrijke reden is om hypotheekhouders gemakkelijk gebonden te achten aan wijzigingen in de erfpachtverhouding – niet ten goede. Om die reden kan mijns inziens slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden de goederenrechtelijke werking aan een wijzigingsbeding worden ontzegd.

## **4. Heruitgifte en verlenging**

### *4.1. Algemeen*

De duur van de erfpachtverhoudingen kan onder het regime van titel 5.7 BW vrij worden geregeld in de vestigingsvoorwaarden. In de praktijk komen diverse regelingen voor. Het verschilt van erfpachtrechten die voor een bepaalde tijd gevestigd zijn, bijvoorbeeld de tijdelijke erfpacht die voorkomt op het luchthavengebied van Schiphol, tot de eeuwigdurende erfpachtrecht die men in de gemeenten Utrecht en Den Haag veel ziet. Hierna wordt in paragraaf 4.2 eerst in kaart gebracht welke varianten – grosso modo – bestaan. Daarbij zal blijken dat

het wel mogelijk is om enkele hoofdtypen te onderscheiden, maar dat binnen die typen weer diverse verschillende varianten voorkomen.

Wil men daadwerkelijk goed in staat zijn het gebruik van de grond door middel van erfpacht te sturen, dan verdient de vestiging van een tijdelijke erfpacht in veel gevallen de voorkeur. Dat geldt vooral in het geval van uitgifte door overheidslichamen die – zoals verdedigd is aan het slot hoofdstuk III – niet gerechtigd zijn de erfpacht op te zeggen omdat de grond benodigd is voor andere doelen dan die waarvoor hij in erfpacht is uitgegeven. Ook bij het einde van een tijdelijke erfpacht is de grondeigenaar echter niet zonder meer volstrekt vrij het gebruik van de grond in de door hem gewenste zin te veranderen. In veel gevallen is in de vestigingsvoorwaarden een regeling opgenomen die partijen verplicht om overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid te onderhandelen, met als doel te komen tot een verlenging of heruitgifte.<sup>531</sup> In dit onderzoek is ervoor gekozen om aan dat vraagstuk geen algemene beschouwingen te wijden. Daarbij merk ik op dat grote verwantschap bestaat met de – in de literatuur reeds veel bediscussieerde<sup>532</sup> – figuur van de afgebroken onderhandelingen en de precontractuele fase, zij het dat de verplichtingen die uit de erfpachtvoorwaarden voortvloeien geen (vage) zorgplichten zijn, maar – relatief gemakkelijk aan te tonen en beter afdwingbare – verbintenissen.

Wel zal worden stilgestaan bij de aard van de relatie tussen de erfpachter en de grondeigenaar bij het einde van een erfpacht voor bepaalde tijd die in het geheel niets regelt over heruitgifte. In beginsel zijn deze partijen op dat moment jegens elkaar nergens meer toe verplicht. Niettemin neemt de literatuur tegenwoordig vrij algemeen als uitgangspunt dat ook hun relatie, waarin de keuze tussen beëindiging en verlenging voorligt, wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad lijkt dat – hoewel hij dat niet met zoveel woorden heeft gezegd – te onderschrijven.<sup>533</sup> De meeste vragen die in de rechtspraak rijzen rondom de voortzetting van de relatie, hebben betrekking op dit vraagstuk: welke rechten kunnen de erfpachter en de erfverpachter ten opzichte van elkaar laten gelden na het eindigen van de erfpacht voor bepaalde tijd? In paragraaf 4.3 wordt die vraag aan een nadere beschouwing onderworpen.

---

<sup>531</sup> Vgl. Ruygvoorn 2009, p. 47.

<sup>532</sup> Ik noem slechts Ruygvoorn 2005 en Ruygvoorn 2009, waarin de overige relevante literatuur ontsloten wordt.

<sup>533</sup> HR 26 maart 1999, *NJ* 1999, 446.

## 4.2. De duur van erfpachtverhoudingen<sup>534</sup>

### 4.2.1. Erfpacht voor bepaalde tijd

Art. 5:86 BW bepaalt dat in de akte van vestiging de duur van de erfpachtverhouding kan worden geregeld. Daarbij zijn net als onder het oude recht geen restricties gesteld. De erfpachtregeling die in 1824 het Staatsblad haalde – en in België nog geldt – kende in dit verband wel beperkingen: een erfpachtrecht duurde minimaal zevenentwintig en maximaal negenennegentig jaar. Op die manier trachtte men een duidelijk onderscheid te maken tussen erfpacht en huur of pacht enerzijds en erfpacht en eigendom anderzijds. Sinds 1838 kent het Nederlandse recht zo'n restrictie niet langer, hoewel lange tijd nog werd gedacht dat eeuwigdurende erfpacht niet mogelijk zou zijn. Alleen in de pachtwetgeving zijn nog enkele sporen terug te vinden die herinneren aan de wens om onderscheid te maken tussen het recht van pacht en het recht van erfpacht: art. 7:399d BW verklaart de pachtregels van overeenkomstige toepassing op agrarische erfpachtrechten met een bepaalde looptijd van maximaal vijfentwintig jaar.

Thans kan dus vrijelijk in de vestigingsvoorwaarden geregeld worden hoe lang de erfpachtverhouding duurt. Vaak wordt uitdrukkelijk een slotdatum overeengekomen. Zo'n 'erfpacht voor bepaalde tijd' eindigt op de vastgestelde slotdatum, mits de grond op dat tijdstip is ontruimd. Is dat niet gebeurd, dan loopt de erfpacht op grond van art. 5:98 BW door. In zo'n geval heeft de eigenaar tot zes maanden na de overeengekomen slotdatum de gelegenheid om de erfpacht door middel van een kennisgeving met onmiddellijke ingang te beëindigen. Na die zes maanden kan de erfpacht nog slechts worden beëindigd met een opzegging, waarbij dan de formaliteiten van art. 5:88 BW in acht genomen moeten worden: zij dient bij exploit te geschieden, met een opzegtermijn van ten minste één jaar.

Art. 5:98 BW kan naar mijn mening op zichzelf niet als een regeling worden beschouwd die verlenging op vereenvoudigde wijze mogelijk maakt. Komen de erfpachter en de erfverpachter toch een verlenging overeen, dan wordt de rechtspositie van eventuele andere beperkt gerechtigden daardoor dus niet beïnvloed. Uiteraard wordt hun rechtspositie geraakt door het feitelijke voortduren op grond van die bepaling, echter die regeling behelst op zichzelf geen verplichting voor de erfpachter of de erfverpachter om zich in te spannen voor de totstandkoming van een nieuw erfpachtrecht. Art. 5:98 BW biedt in principe een ongeclausuleerde mogelijkheid om de erfpacht na het verstrijken van de einddatum te beëindigen.

---

<sup>534</sup> Zie ook Van Velten 1995a, p. 43-45, Nelisse 2008, p. 26 e.v., De Jong & Ploeger 2008, nr. 21 en Van Velten 2012, p. 526-527.

#### 4.2.2. *Erfpacht voor onbepaalde tijd*

Sinds de invoering van het huidige BW kan niet langer een erfpachtrecht worden gevestigd dat tot wederopzegging duurt. Zoals ik in paragraaf 2.4 van hoofdstuk VI uitwerk, heeft de wetgever die mogelijkheid misschien wel willen behouden, maar kan in de systematiek van art. 5:87 BW niet worden aanvaard dat art. 5:87 lid 3 BW voor de erfverpachter de mogelijkheid zou bieden om zonder redenen op te zeggen. Dat is niet te verenigen met de dwingendrechtelijke bescherming tegen opzegging wegens tekortschieten. Wel is denkbaar dat de erfpachter zonder meer kan opzeggen (art. 5:87 lid 1 BW).

Niettemin kan de figuur van de erfpacht tot wederopzegging sterk worden benaderd. Daartoe dient men een erfpacht te vestigen voor een (zeer) korte duur, bijvoorbeeld één dag. In de vestigingsvoorwaarden kan dan – ten voordele van de erfpachter – worden afgeweken van het bepaalde in art. 5:98 lid 1 BW, met een regeling op grond waarvan de erfverpachter de daar genoemde bevoegdheid mist om het doorlopen van de erfpacht met een enkele kennisgeving te verhinderen binnen zes maanden na de slotdatum. Een verschil met de erfpacht voor onbepaalde tijd die onder het oude recht bestond, is dat in deze figuur niet kan worden voorkomen dat de erfpachter het onmiddellijke einde van zijn recht bewerkstelligt door de erfpachtgrond te ontruimen in de periode tot een half jaar na de vestigingsdatum. Dat risico kan worden beperkt door in de bedoelde kortlopende erfpachtverhouding te regelen dat de erfpachter tot anderhalf jaar na de slotdatum (een optelsom van de zesmaandentermijn en de opzegtermijn) is vrijgesteld van zijn canonverplichtingen. De uitgifteprijs kan dan worden verhoogd met een bedrag ter grootte van de (contant gemaakte) ‘vrijgestelde canon’. In dat geval zal ook de erfpachter niet snel geneigd zijn het recht binnen een half jaar na de slotdatum met onmiddellijke ingang te beëindigen.

Deze figuur maakt het niet mogelijk om de erfpachter zijn opzeggingsbevoegdheid te ontnemen. Wil men dus de erfverpachter in staat stellen om buiten het dwingendrechtelijke regime van art. 5:87 BW – dus zonder redenen – op te zeggen, dan ontkomt men er niet aan om ook de erfpachter die mogelijkheid te bieden.

#### 4.2.3. *Eeuwigdurende erfpacht*

De eeuwigdurende erfpacht kenmerkt zich door de afwezigheid van een slotdatum in de vestigingsvoorwaarden en het ontbreken van een regeling die tussentijdse wijziging van de voorwaarden mogelijk maakt. Eventueel is wijziging op grond van art. 5:97 BW (*imprévision*) uiteraard wel mogelijk. Ook kan het zo zijn dat de hoogte van de periodiek te betalen canon geïndexeerd is. Afhankelijk van de omvang van de verplichtingen van de erfpachter kan de



eeuwigdurende erfpacht sterk lijken op een eigendomsrecht.<sup>535</sup> Dat geldt – op den duur – in ieder geval wanneer op de erfpachter slechts een verplichting tot het betalen van een ongeïndexeerde canon rust, nu die verplichting als gevolg van de geldontwaarding steeds minder van betekenis wordt.<sup>536</sup> Veelal is de canon zelfs voor de gehele looptijd afgekocht. Het spreekt vanzelf dat naarmate op de erfpachter minder omvangrijke verplichtingen rusten, voor de eigenaar minder ruimte bestaat om de erfpacht op te zeggen op de voet van art. 5:87 lid 2 BW. Soms voorzien de vestigingsvoorwaarden wel in een regeling die de gemeente als eigenaar de mogelijkheid biedt om op te zeggen om redenen van algemeen belang. Opzegging door de erfpachter is veelal uitgesloten.

#### 4.2.4. Voortdurende erfpacht

Met het begrip ‘voortdurende erfpacht’ wordt bedoeld op het systeem dat in het bijzonder in Amsterdam wordt gebruikt. De erfpacht is in principe eeuwigdurend, maar de rechtsverhouding is opgedeeld in tijdvakken. Die opsplitsing dient om bij aanvang van een nieuw tijdvak de erfpachtvoorwaarden aan te kunnen passen. Afhankelijk van het type regeling dat daartoe opgenomen is, kan de voortdurende erfpacht sterk lijken op de erfpacht voor bepaalde tijd. Naarmate de bestaande vestigingsvoorwaarden minder concreet maken op welke wijze de erfpacht veranderd zal worden, wordt immers ook minder zeker *of* de erfpacht na het einde van het tijdvak al dan niet zal worden voortgezet. Vaak is de wijziging bij het einde van het tijdvak aldus vormgegeven dat de erfverpachter een voorstel doet tot aanpassing van de canon – berekend aan de hand van tevoren vastgestelde parameters – en de toepasselijke algemene voorwaarden, waarna de erfpachter op het punt van de hoogte van de nieuwe canon de mogelijkheid heeft om een deskundigenoordeel te verlangen. Voor het overige bieden de algemene voorwaarden hem in de regel weinig meer mogelijkheden dan akkoord te gaan met de voorgestelde aanpassingen of gebruik te maken van de – in de mij bekende algemene bepalingen – eveneens opgenomen mogelijkheid om de erfpacht tegen het einde van het tijdvak op te zeggen.

#### 4.2.5. Onderscheid tussen de figuren

Net als de begrippen ‘stedelijke erfpacht’ en ‘agrarische erfpacht’, zijn ook de termen ‘voortdurende erfpacht’, ‘eeuwigdurende erfpacht’ en ‘erfpacht voor onbepaalde tijd’ in de praktijk ontstaan. De begrippen hebben (mede daardoor)

---

<sup>535</sup> Van Velten 2012, p. 527 vermeldt dat deze figuur ook wel als ‘eigendom met een rood randje’ bekend staat, naar de politieke kleur van de partijen die gemeentelijke gronduitgifte in erfpacht voorstaan.

<sup>536</sup> Vgl. HR 27 april 2007, *RvdW* 2007, 469, waarover Mouthaan 2007. In deze procedure gaat het om een sinds 1741 bestaand erfpachtrecht dat de erfpachter voor de som van 200 gulden (€ 90,76) per jaar een stuk grond van 71 are in gebruik geeft, in de nabijheid van de Rotterdamse Van Brienoordbrug.

geen eenduidige betekenis: zo wordt in de meest recente algemene bepalingen van de Gemeente Utrecht gesproken van ‘erfpacht voor onbepaalde tijd’, terwijl het daar gehanteerde systeem voor wat betreft de duur en de beëindigingsmogelijkheden niet verschilt van de ‘eeuwigdurende erfpacht’ die in de Gemeente Den Haag wordt gehanteerd. Op zichzelf is dat geen probleem: de kwalificatie ‘eeuwigdurend’ of ‘onbepaalde tijd’ leidt in ieder geval niet tot bijzondere rechtsgevolgen. Of en in hoeverre de erfpacht beëindigd of verlengd zal kunnen en moeten worden, is steeds weer afhankelijk van de specifieke regeling die in een individueel geval is opgenomen in de vestigingsvoorwaarden.

#### *4.3. De gedragsnormen bij heruitgifte na een erfpacht voor bepaalde tijd*

##### *4.3.1. Algemeen*

Bij het einde van de erfpacht heeft zowel de erfpachter als de grondeigenaar de mogelijkheid de rechtsverhouding eenzijdig te beëindigen. In veel gevallen willen beiden echter een bestending van de relatie, zij het onder andere voorwaarden. De vraag is dan of de grondeigenaar in de onderhandelingen over de heruitgifte volledig vrij is de voorwaarden te bedingen die hij wenselijk vindt. Deze problematiek heeft reeds tot veel discussie aanleiding gegeven. Bekend zijn de Haagse erfpachtrechten die in de jaren negentig van de vorige eeuw expireerden. De gemeente wenste slechts tot heruitgifte over te gaan indien een canon zou worden betaald die was afgeleid van de nieuwe grondwaarde. Dit betekende een enorme stijging ten opzichte van de regeling in de oude erfpachtverhouding. Niettemin had het Haagse hof geoordeeld dat de handelwijze van de gemeente niet in strijd was met de redelijkheid en billijkheid of met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dat oordeel werd gesanctioneerd door de Hoge Raad.<sup>537</sup> Recenter hebben vergelijkbare problemen ook op de Waddeneilanden tot ophef geleid. Erfverpachter Staatsbosbeheer wenste bij heruitgifte de periodieke canon sterk te verhogen. Ook dit werd door de rechter niet onredelijk geacht.<sup>538</sup>

Of de canonverhogingen van de Gemeente Den Haag en van Staatsbosbeheer door de beugel kunnen is niet alleen een juridische, maar ook een politieke vraag. Het college van B&W van de hofstad is aan de gemeenteraad verantwoordig verschuldigd en Staatsbosbeheer is een zelfstandig bestuursorgaan dat (bij de afsluiting van dit onderzoek) ressorteert onder de minister van Economische Zaken<sup>539</sup> die zich ten overstaan van het nationale parlement moet verantwoorden. Op 11 augustus 2008 stelt minister Verburg van Landbouw,

---

<sup>537</sup> HR 26 maart 1999, *NJ* 1999, 446.

<sup>538</sup> Rb. Leeuwarden 5 december 2007, *LJN* BB9762.

<sup>539</sup> De precieze verhouding tussen de minister en het bestuur van Staatsbosbeheer wordt uitgewerkt in de Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer.

Natuurbeheer en Visserij (LNV) (die dan de verantwoordelijke minister is) een commissie in onder leiding van prof. mr. J. de Jong (TU Delft), die over het erfpachtbeleid van Staatsbosbeheer advies moet uitbrengen.<sup>540</sup> Deze commissie komt in haar rapport *Groene erfpacht in balans* wel met aanbevelingen om het beleid op de eilanden fundamenteel te wijzigen, ten faveure van de erfpachters.<sup>541</sup> Het karakter van dit oordeel verschilt van het karakter van het oordeel van de rechter, nu laatstgenoemde slechts kan toetsen of de handelwijze van Staatsbosbeheer geoorloofd is, terwijl de minister – en in het verlengde daarvan ook de commissie die haar ter zake adviseert – grote ruimte heeft om zelf het beleid van het bestuur van Staatsbosbeheer te beïnvloeden. Het is om die reden van belang goed onderscheid te maken tussen het politieke oordeel en het rechterlijke oordeel. In de volgende paragraaf breng ik eerst kort in kaart wat de maatschappelijke problemen zijn die spelen rondom de heruitgifte. Vervolgens wordt onderzocht in hoeverre het civiele recht passende remedies biedt en kan bieden om die problemen het hoofd te bieden.

#### 4.3.2. *De problematiek van de verlenging en heruitgifte*<sup>542</sup>

Bij heruitgifte of verlenging is het grootste probleem dat erfpachters geconfronteerd worden met verhoudingsgewijs enorme verhogingen van de canon. Dat speelt met name wanneer voordien in het geheel geen periodieke canon verschuldigd was (als gevolg van een afkoop) of wanneer de hoogte van de vorige canon niet met de inflatie was meegestegen. In die gevallen is de oude canon gebaseerd op de grondwaarde bij het begin van de erfpacht, terwijl de nieuwe canon op de huidige grondwaarde wordt gebaseerd. Naarmate de vaststelling van de oude canon verder in het verleden ligt, zal het verschil tussen beide canons groter zijn. Op zichzelf is dat goed verklaarbaar en ook niet onredelijk. Het gebruiksrecht van de erfpachter is naar zijn aard nu eenmaal tijdelijk en na het verstrijken daarvan zal de erfverpachter – zoals iedere andere belegger – een zakelijk rendement op zijn vermogen willen bedingen. Dat rendement is dus afgeleid van de nieuwe grondwaarde, die sinds de eerste uitgifte enorm is toegenomen. Een probleem is in dit verband dat men bij de koop en verkoop van erfpachtrechten tot kort voor het aflopen van de erfpacht (of de aanvang van een nieuw tijdvak) niet of nauwelijks rekening blijkt te houden met een naderende

---

<sup>540</sup> Besluit van 11 augustus 2008, *Stcrt.* 2008, nr. 157. Zie ook *Kamerstukken II* 2007/08, 29 659, nr. 28.

<sup>541</sup> De Jong e.a. 2009. Overigens heeft de minister die aanbevelingen weer goeddeels naast zich neergelegd. Zie haar brief d.d. 9 oktober 2009, *Kamerstukken II* 2009/10, 29 659, nr. 39. Zij volgde de – voor de erfpachters minder gunstige – aanbevelingen van een tweede commissie, die bestond uit ir. W. Groothuis (oud-directeur van de Dienst Domeinen) en drs. P. Zevenbergen (oud-burgemeester van Ameland). Zie haar brief d.d. 9 april 2010, *Kamerstukken II* 2009/10 29 659, nr. 47.

<sup>542</sup> Zie hierover ook De Hoog 2008, Vonck 2009 en De Hoog 2009.

aanpassing van de canon.<sup>543</sup> Tot op zekere hoogte is dat uiteraard terecht, omdat de waarde van de erfpacht sneller afneemt naarmate het einde of de herziening dichterbij komt.<sup>544</sup> Dat lijkt echter niet het hele probleem te verklaren: men lijkt ook *onvoldoende* rekening te houden met het naderende einde of de herziening van het recht. Dat hangt samen met een gebrekkig besef van het verschil tussen erfpacht en eigendom: erfpacht is tijdelijk of variabel en eigendom on-eindig en vast.<sup>545</sup>

Tweede probleem betreft de bepaling van de hoogte van de nieuwe canon zelf. Om verschillende redenen kan lastig worden gewaarborgd dat deze even hoog wordt als in de situatie waarin de erfpachter en de erfverpachter als geheel ‘vrije marktpartijen’ tegenover elkaar zouden staan. In de eerste plaats zal met name de erfpachter – die de grond immers al in gebruik heeft – gemakkelijk geneigd zijn akkoord te gaan met de canon die is voorgesteld door de erfverpachter. Hij bevindt zich in een afhankelijke positie, waarvan de grondeigenaar – eufemistisch geformuleerd – ‘gebruik’ kan maken. Dit is een probleem dat in het bijzonder speelt bij heruitgifte of verlenging, maar vaak ook al bij de eerste uitgifte, namelijk wanneer de erfverpachter een (sterk) dominante positie inneemt op de betreffende markt.

De marktconforme hoogte van de canon kan bovendien lastig worden vastgesteld, omdat deze bij verlenging of heruitgifte moet worden afgeleid van de waarde van de bebouwde grond. Voor dergelijke grond bestaat geen markt die bruikbaar is voor taxatievraagstukken,<sup>546</sup> zodat het lastig is om een marktconforme grondslag vast te stellen waarover de canon berekend kan worden. Voorts ligt het in de rede om bij het bepalen van de hoogte van de canon rekening te houden met de nadelen die de erfpachter heeft ten opzichte van de situatie waarin hij de grond in eigendom had kunnen verwerven: hij loopt de

---

<sup>543</sup> Zie o.a. Breedveld 2003, p. 18, die aangeeft dat in Rotterdam pas vanaf het zeventiende jaar voor het jaar van afloop significant rekening wordt gehouden met de naderende canonherziening. Zie ook de opmerkingen van E. Arnoldussen, de toenmalige directeur van het Amsterdamse gemeentelijke grondbedrijf in *de Volkskrant* d.d. 4 december 2002, p. 15: “Huizen met een erfpachtcontract dat al over 10 jaar vervalt, zijn soms nauwelijks goedkoper dan woningen waarvan de erfpacht voor vijftig jaar is afgekocht.” In dezelfde zin ook Pernot 2007, p. 175-177.

<sup>544</sup> Zie Nelisse 2008, p. 164 e.v.

<sup>545</sup> De Hoog 2009, p. 41 miskent dit eveneens, waar hij schrijft dat de erfpachter bij vreemding van zijn recht genoodzaakt is zijn betalingen door te berekenen aan zijn rechtsopvolger om zelf uit de kosten te komen. De tijdelijkheid van het gebruiksrecht brengt nu eenmaal mee dat het erfpachtrecht zijn waarde verliest naarmate de tijd vordert; in theorie moet de erfpachter daarom zelf zijn verlies nemen en periodiek ‘afschrijven’ op de waarde van zijn recht.

<sup>546</sup> Er worden wel bloot eigendommen belast met particuliere erfpacht verhandeld, zodat niet kan worden gezegd dat er helemaal geen markt is voor bebouwde grond. Echter, de waarde van deze eigendomsrechten wordt sterk beïnvloed door de hoogte van de canon die in het betreffende geval verschuldigd is.

waardeontwikkeling mis,<sup>547</sup> zijn gebruiksrecht is eindig en in geval van een uitbreiding van de gebruiksmogelijkheden zal de canon worden verhoogd. Ook voor wat betreft deze punten is problematisch dat een ‘echte’ markt vaak ontbreekt, zodat het toekennen van een juiste waarde aan deze factoren in zekere zin een kunstmatige aangelegenheid blijft. Tegen die achtergrond is het niet verwonderlijk dat recentelijk op economische gronden is gepleit voor afschaffing van het stelsel van verplichte erfpacht.<sup>548</sup> In mijn onderzoek neem ik echter als uitgangspunt dat dit stelsel op sommige plaatsen in Nederland nu eenmaal bestaat en zoek ik naar de ruimte die de rechter heeft om consequenties te verbinden aan een gebrek aan marktevenwicht.

#### 4.3.3. *Rechterlijke toetsing van marktevenwicht*<sup>549</sup>

In 2008 betoogt De Hoog dat rechters zich te terughoudend opstellen bij de beoordeling van de redelijkheid van erfpachtcanons.<sup>550</sup> Hij bepleit de invoering van een wettelijke voorziening die de erfpachter de mogelijkheid biedt om eens per drie jaar een redelijke canon af te dwingen bij de rechter. De invoering van zo’n bepaling zou een breuk betekenen met het uitgangspunt dat de rechter wel behoort te beoordelen of partijen zich redelijk hebben gedragen, maar niet rechtstreeks moet toetsen of een overeengekomen prijs redelijk is. Partijen bepalen immers zelf of zij willen contracteren en tegen welke prijs; de rechter past in dat verband grote bescheidenheid.<sup>551</sup>

De partij-autonomie heeft men ook wanneer de wederpartij zich in een afhankelijke positie bevindt.<sup>552</sup> Daar staat echter wel tegenover dat geen misbruik mag worden gemaakt van een feitelijke machtspositie, door voorwaarden te bedingen die bij gebreke van de afhankelijkheidsrelatie vermoedelijk met niemand overeengekomen hadden kunnen worden. Tegen onevenredigheid tussen prestaties kan dus alleen wat worden ondernomen wanneer de machtige partij een verwijt kan worden gemaakt. Dat verwijt kan niet zuiver zijn gelegen in het enkele bestaan van een machtspositie.<sup>553</sup> Evenmin is echter opzet vereist: voor misbruik

---

<sup>547</sup> Ook op de lange termijn kan die ontwikkeling in theorie uiteraard ook negatief zijn, echter over het algemeen wordt verwacht dat grond waardevast is en dus in ieder geval met de inflatie in de pas blijft lopen.

<sup>548</sup> Nelisse 2009, p. 213 e.v.

<sup>549</sup> Paragraaf 4.3.3 en 4.3.4 zijn een bewerking van Vonck 2011b.

<sup>550</sup> De Hoog 2008. Zie ook Vonck 2009 en De Hoog 2009.

<sup>551</sup> Een krachtig pleitbezorger van deze systematiek is Hartlief 1998.

<sup>552</sup> Treffend is dat de wetgever de zogenoemde kernbedingen heeft uitgesloten van toepassing van de algemene voorwaardenregeling van afdeling 6.5.3 BW om de redelijkheid van de overeengekomen prijs op die manier buiten de intensieve rechterlijke toetsing te houden. Zie PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1521. Vgl. ook HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 6.

<sup>553</sup> Mijns inziens ziet Hardy 2010, p. 1163 daaraan voorbij, waar hij schrijft dat, wanneer het gewent is om rekening te houden met de onevenredigheid, het veel meer voor de hand ligt om aan de evenredigheid een zelfstandige plek toe te kennen in het civiele recht, dan dit via een omweg te doen. Die omweg is er echter niet voor niets: het probleem zit hem niet

van een feitelijke machtspositie is voldoende dat de machtige partij een zorgplicht heeft geschonden. De omvang van die zorgplicht hangt af van de omvang van de machtspositie: *quod licet bovi non licet Jovi*, zo luidt het in dit verband vaak gehoorde adagium.<sup>554</sup>

Voor de grondeigenaar die met een erfpachter onderhandelt over heruitgifte, leidt de toepassing van dit adagium in veel gevallen tot een omvangrijke zorgplicht. De wettelijke grondslag daarvoor wordt meestal gezocht in de redelijkheid en billijkheid die de relatie tussen hem en de erfpachter, ook na het verstrijken van de erfpachtduur, zou beheersen.<sup>555</sup> Die grondslag is vreemd, omdat tussen hen op zichzelf geen enkele contractuele relatie bestaat die op de verlenging betrekking heeft.<sup>556</sup> Bovendien geeft de wet een rechtsgrondslag die duidelijker is toegesneden op dit vraagstuk. Onder het in art. 3:44 lid 4 BW geregelde misbruik van omstandigheden valt namelijk ook misbruik van een economische machtspositie.<sup>557</sup> Het komt de kenbaarheid van het recht ten goede wanneer een vraagstuk wordt beschouwd in het licht van de scherpst mogelijke norm.<sup>558</sup> In dogmatisch opzicht is het om die reden beter het gedrag van de grondeigenaar primair aan de hand van art. 3:44 lid 4 BW te beoordelen en niet te gemakkelijk terug te grijpen op de redelijkheid en billijkheid. Dat maakt de vraag naar de mate waarin de feitelijke machtspositie van de grondeigenaar voor hem een zorgplicht met zich brengt om rekening te houden met de belangen van de erfpachter, beter te beantwoorden.

Hoewel de precieze omvang van de zorgplicht afhankelijk is van de omstandigheden van het geval (ook de feitelijke machtspositie van de erfpachter en diens opstelling in de onderhandelingen kan daarbij een rol spelen, geldt in de regel dat op de erfverpachter die bereid is tot heruitgifte, de plicht rust een marktconforme canon vast te stellen. Het kernarrest waarin de Hoge Raad zich over dit vraagstuk uitlaat, wordt gewezen op 26 maart 1999.<sup>559</sup> In dat arrest sanctioneert ons hoogste rechtscollege het oordeel van het Haagse gerechtshof dat een uitspraak had gedaan over verscheidene heruitgiftes door de Gemeente Den Haag. Goed beschouwd is het oordeel van de Hoge Raad in deze kwestie niet eens zo interessant: in zijn kernoverweging (r.o. 3.3.2) zegt hij niet meer dan dat de grieven van de erf pachters feitelijke grondslag missen. De erf pachters hadden betoogd dat het hof ten onrechte had aangenomen dat de relatie tussen

---

in de onevenredigheid van de prestaties zelf, maar in eventueel misbruik van ongelijkwaardige machtsposities.

<sup>554</sup> Zie o.a. Tjittes 1994, p. 115.

<sup>555</sup> Zie bijv. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 645, Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels (2008) 5\*, nr. 220 en De Jong & Ploeger 2008, nr. 7.

<sup>556</sup> Vgl. Struycken 2000.

<sup>557</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh (2010) 6-III\*, nr. 261.

<sup>558</sup> Vgl. Barendrecht 1992, p. 58-65.

<sup>559</sup> HR 26 maart 1999, *NJ* 1999, 446.

hen en de gemeente niet werd beheerst door de redelijkheid en billijkheid, maar volgens de Hoge Raad was het hof wel degelijk van het bestaan van een dergelijke – door de goede trouw beheerste – verhouding uitgegaan. Daarmee is niet eens gezegd dat het hof dit ook *terecht* deed.

Interessanter is de kernoverweging van het hof, waar deze redelijk acht dat de gemeente betaling van de actuele grondwaarde vraagt voor een heruitgifte in eeuwigdurende erfpacht zonder periodieke canonverplichting. De Hoge Raad geeft die overweging verkort weer:

“dat de Gemeente aan haar recht van eigendom ook tegenover de zittende erfpachter de bevoegdheid ontleent haar onroerende zaak eens en voor altijd te gelde te maken door haar te verkopen of (tegen een afkoopsom) in eeuwigdurende erfpacht uit te geven; dat de prijs die de Gemeente daarvoor verlangt niet meer is dan de marktwaarde van haar eigendom; dat de Gemeente dan ook tegenover de zittende erfpachter geen misbruik van haar eigendom maakt en tegenover hem ook niet onredelijk handelt door alleen bereid te zijn eens en voor altijd van haar waarde te scheiden tegen betaling van de actuele grondwaarde op het tijdstip van heruitgifte; dat de Stichting bij haar grieven [tegen de afwijzing van haar vorderingen door de rechtbank; FJV] dan ook slechts belang heeft voor zover daaruit van bijzondere omstandigheden blijkt die meebrengen dat laatstbedoelde conclusie niet juist is.”

Kortom, het uitgangspunt is dat de grondeigenaar een vergoeding mag bedingen ter grootte van de actuele grondwaarde, tenzij de erfpachter bijzondere omstandigheden aanvoert die een afwijking van dat uitgangspunt rechtvaardigen. De erfpachters hadden daartoe pogingen ondernomen, maar hun bezwaren waren alle van de hand gewezen. Zo achtte het hof irrelevant dat veel erfpachters pas kort voor de heruitgifte hun recht hadden verkregen tegen betaling (aan hun rechtsvoorgangers) van de eigendomswaarde. Dat doet er niet aan af dat de onroerende zaken bij het einde van de erfpacht een waarde krijgen die gelijk is aan de vrijeverkeerswaarde en dat de gemeente die waarde te gelde mag maken. Dat oordeel is juist: in beginsel eindigt de erfpacht en kan de gemeente op dat moment vrijelijk over de grond beschikken. Niet goed valt in te zien dat zij haar feitelijke machtspositie misbruikt door van de zittende erfpachter te verlangen wat zij van een onafhankelijke derde eveneens had kunnen vragen.

Het is dus aan de erfpachter om aannemelijk te maken dat de grondeigenaar een canon bedingt die bij gebreke van de afhankelijkheidsrelatie niet overeengekomen zou zijn. In een procedure voor de Arnhemse rechtbank slagen de erfpachters in die bewijsvoering.<sup>560</sup> De gemeente die haar grond in erfpacht uitgaf had voor de waardering van de bebouwde grond aansluiting gezocht bij de prijzen van onbebouwde kavels. De rechtbank overweegt:

---

<sup>560</sup> Rb. Arnhem 5 oktober 2005, *NJF* 2006, 21.

“De erfpachters hebben in feite geen vrije keuze tussen ontruiming van het perceel bij einde van de erfpacht enerzijds en verlenging van de erfpacht of verwerving van het perceel anderzijds. Gezien de band van de erfpachters met hun woonhuizen zullen zij kiezen voor voortzetting van de bewoning. [...] Dit betekent dat de Gemeente gezien deze afhankelijke positie van de erfpachters op zorgvuldige wijze en met oog voor de belangen van de erfpachters de prijs van de grond moet vaststellen. Dat brengt mee dat van de Gemeente mag worden verwacht dat zij een prijs vaststelt die in overeenstemming is met de werkelijke waarde van de grond.”

Vervolgens maakt de rechtbank duidelijk dat de werkelijke waarde van bebouwde grond zich niet goed laat vaststellen, bij gebreke van een markt voor dergelijke grond. Het beleid van de gemeente acht de rechtbank niettemin onredelijk, omdat het geen rekening houdt met het ervaringsfeit dat onbebouwde grond meer waard is dan bebouwde grond.<sup>561</sup> De gemeente moet daarom “een reductie op de grondwaarde [toepassen] wegens de bebouwde staat en die reductie inzichtelijk en verifieerbaar maken”.

De Rechtbank Arnhem geeft in deze uitspraak enig inzicht in de aard van de juridische verhouding die volgens hem bestaat tussen de erfpachter en de eigenaar van de grond: de afhankelijke positie van de erfpachter legt op de grondeigenaar de verplichting om ervoor te zorgen dat de canon in overeenstemming is met de werkelijke waarde van de grond, en daarbij moet hij zich open en toetsbaar opstellen. Die benadering garandeert geen volledig marktconforme canon: de rechtbank stelt immers niet zelf – eventueel met behulp van taxateurs – vast hoe hoog een redelijke canon is, om die vervolgens te vergelijken met het door de grondeigenaar vastgestelde bedrag. Daardoor blijft het risico bestaan dat niet steeds in rechte kan worden afgestraft dat een machtige contractspartij een canon bedingt die van een volledig vrije marktpartij niet gevraagd had kunnen worden: dominante partijen hebben nu eenmaal de inherente neiging om hun marktpositie optimaal te benutten, terwijl eventueel misbruik daarvan lastig kan worden blootgelegd.<sup>562</sup> Niettemin past de benadering van de rechtbank in een systematiek waarin de rechter niet de prijs beoordeelt, maar het gedrag van de machtige partij.

Dat erfpachters een prijs betalen die niet marktconform is, is er niet altijd volledig aan te wijten dat de rechter de hoogte van de canon niet aan een integrale toetsing onderwerpt. Ook onhandig procederen door de erfpachters zelf is daar-

---

<sup>561</sup> Uit het in voetnoot 559 genoemde arrest blijkt bijvoorbeeld dat de Gemeente Den Haag de waarde van bebouwde erfpachtgrond niet hoger stelde dan op vijfenvijftig procent van de marktwaarde van een vergelijkbare onbebouwde kavel.

<sup>562</sup> Het is niet verwonderlijk dat Nelisse 2008, p. 158 in zijn economische onderzoek opmerkt dat Rb. Amsterdam 10 maart 1999, *BR* 1999, p. 1061 e.v. ten onrechte geoordeeld heeft dat uit de dominante marktpositie van de gemeente niet onmiddellijk volgt dat deze daarvan misbruik maakt. In economisch opzicht moge die stelling juist zijn, juridisch bestaat er wel degelijk een verschil tussen het enkele hebben van een dominante marktpositie en (rechtens relevant) misbruik daarvan. Vgl. reeds expliciet HR 24 mei 1968, *NJ* 1968, 252.



van een oorzaak, zo kan worden geïllustreerd aan de hand van een kwestie die in de laatste jaren geregeld in de publieke belangstelling heeft gestaan: de heruitgifte in erfpacht door Staatsbosbeheer van zijn gronden op de Waddeneilanden. Na een lange discussie over de voorwaarden waaronder de grond heruitgegeven zou worden, had Staatsbosbeheer zich tot de Rechtbank Leeuwarden gewend voor een verklaring voor recht waarin zijn beleid redelijk werd geoordeeld.<sup>563</sup> De erfpachters bestrijden die redelijkheid in de procedure op verschillende gronden. Hun eerste verweer strandt: de erfpachters stellen dat zij geen reële vrije keuze hadden tussen enerzijds ontruiming en anderzijds verlenging, en zij vinden dat daarmee rekening moet worden gehouden bij het bepalen van de hoogte van de canon. De rechtbank oordeelt dat het niet hebben van een vrije keuze niet als zelfstandig verweer kan worden aanvaard.<sup>564</sup> Dat past in het hiervoor omschreven systeem, waarin de machtspositie van de erfpachter als zodanig geen reductie op de canon rechtvaardigt, maar slechts een zorgplicht op hem legt. Voor verlaging van de nieuwe canon is vereist dat de machtspositie niet enkel bestaat, maar dat deze ook wordt misbruikt.

Geheel in lijn met de benadering van de Rechtbank Arnhem wordt ook in deze zaak gedetailleerd onderzocht hoe de hoogte van de canon is vastgesteld. Volgens de door Staatsbosbeheer geconcipeerde akte wordt deze ‘bepaald op basis van de grondwaarde in het economisch verkeer, als ware het eigen grond’, door een beëdigd taxateur vastgesteld. Tegen die grondslag hebben de erfpachters wel verweer gevoerd, maar zij hebben – zo merkt de rechtbank in r.o. 2.7.2 expliciet op – niet betwist dat de waarde van de grond voor een erfpachter minder hoog is dan voor een eigenaar. Dat is een gemiste kans: immers, in de voorwaarden waaronder de grond in erfpacht wordt uitgegeven worden aanvullende gebruiksbeperkingen opgenomen die het nut van de grond voor de erfpachter verkleinen. Zoals de grondwaarde normaal gesproken sterk wordt beïnvloed door de publiekrechtelijke bestemming die daarop rust, beïnvloeden ook deze private beperkingen de gebruikswaarde. Dat wordt miskend met de keuze voor de ‘grondwaarde in het economisch verkeer, als ware het eigen grond’ als grondslag voor de canonberekening. Zoals het onredelijk is dat in de Arnhemse zaak geen reductie wordt toegepast vanwege het bebouwd zijn van de grond, zo is het onredelijk dat Staatsbosbeheer in zijn berekeningsmethodiek geen rekening houdt met de gebruiksbeperkingen die hij opneemt in de erf-

---

<sup>563</sup> Rb. Leeuwarden 5 december 2007, *LJN* BB9762.

<sup>564</sup> In Hof Amsterdam 26 oktober 1995, *BR* 1996, p. 669 e.v. nemen de deskundigen de marktwaarde van de grond niet tot uitgangspunt, om de enkele reden dat partijen tot elkaar veroordeeld zijn en er derhalve geen vrije marktwerking is. Het hof sanctioneert dat oordeel, maar men bedenke zich dat in die procedure slechts de motivering wordt getoetst van bindend adviseurs.

pachtvoorwaarden.<sup>565</sup> De erfpachters hadden daarop echter wel een beroep moeten doen.

Het verweer van de erfpachters richt zich erop dat in de berekeningsgrondslag geen rekening gehouden wordt met het feit dat zij de waardestijging van de grond mislopen. Dat verweer wordt door de rechtbank niet aanvaard, omdat met dat aspect rekening wordt gehouden bij de berekening van het canonpercentage, door daarbij een zogenoemd ‘compensatieafslagpercentage’ te gebruiken. Doel en functie van die reductie worden niet betwist, zodat ook op dat punt niet kan worden geconcludeerd dat Staatsbosbeheer onredelijk handelt. De verweren die wel worden gevoerd tegen de wijze van canonberekening wijst de rechtbank alle van de hand, maar dat komt niet door marginale toetsing.<sup>566</sup> Tegen een in de canon opgenomen rendementsopslag brengen de erfpachters bijvoorbeeld niet meer in dan dat deze om redenen van maatschappelijke billijkheid achterwege moet blijven: een verweer dat de rechtbank zonder nadere toelichting vanzelfsprekend onvoldoende gemotiveerd vindt. Hier zou in de rede liggen dat de erfpachters van Staatsbosbeheer vragen de rechtvaardiging voor deze opslag inzichtelijk te maken, om vervolgens zelf te komen met inhoudelijke argumenten.

#### 4.3.4. *De rol van deskundigen bij heruitgifte*

##### 4.3.4.1. **Algemeen**

In het bijzonder uit de besproken uitspraak van de Rechtbank Arnhem blijkt een grote bereidheid om de door de grondeigenaar voorgestelde canon aan een indringende toets te onderwerpen. De erfverpachter dient inzichtelijk te maken op welke wijze de hoogte van de canon wordt bepaald, zodat de erfpachter de mogelijkheid heeft om die methode gemotiveerd en op een gedetailleerd niveau te bestrijden. In de Haagse en de Leeuwardense uitspraak lijkt – zij het wat minder expliciet – een vergelijkbare benadering te zijn gekozen. Die methode past in het systeem waarin de rechter niet rechtstreeks de redelijkheid van de overeengekomen prijs beoordeelt, maar waarin uit de feitelijke machtspositie wel een

---

<sup>565</sup> Vgl. De Jong e.a. 2009, p. 67. Minister Verburg (LNV) heeft hiertegen het nogal zwakke argument ingebracht dat er ook waardevermeerderende omstandigheden zijn, zoals de natuur in de nabijheid van de woningen. Zie haar brief d.d. 9 oktober 2009, *Kamerstukken II* 2009/10, 29 659, nr. 39, p. 5. Dat zijn echter factoren die wel worden meegewogen bij het bepalen van de marktwaarde van de grond, zodat de berekeningswijze van Staatsbosbeheer ertoe leidt dat de erfpachter wel betaalt voor de waardevermeerderende omgevingsfactoren, maar hij geen reductie krijgt voor de waardeverminderende erfpachtvoorwaarden. Vgl. de opmerkingen van het Kamerlid Van der Vlies (SGP), *Kamerstukken II* 2009/10, 29 659, nr. 45, p. 9.

<sup>566</sup> Anders: De Hoog 2008.

stevige zorgplicht voortvloeit om rekening te houden met de belangen van de erfpachter.

Het is voor juristen vaak niet eenvoudig om een oordeel te geven over de redelijkheid van een bepaalde methodiek tot berekening van een erfpachtcanon. Zo moet de erfpachtcanon meestal niet berekend worden over de waarde van het gehele gebruiksobject (grond met opstal), maar enkel over de grondwaarde. Conform het uitgangspunt van art. 5:99 BW wordt de erfpachter in de regel namelijk zelf economisch eigenaar van de door hem bekostigde opstal. Bij de berekening van de grondwaarde moet rekening worden gehouden met het feit dat het om bebouwde grond gaat; onbebouwd is grond is namelijk meer waard dan bebouwd. De precieze verhouding tussen de waarde van de opstal en de waarde van de bebouwde grond is echter lastig vast te stellen, omdat in bebouwde grond als zodanig, dus apart van de opstal, vrijwel geen handel bestaat. Een andere moeilijkheid betreft de canonindexering: in de erfpachtvoorwaarden pleegt men een clause op te nemen die ervoor zorgt dat de hoogte van de canon periodiek meestijgt met de inflatie. Naarmate die indexering frequenter plaatsvindt, is het minder redelijk om in de aanvangscanon een compensatie voor het inflatierisico op te nemen.

Dergelijke factoren moeten worden gewaardeerd. De rechter is – nog los van wat zijn taak is – meestal onvoldoende geëquipeerd om dat te doen. In procedures over de hoogte van de bedongen nieuwe canon worden daarom vaak deskundigenoordelen gevraagd. Onder deze deskundigen zijn verschillende berekeningsmethoden bekend, die alle niet a priori onredelijk zijn.<sup>567</sup> De mate waarin een deskundige zich kan bedienen van zijn eigen favoriete methode is afhankelijk van de precieze rol die hem in de procedure is toebedeeld. Veel hangt af van de aard van het rechterlijk oordeel dat gegeven moet worden. Stel dat de grondeigenaar en de erfpachter zich – bijvoorbeeld omdat de verlengingsregeling in de bestaande voorwaarden daartoe de mogelijkheid biedt<sup>568</sup> – tot de rechter wenden met het verzoek om een redelijke canon vast te stellen.<sup>569</sup> De beslissing is dan in handen gelegd van de rechter, die zich een grote vrijheid kan permitteren om de hoogte van de canon zelf vast te stellen. De partijdeskundigen die in de procedure door beide partijen zullen worden meegebracht, hebben dan de ruimte om de rechter te overtuigen van de redelijkheid van de door hen voorgestane methode, hoewel de focus in de regel vanzelfsprekend zal liggen op de gebreken in de methode van de – vaak eveneens in de procedure betrokken –

---

<sup>567</sup> Zie nader over de taxatie van erfpachtgrond Nelisse 2008, p. 153 e.v.

<sup>568</sup> Zie bijv. art. 34 lid 2 van de Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 2000, gehanteerd door de Gemeente Amsterdam.

<sup>569</sup> Denkbaar is ook dat de rechter deze ruimte neemt omdat het bindend advies dat de erfpachter en de grondeigenaar van een onafhankelijke deskundige hadden gevraagd, elementaire gebreken vertoont. Vgl. art. 7:904 lid 2 BW. Zie ook Hof Amsterdam 8 januari 2004, te kennen uit HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114.

onafhankelijke deskundige. Op diens visie zal de rechter nu eenmaal geneigd zijn af te gaan.<sup>570</sup>

De rol van de deskundige is anders wanneer de erfpachter en de grondeigenaar hem gevraagd hebben om in een bindend advies een redelijke canon vast te stellen. Nog anders wordt diens rol wanneer hij als deskundige in een geschil wordt betrokken over de redelijkheid van een reeds concreet vastgestelde canon. Bij dat laatste kan het gaan om een canon die eenzijdig is voorgesteld door de erfverpachter of om een canon die andere deskundigen reeds in een bindend advies hebben vastgesteld.

#### 4.3.4.2. De deskundige als bindend adviseur

De erfpachtvoorwaarden regelen vaak hoe in geval van voortzetting van de erfpacht de hoogte van de nieuwe canon moet worden bepaald. Dat kan met een bindend-adviesclausule. Die maakt het dan bijvoorbeeld mogelijk dat de erfpachter en de grondeigenaar het bindend advies vragen van een drietal deskundigen als zij het zelf niet eens kunnen worden over de hoogte van de nieuwe canon. Van deze deskundigen wordt één aangewezen voor de grondeigenaar, één door de erfpachter en een derde door beide gekozen deskundigen samen.<sup>571</sup> Bij de uitvoering van een dergelijk beding rijst de vraag welke eisen mogen worden gesteld aan de zorgvuldigheid van de totstandkoming en aan de motivering van het deskundigenoordeel. In 2005 laat de Hoge Raad zich over die kwestie uit in het arrest Amsterdam/Honnebier.<sup>572</sup> Hoewel de drie deskundigen op grond van de toepasselijke erfpachtvoorwaarden “van hun bevindingen een gemotiveerd proces-verbaal” moesten inzenden, ontbreekt in die kwestie naar het oordeel van het Amsterdamse gerechtshof “nagenoeg elk inzicht in de door de deskundigen gehanteerde uitgangspunten en maatstaven en ontbreekt de mogelijkheid om na te gaan of de inhoud van het advies voldoet aan de daaraan te stellen eisen”. De Hoge Raad richt zich vervolgens op de motiveringseisen die mogen worden gesteld aan het bindend advies:

“Op de vraag in hoeverre een bindend advies dient te worden gemotiveerd, valt geen algemeen antwoord te geven. In beginsel heeft te gelden dat, naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, de beslissing van de bindend advi-

---

<sup>570</sup> Een interessante vraag is in hoeverre het oordeel van deze deskundige zelfs bindend kan zijn voor partijen. Zie daarover Santing-Wubs 2011.

<sup>571</sup> Vgl. art. 11 jo. 34 van de Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 2000, gehanteerd door de Gemeente Amsterdam. Van belang is wel dat de voorwaarden de erfpachter in de gelegenheid stellen het geschil, in plaats van aan de deskundigen, aan de rechter voort te leggen. Bij gebreke van zo'n regeling riskeert de erfverpachter dat de bindend-adviesclausule onredelijk bezwarend wordt geoordeeld op grond van art. 6:236, aanhef en onder n BW. Zie bijv. Rb. Den Haag 18 augustus 2010, *LJN* BN5001, r.o. 6.42.

<sup>572</sup> HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders; AA 2005, p. 1042 e.v., m.nt. G.R. Rutgers.

seurs meer en beter behoort te worden gemotiveerd. Omgekeerd is het zo dat, naarmate de opdracht aan bindend adviseurs meer het karakter heeft dat zij een niet (volledig) bepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienen vast te stellen, en het van hen gevraagde oordeel meer op intuïtief inzicht berust, aan dat oordeel lagere motiveringseisen kunnen worden gesteld.”

Voor een zuiver bindend advies gelden dus minder strenge motiveringseisen dan voor een onzuiver bindend advies.<sup>573</sup> Het bindend advies over de hoogte van de erfpachtcanon beschouwt ons hoogste rechtscollege als een zuiver bindend advies: de taak van de deskundigen was niet om een geschil te beslechten tussen de gemeente en Honnebier, maar om een onbepaald element van de rechtsverhouding vast te stellen. Dat de deskundigen in dit geval toch aan strenge motiveringseisen gehouden konden worden, had een andere oorzaak: de algemene erfpachtvoorwaarden voorzien zelf in die motiveringsplicht.

Het is niet evident dat een bindend advies tot vaststelling van een erfpachtcanon niet dient om een geschil te beslechten.<sup>574</sup> Van een werkelijk zuiver bindend advies is wel sprake wanneer twee particulieren het eens worden over een eerste uitgifte in erfpacht en zij in goed overleg een deskundige vragen om de hoogte van de canon vast te stellen. Het wordt echter minder duidelijk als bij een bestaande erfpacht is voorzien in een voortzettingsrecht, waarbij de erfpachter de mogelijkheid heeft om een bindend advies te vragen wanneer hij zich niet in het aanbod van de grondeigenaar kan vinden. Dat lijkt meer op geschilbeslechting. Het is de vraag of niet ook sprake is van geschilbeslechting wanneer – zoals in de zaak tussen Amsterdam en Honnebier – de toepasselijke voorwaarden niet eerst voorzien in een aanbod van de grondeigenaar, maar in plaats daarvan meteen een deskundigenoordeel moet worden ingeroepen.<sup>575</sup>

Naar mijn mening zal het karakter van het bindend advies van geval tot geval moeten worden beoordeeld. Bij het maken van onderscheid is het van belang het rechtskarakter van het zuiver bindend advies voor ogen te houden. Dat wordt aangemerkt als een normaal onderdeel van de gesloten overeenkomst,<sup>576</sup> wat wordt gerechtvaardigd door het feit dat men er vrijwillig voor gekozen heeft zijn lot in handen te leggen van een eveneens vrijwillig gekozen derde. De gemakkelijke gebondenheid aan het oordeel van deze derde kan ook in het licht van die

---

<sup>573</sup> Het is van belang hierbij op te merken dat ook een zuiver bindend advies niet volstrekt ongemotiveerd mag blijven. Zie Ernste 2012, p. 169, die op dit punt in de rechtspraak een glijdende schaal constateert tussen het zuivere en het onzuivere bindend advies.

<sup>574</sup> Vgl. ook H.J. Snijders in zijn in voetnoot 572 genoemde *NJ*-annotatie en Ernste 2012, p. 42. Anders: G.R. Rutgers in diens, eveneens in voetnoot 572 vermelde, *AA*-noot.

<sup>575</sup> Op de erfpacht van Honnebier waren niet de meest recente, in voetnoot 568 en 571 genoemde algemene bepalingen van toepassing, die wel in zo'n aanbod voorzien, maar de 'Algemeene bepalingen voor voortdurende erfpacht 1915'.

<sup>576</sup> Vgl. E.M. Wesseling-van Gent in haar conclusie voor HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114, onder 2.18. en G.R. Rutgers, *AA* 2005, p. 1043 (annotatie bij voormeld arrest).

partijautonomie worden gerechtvaardigd: wie in volledige vrijheid aan een derde een blanco cheque geeft om zijn rechtspositie te bepalen, moet zich de beslissing van die persoon ook maar laten welgevalen. Deze rechtvaardiging voor geringe motiveringseisen ontbreekt bij de vaststelling van een erfpachtcanon meestal. In de regel wordt de erfpachter door de feitelijke situatie min of meer gedwongen tot het accepteren van een deskundigenoordeel: zoals zijn afhankelijke positie hem ertoe beweegt gemakkelijk akkoord te gaan met een canonvoorstel, zo zal hij ook zeker gemakkelijk instemmen met het voorstel dat het bindend advies wordt ingeroepen van een onafhankelijke derde. Met die instemming behoort de erfpachter zijn recht op een deugdelijk gemotiveerde canon niet te verspelen: zoals een canon die (de facto) eenzijdig door de grondeigenaar wordt vastgesteld goed gemotiveerd moet zijn, zo dient ook een door de grondeigenaar afgedwongen deskundigenoordeel behoorlijk onderbouwd te zijn. Het belang daarvan mag niet worden onderschat, met name omdat de onafhankelijkheid van de beschikbare deskundigen vaak kwestieus zal zijn: de grondeigenaar is meestal een 'repeat player', van wie de deskundige nog vaker een opdracht wenst te ontvangen. Ik ben om deze redenen kritisch over het oordeel van de Hoge Raad, die de rechtvaardiging voor de motiveringsplicht in de zaak tussen Honnebier en de Gemeente Amsterdam volledig zoekt in de toepasselijke voorwaarden en niet in het karakter van het betreffende advies. Ook zonder dat de voorwaarden daartoe verplichten is naar mijn mening een deugdelijke en toetsbare motivering vereist, net zoals die mag worden verwacht wanneer de erfverpachter eenzijdig een aanbod zou hebben gedaan.

#### **4.3.4.3. De deskundige in een juridische procedure over een canonvoorstel**

De taak van deskundigen is niet beperkt tot het desgevraagd vaststellen van een redelijke canon. Ook is mogelijk dat de grondeigenaar – al dan niet met behulp van andere deskundigen – al een canon heeft voorgesteld waarvan de redelijkheid in rechte wordt betwist. Verder is denkbaar dat het bindend advies ter vaststelling van een canon in rechte wordt aangevallen. In dergelijke procedures zijn veelal (nieuwe) deskundigenoordelen nodig om het standpunt van (in de regel) de erfpachter te onderbouwen, die de redelijkheid betwist van de bedongen of bindend geadviseerde canon.

Is de hoogte van de canon in een bindend advies vastgesteld, dan is voor de vernietiging daarvan vereist dat het bindend advies in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 7:904 lid 2 BW). Beoordeeld moet worden of een redelijk denkend deskundige tot toepassing van de gehanteerde methode ter

vaststelling van de canon kan komen.<sup>577</sup> Bij deze beoordeling speelt een rol hoe gebruikelijk de methode is en in hoeverre deze onder deskundigen wordt geaccepteerd. In de praktijk komt voor dat advocaten en partijdeskundigen zich onvoldoende bewust zijn van deze benadering. Zij vechten de redelijkheid van de canon dan aan met een deskundigenrapport waarin een lagere canon wordt verdedigd dan door de bindend adviseur(s) is vastgesteld. Dat is echter onvoldoende om vernietiging in de zin van art. 7:904 lid 1 BW te bewerkstelligen: het enkele bestaan van een redelijke berekenmethode die voor de erfpachter gunstiger is, leidt er immers niet toe dat de door de bindend adviseur(s) gehanteerde methode *onredelijk* is.<sup>578</sup>

Indien het deskundigenoordeel wel vernietigbaar is, dan hoeft de rechter het niet opnieuw aan (deze) deskundigen over te laten een redelijke canon te bepalen. Art. 7:904 lid 2 BW biedt hem de mogelijkheid om zijn eigen oordeel in de plaats te stellen van het vernietigde bindend advies. Bij de toepassing van die bepaling zal het in de regel gaan om wijzigingen op onderdelen na een partiële vernietiging: de deskundigen hebben bijvoorbeeld ten onrechte geen rekening gehouden met de bebouwde staat van de erfpachtgrond, waarna de rechter het bindend advies slechts partieel vernietigt en op de door deskundigen voorgestelde canon een door hem billijk gevonden reductie toepast. In die fase van de procedure hebben de procespartijen – en in hun verlengde de meegebrachte deskundigen – vanzelfsprekend weer een grotere ruimte om hun eigen ideeën over het bepalen van een redelijke canon uit te dragen.

Een interessante vraag betreft de verschillen tussen de rechterlijke toetsing van het bindend deskundigenadvies enerzijds en van het eenzijdige aanbod van de erfverpachter anderzijds. Zowel van deskundigen als van de grondeigenaar zelf mag worden verwacht dat inzichtelijk en verifieerbaar is op welke manier de canon is berekend. Ook de rechterlijke toets dient daarom in beide gevallen hetzelfde te zijn: kan een redelijk denkend deskundige tot deze berekeningswijze komen? Dat de erfverpachter vaak geen deskundige *is*, speelt in dit verband geen rol. De zorgplicht die op hem rust om rekening te houden met de belangen van de erfpachter, vraagt van hem immers dat hij een prijs vaststelt die in overeenstemming is met de werkelijke waarde van het gebruiksrecht dat hij aan de erfpachter verstrekt.<sup>579</sup> Dat brengt met zich dat, wanneer hij zelf de deskundigheid mist om die waarde vast te stellen, hij dat moet compenseren met het inroepen van personen die de vereiste deskundigheid wel hebben. Eenzelfde rechterlijke toets dus, en mitsdien ook eenzelfde rol voor in de procedure be-

---

<sup>577</sup> Vgl. bijv. Hof Amsterdam 8 januari 2004, te kennen uit HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114, r.o. 4.20.

<sup>578</sup> Aldus (terecht) Rb. Haarlem 18 juni 2008, nr. 131245/HAZA 07-12 (ongepubliceerd), r.o. 4.5.

trokken deskundigen die de redelijkheid van de door de erfverpachter voorgestelde canon betwisten.

Mag de rechter dan ook een eenzijdig prijsaanbod van de erfverpachter, na vernietiging, vervangen door zijn eigen oordeel indien duidelijk is dat de erfverpachter misbruik heeft gemaakt van de afhankelijkheidsrelatie die bestaat tussen hem en de erfpachter? Hoewel dat niet onmiddellijk voor de hand ligt, meen ik dat ook die bevoegdheid bestaat. Daartegen pleit dat de mogelijkheid een eenzijdig aanbod te vervangen, afbreuk doet aan de autonomie van de grondeigenaar om uiteindelijk zelf te bepalen of en tegen welke prijs hij zijn grond aan de erfpachter in gebruik wil geven. Die autonomie heeft hij al prijsgegeven wanneer de rechter art. 7:904 lid 2 BW toepast – de grondeigenaar heeft zijn lot dan immers al in handen gelegd van bindend adviseurs – maar wanneer de rechter een eenzijdig prijsaanbod onredelijk oordeelt, dan is goed verdedigbaar dat de grondeigenaar de ruimte moet hebben om zelf een nieuw voorstel te doen, of in het geval van vernieuwing van tijdelijke erfpacht zelfs om geheel van de heruitgifte af te zien. Niettemin meen ik dat de rechter ook voor een onredelijk eenzijdig aanbod zijn eigen oordeel in de plaats mag stellen. Tegenover de partij-autonomie staat namelijk dat art. 7:904 lid 2 BW niet alleen in de mogelijkheid voorziet om een bindend advies van een *derde* te vervangen door een rechterlijk oordeel: ook wanneer één van de contractspartijen zelf als bindend adviseur optreedt is er die mogelijkheid. Zeker wanneer in de heruitgifteregeling de vaststelling van de nieuwe canon eenzijdig bij de grondeigenaar is neergelegd, ligt toepassing van die regel in de rede. Een dergelijke voorwaarde onderscheidt zich immers enkel van de gebruikelijke bindend-adviesclausule in de omstandigheid dat niet een derde, maar één van de partijen de prijs bepaalt. Ook wanneer een regeling tot heruitgifte in de bestaande vestigingsvoorwaarden geheel ontbreekt, pleit ik voor het bestaan van een rechterlijke bevoegdheid om het eigen oordeel in de plaats te stellen van de door de grondeigenaar vastgestelde canon. Argument daarvoor is dat in art. 7:904 lid 2 BW besloten ligt dat het recht een zekere begrenzing van de autonomie van contractspartijen aanvaardt in het geval dat de betreffende partij onvoldoende zorgvuldig omspringt met de aan zijn zorg toevertrouwde belangen van zijn wederpartij. Onder bijzondere omstandigheden kan van dat uitgangspunt worden afgeweken, zo bepaalt ook art. 7:904 lid 2 BW. De Rechtbank Arnhem onttrekt zich bijvoorbeeld aan de mogelijkheid een eigen vervangend oordeel te geven, met een beroep op de taakverdeling tussen de rechterlijke macht en het bestuur van de gemeente dat de grond in erfpacht had aangeboden. Dat is een omstandigheid die er inderdaad toe kan leiden dat de rechter de bal teruglegt bij de grondeigenaar.

---

<sup>579</sup> Vgl. de in paragraaf 4.3.3 geciteerde overweging van Rb. Arnhem 5 oktober 2005, *NJF* 2006, 21, r.o. 4.4.



Aangenomen dat de rechter zijn eigen oordeel ook in de plaats kan stellen van een eenzijdig door de erfverpachter vastgestelde canon, verschilt zijn rol in die procedure niet van zijn rol in een procedure over een bindend deskundigenadvies. Dat brengt met zich dat ook de positie van deskundigen die in de procedure worden betrokken om hun oordeel te geven over de redelijkheid van een bepaalde canon, in beide procedures gelijk is.

## 5. Imprévision

### 5.1. Inleiding

Het BW kent op verschillende plaatsen voorzieningen om rechtsverhoudingen te wijzigen, ook als die verhoudingen zelf niet in die mogelijkheid voorzien. Voor wederkerige overeenkomsten bepaalt art. 6:258 BW dat de rechter deze kan wijzigen of ontbinden indien sprake is van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.

Deze *imprévision*-bepaling zou op grond van de schakelbepaling van art. 6:216 BW ook van toepassing zijn op de rechtsverhoudingen die worden geregeld in Boek 5 BW, ware het niet dat de wetgever voor de erfdienstbaarheid (art. 5:78-81 BW) en voor het erfpachtrecht (art. 5:97 BW) heeft voorzien in een eigen regeling, die op enkele punten van de hoofdregel van art. 6:258 BW afwijkt. Belangrijk verschil is dat de bepalingen in Boek 5 BW een *vordering* vereisen van degene die de erfpacht of erfdienstbaarheid wil wijzigen of beëindigen.<sup>580</sup> Voor de wijziging van deze goederenrechtelijke rechtsverhoudingen, dienen verder de personen in het geding geroepen te worden die gerechtigd zijn tot andere beperkte rechten op één van de erven of – in geval van erfpacht – op de erfpacht(grond). Op die manier kan in de procedure ook aan hun belangen recht worden gedaan. Anders dan in de regeling tot het wegens onvoorziene omstandigheden wijzigen of beëindigen van de erfdienstbaarheid, stelt de bepaling in de erfpachttitel ook nog een termijn: pas indien vijftwintig jaar is verlopen sinds de vestiging van de erfpacht, is een vordering in de zin van art. 5:97 lid 1 BW toewijsbaar. Om recht te doen aan het belang van stabiele verhoudingen – dat zich naar de opvatting van de wetgever vooral in het goederenrecht laat gevoelen – wilde de wetgever aanvankelijk ook in art. 5:78 BW een termijn van twintig jaar opnemen. Van dat idee is hij uiteindelijk echter afgestapt, omdat dit belang ook gewaarborgd kon en moest worden in de wijze waarop de rechter invulling zou geven aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Bovendien was eerder de mogelijkheid om de inhoud van een kwalitatieve verplichting

---

<sup>580</sup> Bij de toepassing van art. 6:258 BW neemt de rechtspraak vrij gemakkelijk aan dat sprake is van een geuit ‘verlangen’. Zie o.a. HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 659. Daarover kritisch: Peletier 1999, p. 524 e.v.

in de zin van art. 6:252 BW te wijzigen ook niet aan een termijn verbonden. Thans wordt slechts een termijnvereiste gesteld bij de opheffing van de erfdiensbaarheid wegens strijd met het algemeen belang (art. 5:78 lid 2 BW). Dat mag pas wanneer twintig jaar is verstreken sinds het ontstaan van de erfdiensbaarheid.

Bij erfpacht heeft de wetgever echter aan de termijn vastgehouden. Dit deed hij niet alleen om de stabiliteit van erfpachtverhoudingen te waarborgen. Met de termijn beoogde men ook aan te sluiten op de pachtwetgeving. Beide redenen vind ik niet sterk. Voor zover de termijn geldt om recht te doen aan het belang van de stabiliteit van erfpachtverhoudingen, vraag ik me af of het niet voor de hand ligt om het ook bij erfpacht aan de rechter over te laten om met dat belang rekening te houden. Weliswaar is sprake van een ander type zakelijk recht, maar ook dat kan prima in de rechterlijke afweging worden verdisconteerd. Tenslotte moet de rechter dat onder het huidige recht ook, indien ná het verstrijken van de termijn een vordering is ingediend. Het zoeken naar aansluiting bij het pachtrecht vind ik eveneens eigenaardig. Dat de termijn van vijftientwintig jaar in de wet is opgenomen houdt verband “met het feit dat de Pachtwet (art. 59) (thans is dit art. 7:399d BW; FJV) een belangrijk gedeelte van de erfpachtsrechten en andere zakelijke genotsrechten gedurende 25 jaar na hun vestiging dwingend beheerst”.<sup>581</sup> “In casu betekent dit dat het weinig zin heeft de termijn [...] te veranderen omdat de pachtwetgeving [...] haar dwingende werking toch blijft behouden”. De gevolgde redenering overtuigt niet echt. Het is in de eerste plaats niet juist dat er veel erfpachtverhoudingen voorkomen waarop de regels van het pachtrecht van overeenkomstige toepassing zijn. In de praktijk probeert men bij de vestiging van erfpachtrechten in de landbouw juist te voorkomen dat de pachtregels op de rechtsverhouding van toepassing worden. In de tweede plaats ligt het naar mijn overtuiging meer in de rede om, als men wil voorkomen dat in erfpachtverhoudingen waarop het pachtrecht wél van toepassing is een beroep wordt gedaan op de *imprévision*-bepaling, in het verlengde van art. 7:399d BW een voorziening te treffen. Op die manier kan vermeden worden dat de gewenste aansluiting bij het pachtrecht tot gevolg heeft dat (nodeloze) beperkingen gelden voor de erfpachtrechten die met het pachtrecht niets van doen hebben.

Naar mijn mening verdient het aanbeveling om de termijn in art. 5:97 BW te schrappen, eventueel gecombineerd met een extra voorziening in art. 7:399d BW. Het meest voor de hand ligt dan wat mij betreft dat ook art. 7:399d bij die gelegenheid uit de wettekst wordt verwijderd. Dat zou een einde maken aan een dogmatisch lastig te verdedigen regel, die twee volstrekt van elkaar verschillende regimes met elkaar beoogt te combineren: de toepassing van die bepaling heeft, zoals ik elders uitvoerig heb betoogd, erfpachtrechten tot gevolg waaraan

---

<sup>581</sup> PG Boek 5, p. 299 (MO).

als gevolg van de toepasselijkheid van het reguliere pachtrecht geen handelswaarde mag worden toegekend.<sup>582</sup> De handhaving van een dergelijke bepaling, die slechts beoogt te voorkomen dat het reguliere pachtrecht wordt omzeild met de vestiging van kortdurende erfpachtrechten, is lastig verdedigbaar, zeker nu met de geliberaliseerde pacht zelfs binnen het regime van titel 7.5 BW het reguliere pachtrecht aan de kant kan worden geschoven.

### 5.2. Wanneer zijn omstandigheden ‘onvoorzien’?

Voor een geslaagd beroep op art. 5:97 BW zijn, behalve vijftientig verstreken jaren, onvoorziene omstandigheden vereist. Daarvan kan alleen sprake zijn in het geval van omstandigheden die zich voordoen na de totstandkoming van de erfpacht.<sup>583</sup> Verder is vereist dat de betreffende omstandigheid niet (impliciet of expliciet) is verdisconteerd in het overeengekomene:

“De woorden “onvoorziene omstandigheden” moeten worden opgevat in de betekenis die zij als staande uitdrukking in het spraakgebruik hebben verkregen. Zo kan bij voorbeeld een oorlog gelden als een onvoorziene omstandigheid, ook al is de betrokken overeenkomst gesloten op een ogenblik van zodanige internationale spanning dat niet alleen een oorlog niet onvoorzienbaar kon worden geacht, maar een der partijen ook feitelijk aan de mogelijkheid van een oorlog heeft gedacht. Het komt er slechts op aan, van welke veronderstellingen partijen bij het sluiten van de overeenkomsten tegenover elkaar zijn uitgegaan; of zij in de mogelijkheid van het uitbreken van een oorlog hebben voorzien of althans stilzwijgend die mogelijkheid hebben verdisconteerd.”<sup>584</sup>

Het onvoorziene karakter wordt aan omstandigheden niet ontnomen wanneer zij voorzien zijn op het moment waarop de rechtsopvolger van de erfpachter of eigenaar zijn recht verkrijgt. Bij de toepassing van art. 6:258 BW op kettingbedingen neemt de Hoge Raad wél uitdrukkelijk aan dat dit laatste moment beslissend is.<sup>585</sup> Daar is dat niet zo vreemd: de correcte nakoming van de verplichting uit een kettingbeding heeft tot gevolg dat de verkrijger een geheel nieuwe overeenkomst krijgt met de stipulator van het beding en in die rechtsverhouding moet voldaan zijn aan de vereisten van art. 6:258 BW. In het geval van wijziging van beperkte rechten of kwalitatieve verbintenissen is dat echter anders. Voor kwalitatieve verbintenissen bijvoorbeeld, bepaalt art. 6:258 lid 3 BW dat de verkrijger voor de toepassing van de *imprévision*-regeling met zijn rechtsvoorganger gelijk staat. In de literatuur wordt wel bepleit dat die bepaling een beperkte reikwijdte heeft: deze bepaling voorkomt slechts dat de rechtsop-

---

<sup>582</sup> Zie Vonck 2008.

<sup>583</sup> HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 493. Zie ook Schoordijk 1985 en Van Oostrom-Streep 2006, p. 79.

<sup>584</sup> PG Boek 6, p. 968.

<sup>585</sup> HR 24 december 2004, *NJ* 2007, 58.

volger zonder meer van een beroep op art. 6:258 BW verstoken blijft, om de enkele reden dat hij op zichzelf geen overeenkomst heeft met degene die de verplichting heeft bedongen.<sup>586</sup> Echter, “dat de opvolger ook *in de tijd* met de oorspronkelijke contractspartijen op één lijn zou komen te staan, [...] zou een ongerijmde ‘antedatering’ ten gevolge hebben, aldus Hijma.<sup>587</sup> Ook Hartkamp vindt dat de opvolger niet zonder meer met zijn voorganger gelijk kan worden gesteld.<sup>588</sup> Ten aanzien van de rechtsverhouding tussen de rechtsopvolger en de wederpartij moet volgens hem zelfstandig beoordeeld worden of sprake is van onvoorzien omstandigheden die van dien aard zijn dat ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag worden verwacht: “Welnu, er zal dunkt mij doorgaans geen reden zijn om aan de rechtsopvolger een beroep op onvoorzien omstandigheden toe te kennen met betrekking tot omstandigheden die hij kende op het ogenblik dat hij de overeenkomst tot verkrijging van het goed sloot.”

Met dat laatste ben ik het eens. Het is echter van belang te constateren dat een geslaagd beroep op *imprévision* in de regel uit zal blijven omdat ongewijzigde instandhouding doorgaans niet onredelijk is jegens degene die daarmee bij zijn verkrijging rekening hield. Onvoorzien zijn deze omstandigheden wat mij betreft wel, eenvoudigweg omdat ze niet zijn verdisconteerd in de rechtsverhouding tussen de rechtsopvolger en de wederpartij. Dat geldt zowel bij de toepassing van art. 6:252 BW als bij de toepassing van art. 5:97 BW: het gaat erom wat is verdisconteerd in de erfpachtverhouding; niet om wat onvoorzien is bij de verkrijging door een individuele erfpachter of grondeigenaar. Deze uitleg voorkomt dat het handelsverkeer gefrustreerd wordt doordat het rechtssysteem justitiabelen praktisch dwingt de *imprévision* in te roepen voorafgaand aan de overdracht in plaats van omgekeerd.

### 5.3. Hoe te bepalen of omstandigheden onvoorzien zijn?

Bij de vaststelling of een omstandigheid voorzien zijn of niet, gaat het om het vinden van het antwoord op de vraag of de betreffende gebeurtenis daadwerkelijk is verdisconteerd in de vestigingsvoorwaarden. Of dat het geval is, zal – het klinkt al door in het gedeelte dat ik in de vorige paragraaf van de toelichting citeerde – door uitleg van de overeenkomst of vestigingsakte duidelijk moeten worden. Wat men bij de vestiging van de erfpacht heeft voorzien, zal dus moeten worden afgeleid uit de in de akte gebezigde bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte.<sup>589</sup>

---

<sup>586</sup> PG Boek 6, p. 971.

<sup>587</sup> J. Hijma, in zijn noot bij HR 24 december 2004, *NJ* 2007, 58.

<sup>588</sup> A.S. Hartkamp, conclusie voor HR 24 december 2004, *NJ* 2007, 58.

<sup>589</sup> Vgl. o.a. HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011, 111.

Die akte kan in de eerste plaats bepalingen bevatten die uitdrukkelijk melding maken van bepaalde voorziene omstandigheden. Denkbaar is bijvoorbeeld dat men zelf heeft voorzien in een mogelijkheid om de erfpachtvoorwaarden te wijzigen indien zich bepaalde ontwikkelingen voordoen. Een dergelijke regeling treft men veelal aan in gevallen waarin de erfpachtgrond een zeer specifieke bestemming heeft gekregen, zoals het al eerder genoemde ‘vijfsterrenhotel volgens de Benelux-classificatie 1999 en restaurant’.<sup>590</sup> Daar tegenover staat dat eveneens niet valt uit te sluiten dat (lange) lijsten van, soms erg vaag omschreven, ‘voorziene omstandigheden’ *zonder* wijzigingsmogelijkheid in de akte worden genoemd. Bij dat laatste moet wel worden bedacht dat uiteindelijk achteraf moet worden beoordeeld of de specifieke ontwikkeling die zich heeft voorgedaan is verdisconteerd in de akte. Hoe vager de betreffende omstandigheid in de erfpachtvoorwaarden is geformuleerd, hoe minder waarschijnlijk het is dat uiteindelijk wordt aangenomen dat de feitelijke ontwikkeling ook daadwerkelijk is voorzien bij de vestiging van de erfpacht. Verder is goed denkbaar dat een dergelijk beding uiteindelijk niet als onderdeel van de erfpachtverhouding wordt aangemerkt, omdat zij in strijd komen met de strekking van het dwingendrechtelijke art. 5:97 BW, omdat zij de vrije verhandelbaarheid van de erfpacht op onevenredige wijze beperken of omdat zij in ethisch opzicht te zwaar op de erfpachter drukken.<sup>591</sup> Is het niet-wijzigingsbeding geen onderdeel van de goederenrechtelijke erfpachtverhouding, dan kunnen de daarin vermelde omstandigheden niet als ‘voorzien’ worden aangemerkt.

#### 5.4. De aard van de onvoorziene omstandigheden

Met de door de Hoge Raad voorgestane objectieve uitleg van erfpachtverhoudingen, kan niet goed worden verenigd dat toekomstige ontwikkelingen stilzwijgend in de akte zijn verdisconteerd. Aldus bezien kan gesteld worden dat deze methode van uitleg het toepassingsbereik van de *imprévision* vergroot. Die extra ruimte wordt echter – als zij al bestaat – weggenomen door het tweede vereiste, dat ongewijzigde instandhouding van de erfpacht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de erfpachter of grondeigenaar kan worden gevegd.<sup>592</sup> Naarmate een ontwikkeling gebruikelijker of waarschijnlijker is (en dus beter *voorzienbaar*) kan ongewijzigde instandhouding van de erfpacht beter worden gerechtvaardigd.

Daarmee is niet gezegd dat in het geheel niet denkbaar is dat een beroep op *imprévision* slaagt in het geval van ontwikkelingen die voorzien hadden kunnen

---

<sup>590</sup> Zie hiervoor in hoofdstuk IV, paragraaf 8.3.3.

<sup>591</sup> Vgl. hoofdstuk IV, paragraaf 8.3.

<sup>592</sup> Vgl. ook Rechtshandeling en Overeenkomst 2010 (Valk), nr. 289, die aangeeft dat de toets aan het eerste criterium niet los moet worden gezien van de toets aan het tweede criterium.

worden. Regeringscommissaris W. Snijders merkte daarover tijdens de parlementaire behandeling van art. 5:97 BW op:

“Het zal in belangrijke mate ook strekken tot bescherming van de erfpachter. Hij is gebonden aan allerlei bestemmingsbedingen in de erfpachtsakte terwijl de bestemming die hij oorspronkelijk voor ogen had helemaal niet meer mogelijk is. De bestemmingsbepalingen in erfpachtcontracten zijn dikwijls zeer stringent. Als men bijvoorbeeld toestemming heeft gekregen een naaimachinefabriek te vestigen maar later op een ander product wil overschakelen, is dit vaak niet mogelijk. Er is een bepaling nodig om dit soort moeilijkheden op te vangen, binnen bepaalde grenzen.”<sup>593</sup>

Het komt mij bepaald niet onwaarschijnlijk voor dat de partijen die deze erfpachtverhouding gevestigd hebben, van meet af aan op hun klompen hebben aangevoeld dat de naaimachinefabriek niet tot in lengte van jaren zou kunnen blijven bestaan. Toch kan uit het achterwege blijven van een beding dat wijziging van de bestemming onder omstandigheden mogelijk maakt, niet worden afgeleid dat men het risico dat te lang met de exploitatie van die fabriek moet worden doorgegaan op de koop toe genomen heeft. Daarvoor is de impact van die ontwikkeling te groot.

Het voorgaande neemt niet weg dat onvoorziene omstandigheden maar hoogst zelden van dien aard zijn dat ongewijzigde instandhouding van de akte van vestiging niet langer kan worden gevegd van een van beide partijen: “Redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe.”<sup>594</sup> Dat klemmt te meer in goederenrechtelijke verhoudingen, waarin (veelal) een grotere mate van stabiliteit mag worden verwacht van de betrokken partijen dan in betrekkingen van zuiver verbintenisrechtelijke aard. De vraag wanneer dat uitgangspunt moet wijken, kan niet in abstracto worden beantwoord.

Wat ‘redelijkheid en billijkheid’ vergt, hangt af van alle omstandigheden van het betreffende geval. De rechter zal in ieder concreet geval een afweging moeten maken tussen het belang van wijziging en het belang van instandhouding van de overeenkomst. Bij die afweging dient steeds grote waarde te worden toegekend aan het belang van trouw aan het gegeven woord en aan het belang van stabiliteit in de rechtsverhouding.<sup>595</sup> Dat vloeit voort uit het hiervóór gereleveerde karakter van de *imprévision*-bepalingen. Met andere woorden, de rechter dient steeds uiterst terughoudend om te gaan met zijn bevoegdheid de vestigingsakte open te breken.

Anderzijds bieden de *imprévision*-bepalingen juist ook de mogelijkheid om recht te doen aan de bezwaren die – juist vanuit goederenrechtelijk perspectief –

---

<sup>593</sup> PG Boek 5, p. 325-326.

<sup>594</sup> HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 493. Zie ook PG Boek 6, p. 969.

<sup>595</sup> In gelijke zin o.a. Struycken 2007, p. 728.

bestaan tegen het langdurig, ongewijzigd voortbestaan van een koppeling tussen verplichtingen en onroerend goed. De in hoofdstuk IV genoemde ethische en economische argumenten kunnen van meet af aan in de weg staan aan de goederenrechtelijke werking van een voorwaarde, maar ook is mogelijk dat de betreffende voorwaarde ten tijde van de vestiging aanvaardbaar is als onderdeel van de erfpachtverhouding, maar op een later moment niet meer. In zo'n geval kan de toepassing van de *imprévision*-bepalingen een oplossing bieden. Struycen noemt het geval waarin iemand het recht heeft mest uit te rijden op een terrein, dat inmiddels het voorplein is geworden van een hoog college van Staat. Een ander voorbeeld kan worden ontleend aan het Voorburgse treinstation. Het gemeentebestuur had de aanleg van dit station rond 1870 enkel willen toestaan onder de voorwaarde dat alle langskomende treinen daar ook daadwerkelijk zouden stoppen. Een dergelijk beding zou – als de gemeente de grond in erfpacht gegeven zou hebben – met goederenrechtelijke werking vastgelegd kunnen worden, als we tenminste uitgaan van de in hoofdstuk IV aangelegde criteria en van de intensiteit van het treinverkeer in 1870. Inmiddels is de voorwaarde een dusdanig ingrijpende beperking dat betwijfeld kan worden of zij met goederenrechtelijke werking bedongen kan worden. Dit is bij uitstek een situatie waarin met een beroep op *imprévision* de oude afspraken gewijzigd kunnen worden aan de veranderde omstandigheden, om aan verplichtingen die in de huidige tijdgeest te zwaardrukkend zijn hun (goederenrechtelijke) werking te ontnemen.

##### 5.5. *De vorm van wijziging van de vestigingsakte*

Indien de rechter eenmaal besloten heeft dat ongewijzigde instandhouding van de vestigingsakte niet kan worden gevegd van een van beide partijen, komt de vraag op naar de consequenties die hij aan dat oordeel zou moeten verbinden. Uit de tekst van art. 5:97 lid 1 BW wordt duidelijk dat gekozen kan worden tussen wijziging en opheffing. Verder kunnen voorwaarden aan de wijziging of de opheffing worden verbonden (lid 2). De mogelijkheden die de rechter heeft zijn dus zeer divers. Hoe nu te beslissen welke remedie in een bepaald geval geboden is? Op dit punt hoeft hij – naar algemeen wordt aangenomen – een minder gereserveerde houding aan te nemen dan op het punt van de vaststelling dát de vestigingsakte niet ongewijzigd in stand kan blijven.<sup>596</sup> Wel zal hij naar mijn mening zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de voorstellen die in de procedure zijn gedaan op dit punt. In dat verband kan worden gewezen op een arrest van het Amsterdamse gerechtshof uit 1982, waarin een vordering tot wijziging van

---

<sup>596</sup> Zie o.a. Asser/Hartkamp & Sieburgh (2010) 6-III\*, nr. 444, Hartkamp 1981, p. 214-215, Hijma 1989, p. 6 e.v. en Wibbens-de Jong 2006, nr. 24. Anders echter: Rijken 1994, nr. 41.

een overeenkomst werd toegewezen.<sup>597</sup> In die procedure vordert de Gemeente Utrecht nakoming van Koninklijke Bijenkorf Beheer (KBB), van diens verplichting om een nieuwe vestiging van De Bijenkorf te bouwen. Het gerechtshof honoreert echter het beroep van KBB op gewijzigde omstandigheden en overweegt daarbij dat hoewel

“de gemeente thans, gelet op de gewijzigde omstandigheden, in redelijkheid *niet* meer verlangen [kan] dat KBB ter plaatse een gebouw neerzet zoals *oorspronkelijk* overeengekomen, [...] het overeengekomene KBB [toch verbindt] naar andere mogelijkheden te zoeken om de overeenkomst op een voor beide partijen zinvolle wijze (*in een gewijzigde vorm*) uit te voeren. [...] Over de wijze waarop thans in redelijkheid, gezien de gewijzigde omstandigheden, uitvoering van de overeenkomst van KBB kan worden verlangd, behoeft het hof inlichtingen van partijen”.

Met andere woorden, vastgesteld moet worden – aldus het Amsterdamse hof – wat partijen nog wél van elkaar mogen verwachten. Van degene die wijziging van het overeengekomene verlangt, mag worden verwacht dat hij met suggesties komt. Hijma stelt daar terecht tegenover dat ook de wederpartij (die het liefst ongewijzigde instandhouding van het overeengekome zou zien) in deze fase niet achterover mag leunen.<sup>598</sup> Ook van hem mag worden verwacht dat hij voorstellen doet tot concrete wijziging. In wezen moet in de procedure onderhandeld worden over de vraag wat partijen nog wel van elkaar mogen verlangen. De rechter dient vervolgens ‘de beste’ te kiezen van de aan hem voorgelegde oplossingen.

#### 5.6. *Overgangsrecht*

Het BW(oud) kende geen *imprévision*-bepalingen, zoals die thans zijn opgenomen in onder meer art. 6:258 en art. 5:97 BW. Het is daarom de vraag in hoeverre deze nieuwe regelingen van toepassing zijn op rechtsverhoudingen die reeds voor 1 januari 1992 bestonden. In dit verband bepaalt art. 195 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (Ow.) voor art. 6:258 BW en art. 169 Ow. voor art. 5:97 BW, dat de rechter bij de toepassing van beide bepalingen geen rekening mag houden met omstandigheden die zich vóór de inwerkingtreding van het BW hebben voorgedaan. Bij de parlementaire behandeling van het overgangsrecht is de vraag gesteld naar de precieze status van deze bepalingen:

“Op artikel 6:258 is echter inmiddels al geanticipeerd, o.m. in HR 27 april 1984, NJ 1984, 769 (Nationale Volksbank/Sipke Helder). Niet onwaarschijnlijk is dat hetzelfde zou zijn gebeurd bij de genoemde zakelijke rechten indien de kwestie aan de rechter zou zijn voorgelegd. Bestaat niet de vrees, zo vraagt de commissie zich af, dat in ieder

---

<sup>597</sup> Hof Amsterdam 6 mei 1982, rolnr. 314/81, te kennen uit Abas 1989, p. 202 e.v. Zie ook Hijma 1989, p. 10 e.v.

<sup>598</sup> Hijma 1989, p. 12-13.



geval artikel 195, maar wellicht ook de artikelen 165, 169 en 171, in dit opzicht mensen op het verkeerde been kan plaatsen?”<sup>599</sup>

In het antwoord op deze vraag heeft de minister laten weten dat “[d]e vraag welke gevolgen een wijziging van omstandigheden vóór 1 januari 1992 heeft, [...] voor zijn rechtsgevolgen [wordt] beheerst door het oude recht” en dat het daarbij geen bezwaar is dat “het oude recht zich in de richting van het nieuwe beweegt”.<sup>600</sup> Voor de toepassing van art. 6:258 BW lijkt een en ander te betekenen dat de praktische betekenis van het in art. 195 Ow. geformuleerde overgangsrecht ontbreekt.<sup>601</sup> Hoewel niet uitdrukkelijk is geanticipeerd op de inwerkingtreding van art. 5:97 BW, lijkt mij dat ook een vordering tot wijziging van de erfpachtvoorwaarden kan worden toegewezen wanneer de relevante verandering in de omstandigheden zich reeds vóór de inwerkingtreding van het BW heeft voorgedaan. Daarbij wijs ik erop dat, hoewel mij geen geval bekend is waarin de Hoge Raad zich heeft uitgelaten over de mogelijkheid van *imprévision* bij ‘oude’ erfpachtverhoudingen,<sup>602</sup> wel reeds vóór 1 januari 1992 geoordeeld is dat de verhouding tussen de erfpachter en de erfverpachter wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid.<sup>603</sup> Niet goed valt in te zien waarom die redelijkheid en billijkheid wel aan een incidenteel beroep op een erfpachtvoorwaarde in de weg zouden kunnen staan, maar niet – in evidente gevallen – aan het wijzigen van die voorwaarde zelf. Ik denk dat om die reden moet worden aangenomen dat een verzoek tot aanpassing vanwege omstandigheden die zich voor de inwerkingtreding van het vigerende BW hebben voorgedaan niet steeds hoeft te worden afgewezen, hoewel de tekst van art. 169 Ow. in andere richting wijst. Nu een opheffing van de erfpacht naar mijn mening enkel gradueel ver-

---

<sup>599</sup> PG Overgangsrecht, p. 173 (VV I, Inv.).

<sup>600</sup> PG Overgangsrecht, p. 174 (MvA I, Inv.).

<sup>601</sup> In deze zin uitdrukkelijk: Hartkamp 1992, p. 8 e.v. en Asser/Hartkamp & Sieburgh (2010) 6-III\*, nr. 440. Zie ook HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 659, r.o. 3.5: “Voor wat betreft de art. 6:248 en 6:258 geldt dat, voor zover hier van belang, het vóór 1 januari 1992 geldende recht niet wezenlijk van het huidige verschilt.”

<sup>602</sup> In zijn uitspraak van 27 april 2007, *RvdW* 2007, 469 had de Hoge Raad zich kunnen uitlaten over de hier aan de orde gestelde vraag. Dat is echter niet gebeurd. De plaatsvervangend Procureur-Generaal, C.L. de Vries Lentsch-Kostense, besteedt in haar conclusie (onder nr. 10) in de betreffende procedure wel enige aandacht aan het probleem: “Of onvoorziene omstandigheden kunnen leiden tot wijziging of wellicht zelfs tot opheffing van een voor 1 januari 1992 gevestigd recht van erfpacht, voor de rechtsgevolgen tot aan die datum moet worden beoordeeld aan de hand van de maatstaven als vervat in art. 1374 BW (oud).” Verder wijst zij erop dat de Hoge Raad reeds onder het oude recht de werking van redelijkheid en billijkheid in bepaalde goederenrechtelijke verhoudingen – waaronder de verhouding tussen erfverpachter en erfpachter – heeft aanvaard. Zie over het arrest ook Moutaans 2007.

<sup>603</sup> HR 26 januari 1979, *NJ* 1979, 452, m.nt. W.M. Kleijn en HR 19 februari 1982, *NJ* 1982, 571.

schilt van een wijziging van de voorwaarden, denk ik dat in uitzonderlijke omstandigheden ook een opheffing tot de mogelijkheden behoort.

## **6. Conclusie**

In dit hoofdstuk is nader in kaart gebracht in hoeverre de stabiliteit die in de goederenrechtelijke relatie tussen de grondeigenaar en de erfpachter vereist is, hun verhouding minder flexibel maakt dan de relatie tussen twee contractanten. Verdedigd is dat de erfpachtrelatie weliswaar primair als een obligatoire relatie kan worden omschreven, met daarop de regels van Boek 6 BW zoveel mogelijk van toepassing, maar dat dat niet wegneemt dat zij minder flexibel is.

Dat blijkt al uit de enige wettelijke bepaling die voorziet in de mogelijkheid om in geval van onvoorziene omstandigheden af te dwingen dat de erfpacht wordt gewijzigd of opgeheven: art. 5:97 BW biedt een dergelijke mogelijkheid pas vanaf vijftienving jaar na de vestiging. De flexibiliteit van de erfpachtrelatie wordt verder beperkt doordat regelingen die één van beide partijen de bevoegdheid geven om eenzijdig de erfpachtvoorwaarden te wijzigen, gemakkelijker te belastend zijn voor de andere partij om als onderdeel van de goederenrechtelijke verhouding aangemerkt te worden. In dit hoofdstuk is verder gebleken dat de belastendheid van de wijzigingsregeling niet alleen ten aanzien van de erfpachter en de grondeigenaar moet worden beoordeeld. Omdat dergelijke regelingen rechtstreeks doorwerken in de rechtspositie van degenen met een beperkt recht op de erfpacht of op de in erfpacht uitgegeven grond, zoals hypotheekhouders, moet ook op hun belangen acht worden geslagen. Naarmate het wijzigingsbeding voor dergelijke derden een ingrijpender karakter heeft en de feitelijke verhandelbaarheid van de erfpacht van hen afhankelijk is, is de goederenrechtelijke werking van het beding minder vanzelfsprekend. In uitzonderingssituaties is denkbaar dat een wijzigingsbeding om deze reden goederenrechtelijke werking mist. Het ligt evenwel in de rede dat slechts met grote terughoudendheid aan te nemen. Dat wijzigingen van de erfpachtverhouding gemakkelijk doorwerken in de rechtspositie van degenen met een beperkt recht op de erfpacht, wordt namelijk gerechtvaardigd door de wens de overzichtelijkheid te bevorderen van de rechtstoestand van onroerend goed. Consequentie van het ontzeggen van het goederenrechtelijke karakter aan een wijzigingsbeding is in veel gevallen echter niet dat de erfpachter daaraan ook obligatoir niet gebonden is. De wijziging waarin het beding voorziet zal daarmee in veel gevallen ook bij gebreke van goederenrechtelijke werking wel tot stand komen; de consequentie is alleen niet dat zij rechtstreeks doorwerkt in de positie van de beperkt gerechtigden. Daarmee is de overzichtelijkheid die wordt nagestreefd geenszins gediend.

Dat de flexibiliteit van erfpachtverhoudingen verschilt van die van contractuele relaties, hangt verder samen met de overdraagbaarheid van de erfpacht.

Daardoor is niet verzekerd dat gedurende de looptijd van de rechtsverhouding steeds alleen degenen die bij de vestiging van het recht betrokken waren aan het beding gebonden zijn. Dat beïnvloedt de mogelijkheid om grondgebruik met erfpacht te reguleren. Consequentie is bijvoorbeeld dat er beperktere ruimte bestaat voor de regulering van de uitoefening van hun bevoegdheden door de redelijkheid en billijkheid. Dat onderstreept de noodzaak van duidelijke bedingen in de erfpachtvoorwaarden, die onder concreet aangegeven omstandigheden de ruimte geven de rechtsverhouding te wijzigen. Die noodzaak wordt verder benadrukt door de grote waarde die in de rechtspraak wordt toegekend aan het belang van juistheid van de informatie in de openbare registers. Gevolg daarvan is dat de inhoud van rechtsverhouding in relatief sterke mate vaststaat met de inschrijving van de vestigingsakte: in geval van conflicten is er nauwelijks meer plaats voor gedachten en doelen die men ten tijde van de vestiging wel gezamenlijk voor ogen had, maar die niet in de akte zijn verwoord.

Wil een grondeigenaar werkelijk goed in staat zijn het gebruik van de grond te reguleren, dan ligt de uitgifte in tijdelijke erfpacht, zonder enige plicht tot verlenging, in de rede. Dat geldt in het bijzonder voor de overheidslichamen, die niet gerechtigd zijn de erfpacht te beëindigen om redenen van algemeen belang. Bij de tijdelijke erfpacht is het de vraag of de erfpachter en de grondeigenaar na afloop van de looptijd van de rechtsverhouding geheel vrij zijn om deze te beëindigen. Naar mijn mening kan van een plicht tot heruitgifte geen sprake zijn. Dat neemt echter niet weg dat wanneer partijen de onderhandelingen over een heruitgifte begonnen zijn, de tussen hen bestaande afhankelijkheidsrelatie een bijzondere zorgplicht met zich brengt. In beginsel is de grondeigenaar op grond van die zorgplicht bijvoorbeeld gehouden een canon in rekening te brengen die in overeenstemming is met de werkelijke waarde van het gebruiksrecht dat hij aan de erfpachter verstrekt. Bovendien rust op hem de verplichting inzichtelijk te maken hoe hij tot die prijs is gekomen. Kan de erfpachter aannemelijk maken dat één of meerdere van de parameters aan de hand waarvan de gevraagde canon is vastgesteld in het licht van deze zorgplicht niet door de beugel kan, dan kan hij wijziging van de canon afdwingen.



## VI Beëindiging van erfpachtverhoudingen

### 1. Inleiding

In art. 5:87 BW wordt geregeld wanneer de erfpacht kan worden opgezegd. Het is niet de meest heldere bepaling geworden van titel 5.7. Die onduidelijkheid betreft met name het derde lid van het artikel. Nadat in art. 5:87 lid 2 BW is bepaald dat voor opzegging door de erfverpachter vereist is dat de erfpachter in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen of in verzuim is de canon over twee achtereenvolgende jaren te betalen, wordt in dat derde lid in de eerste plaats bepaald dat van het tweede lid niet ten nadele van de erfpachter mag worden afgeweken. Daarnaast regelt art. 5:87 lid 3 BW evenwel dat aan de erfverpachter een bijkomende bevoegdheid om op te zeggen kan worden toegekend. De bescherming die de erfpachter in de eerste zin krijgt, lijkt dus in de tweede zin weer te worden weggenomen. Een kort na invoering van het BW verschenen artikel in het *WPNR* brengt enige duidelijkheid in de verhouding tussen beide regels.<sup>604</sup> Uit de daar gegeven aan de parlementaire geschiedenis ontleende toelichting wordt duidelijk dat bij een opzegging door de grondeigenaar van belang is om welke reden hij precies opzegt. Wordt opgezegd vanwege het tekortschieten van de erfpachter, dan geniet de erfpachter dwingendrechtelijke bescherming: hij moet in verzuim zijn de canon over twee achtereenvolgende jaren te betalen of in ernstige mate tekortschieten in de nakoming van zijn andere verplichtingen. Is hij in verzuim voor een kortere periode of is zijn tekortschieten onvoldoende ernstig, dan is – ongeacht wat bepaald is in de vestigingsakte – de opzegging ongeldig. Voor opzeggingen om andere redenen dan het tekortschieten van de erfpachter geldt de slotzin van art. 5:87 lid 3 BW: de bevoegdheid daartoe kan in de vestigingsakte worden toegekend. Bij dergelijke opzeggingen moet worden gedacht aan onder meer de opzegging om redenen van algemeen belang, die bij veel gemeentelijke erfpachtverhoudingen bedongen wordt. Het zal evenwel duidelijk zijn dat zich gemakkelijk gevallen voor kunnen doen waarin onduidelijk is of het dwingende regime van lid 2 of het vrije regime van lid 3 geldt.

Art. 5:87 BW roept ook andere vragen op. Zo wordt zowel in lid 2 als in lid 3 gesproken van tekortschieten door de erfpachter in de nakoming van *zijn* verplichtingen. Wordt hier bedoeld op de verplichtingen die de erfpachter in hoedanigheid heeft, dus op verplichtingen die onderdeel zijn van het zakelijke

---

<sup>604</sup> Breedveld-de Voogd 1992. Zie ook Huijgen 1990, Berger 1991, Kleijn 1992 en PG Boek 5 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1063-1071.

erfpachtrecht, of wordt bedoeld op alle verplichtingen – dus ook de verbintenisrechtelijke – die de individuele erfpachter toevallig heeft? Verder kan men zich afvragen hoe moet worden vastgesteld of het tekortschieten van de erfpachter voldoende ernstig is. Op de opgeworpen vragen wil ik in dit hoofdstuk een antwoord vinden. Ook zal aan de orde komen wanneer de erfpachter bevoegd is op te zeggen, welke formaliteiten een rol spelen bij de opzegging (termijn, betekening aan beperkt gerechtigden etc.) en in hoeverre de erfpachter na het einde van de erfpacht recht heeft op vergoeding van de waarde van zijn recht. Voorts moet worden bedacht dat er nog diverse erfpachtrechten voorkomen die zijn totstandgekomen onder het BW(oud). Ik besteed om die reden ook aandacht aan het overgangsrecht.

## 2. De opzegging door de grondeigenaar

### 2.1. Beëindiging van de erfpacht onder het BW(oud)

Het BW(oud) voorzag voor het geval de erfpachter zijn verplichtingen niet nakomt niet in een opzegging, maar in een vervallenverklaring door de rechter. Zo'n vervallenverklaring was op grond van art. 780 BW(oud) mogelijk in geval van 'merkelijke aan het goed toegebrachte schade' of van 'het grovelijke misbruiken daarvan'.<sup>605</sup> Ook vijf opeenvolgende jaren wanbetaling van de canon was onder het oude recht voldoende om een vervallenverklaring te kunnen rechtvaardigen. Art. 781 BW(oud) voorzag in een zekere bescherming van de erfpachter door te regelen dat de vervallenverklaring 'uit hoofde van aan het goed toegebrachte schade of misbruik van het genot' nog voorkomen kon worden door de zaak te herstellen en zekerheid te verschaffen voor de toekomst.

De regeling van de rechterlijke vervallenverklaring kent een lange historie die teruggaat tot het canonieke recht.<sup>606</sup> Daar geldt het vereiste van de rechterlijke tussenkomst om twee redenen. Enerzijds kan de rechter toetsen of de ernst van het tekortschieten voldoende is om het eindigen van de erfpacht te kunnen rechtvaardigen en anderzijds is inherent aan de gekozen procedure dat de erfpachter een laatste kans krijgt om alsnog na te komen, nadat hij in kennis wordt gesteld van de wens van de erfverpachter om de rechtsverhouding te beëindigen.<sup>607</sup> Immers, de vervallenverklaring vindt plaats bij rechterlijk vonnis, terwijl

---

<sup>605</sup> In de literatuur over deze bepaling wordt wel aangenomen dat het onmogelijk is dat van één van die criteria sprake is indien de erfpachter een verplichting om te doen niet was nagekomen. Vgl. Reepmaker 1931, p. 143. Hieraan moet wel de nuance worden toegevoegd dat, zoals hierna wordt besproken, de regeling niet van dwingend recht wordt geacht.

<sup>606</sup> De herkomst van de regeling wordt uitvoerig beschreven door Houwing 1915 en 1916.

<sup>607</sup> Zie Ankum 1964, p. 19, die met betrekking tot de ontbinding van wederkerige overeenkomsten onder het Franse recht aangeeft dat zuivering van verzuim zelfs mogelijk is totdat het vonnis gezag van gewijsde verkrijgt. Ankum vermeldt verder nog dat rechters voor het

het de erfpachter al enige tijd daarvóór, namelijk in ieder geval bij de aanvang van de procedure, duidelijk is gemaakt dat het menens is geworden. Gedurende de tijd daartussen kan de vervallenverklaring nog worden voorkomen. Het vereiste van de rechterlijke tussenkomst dat onder de canonieke erfpacht geldt, breidt zich later uit tot de wereldlijke erfpacht en geldt onder het Franse recht zelfs bij de ontbinding van wederkerige overeenkomsten. Art. 1122 Code civil bepaalt – evenals het daarvan afgeleide art. 1302 BW(oud) – dat ook voor ‘normale’ ontbinding rechterlijke tussenkomst vereist is.

Deze gedachte is overgenomen in het BW(oud): vervallenverklaring geschiedt door de rechter en de erfpachter kan deze totdat het vonnis gewezen wordt – en volgens sommigen zelfs nog daarna – verhinderen, mits tenminste de grond voor de vervallenverklaring niet de wanbetaling van de canon is. Die uitzondering wordt gerechtvaardigd door art. 780 lid 2 BW(oud), op grond waarvan de vervallenverklaring op grond van wanbetaling van de canon alleen mogelijk is wanneer de erfpachter ten minste zes weken vóór aanvang van de rechtsvordering vruchteloos tot betaling wordt aangemaand.

De bescherming die de erfpachter ontleent aan de mogelijkheid om totdat het vonnis gewezen wordt alsnog na te komen, is volgens de heersende leer onder het oude recht niet dwingendrechtelijk van aard. Op grond van het bekende art. 782 BW(oud) – de regeling die iedere bepaling van de erfpachttitel tot aanvullend recht maakt – kan men daarvan afwijken.<sup>608</sup> De lange traditie van de vervallenverklaring met rechterlijke tussenkomst maakt dat enigszins opmerkelijk. Op historische gronden zou naar mijn opvatting ook betoogd kunnen worden dat de rechterlijke tussenkomst deel uitmaakt van het wezen van het erfpachtrecht, waarin de vrijheid van art. 782 BW(oud) haar grens vindt.<sup>609</sup> Art. 782 BW(oud) zou dan niet mogen worden gebruikt om de rechterlijke tussenkomst opzij te zetten, net zoals de bepaling – naar algemeen wordt aangenomen – bijvoorbeeld niet mag worden aangewend om te regelen dat de erfpachter – anders dan art. 767 BW(oud) voorschrijft – geen canon verschuldigd is.<sup>610</sup> Zeker voor zover het gaat om de mogelijkheid om de

---

wijzen van het vonnis veelal nog expliciet de gelegenheid bieden om het verzuim te zuiveren.

<sup>608</sup> Vgl. Reepmaker 1931, p. 148, Treurniet 1957, p. 108 en De Jong 1986, nr. 36. In dezelfde zin ook HR 3 februari 1865, *W* 1865, 2668. Zie voorts bijv. artt. 16 en 17 van de Amsterdamse erfpachtvoorwaarden 1915. De latere erfpachtvoorwaarden van de Gemeente Amsterdam kennen vergelijkbare regelingen.

<sup>609</sup> HR 16 maart 1977, *NJ* 1977, 399, m.nt. W.M. Kleijn.

<sup>610</sup> Dat art. 782 BW(oud) in het geheel niet de bevoegdheid geeft om van art. 767 BW(oud) af te wijken, omdat in laatstgenoemde bepaling wordt omschreven wat een recht van erfpacht in abstracto inhoudt, is mijns inziens onjuist. Art. 767 BW(oud) geeft geen definitie maar een omschrijving, waarvan wel degelijk kan worden afgeweken. Zo wordt algemeen aanvaard dat toelaatbaar is om de erfpachter minder dan het ‘vol genot’ te verlenen of om een canon te bedingen die aanmerkelijk meer inhoudt dan een ‘erkenning van eens anders ei-

vervallenverklaring nog te verhinderen (art. 781 BW(oud)) is goed verdedigbaar dat die mogelijkheid de erfpachter dwingendrechtelijk gewaarborgd wordt. Bij de parlementaire behandeling van het BW(oud) is wel betoogd dat zich in de (volgens enkelen bestaande) mogelijkheid om de vervallenverklaring zelfs nog ná het wijzen van het vonnis te kunnen verhinderen, een karakteristiek verschil tussen de huurder en de erfpachter openbaart: “Een *huurder* kan tot behoud van zijne huur niets meer toebrengen, wanneer eenmaal het kontrakt door een vonnis is ontbonden, omdat hij geen deel aan eenigen *eigendom*, geen *jus in re* gehad heeft; maar een *erfpachter* kan zijn *erfpacht*, ook dan nog, wanneer hij vervallen is verklaard, behouden, omdat hij een *zakelijk regt* heeft, omdat hij *dominus utilis* is; dit behoort tot het karakter van *eigendom* en tot de eerbiediging van den eigendom door de wet.”<sup>611</sup>

De gedachte dat men zelfs nog na het wijzen van het vonnis de mogelijkheid heeft om het einde van de erfpacht af te wenden, wordt niet door een ieder gedeeld en is ook enigszins problematisch, al was het maar omdat ze een voedingsbodem vormt voor het langdurig traineren van de beëindiging.<sup>612</sup> Immers, nadat de vervallenverklaring door de rechter is uitgesproken, kan weer opnieuw worden geprocedeerd over de vraag of het verzuim al dan niet is gezuiverd. Dat men bezwaren kan hebben tegen de mogelijkheid om het verzuim zelfs nog na het vonnis te zuiveren, neemt evenwel niet weg dat goed verdedigbaar is dat afbreuk wordt gedaan aan het zakelijke karakter van het erfpachtrecht wanneer de waarborgen tegen een (te) lichtzinnige beëindiging worden weggenomen. Zo bezien zou in ieder geval het (nagenoeg) volledig opzij zetten van de bescherming van art. 780-781 BW(oud) in strijd zijn met het wezen van het erfpachtrecht. Een dergelijke gedachte vinden we ook terug in de vóór invoering van het BW(oud) ingediende Ontwerpen 1816 en 1820. Daarin wordt een vervallenverklaring zonder rechterlijke tussenkomst uitdrukkelijk uitgesloten.<sup>613</sup>

Art. 783 jo 766 BW(oud) verschaft de erfverpachter de mogelijkheid om de erfpacht te beëindigen zonder dat daaraan enig tekortschieten van de erfpachter voorafgaat. ‘Indien geene bijzondere bedingen of bepalingen omtrent het eindigen’ van de erfpacht waren gemaakt, kan dat als de erfpacht ten minste dertig jaar bestaat. Deze beëindiging moet wel ten minste een jaar van te voren bij ex-

---

gendom’. Zie hiervóór in hoofdstuk IV, paragraaf 6.4 met de daar aangehaalde bronnen. Anders dan onder het huidige recht werd het ‘wezen van de erfpacht’ niet door de wet vastgelegd, maar door de rechtspraak en de doctrine gevormd.

<sup>611</sup> Voorduin III, p. 516-517, betoog van Beelaerts van Blokland. Cursiveringen zijn origineel.

<sup>612</sup> Zie ook Reepmaker 1931, p. 143-144.

<sup>613</sup> Dit geschiedt in art. 1457 (Ontwerp 1816) en art. 1322 (Ontwerp 1820). De noodzaak om deze regeling in te voeren heeft overigens wel ter discussie gestaan, ofwel omdat men een afwijkingsmogelijkheid juist wel wil toelaten, ofwel omdat men het niet bestaan van een afwijkingsmogelijkheid dusdanig vanzelfsprekend vindt dat een wettelijke regeling overbodig is. Zie Van Gessel-De Roo 1991, p. 294.



ploot worden betekend. Omdat in de meeste vóór 1992 gevestigde erfpachtverhoudingen uitdrukkelijk de duur van de erfpacht geregeld is, is de praktische betekenis van deze bepaling beperkt. Is er echter geen regeling opgenomen, dan heeft de erfpacht een onbepaalde looptijd van ten minste dertig jaar.

## 2.2. *De parlementaire voorgeschiedenis van art. 5:87 BW*

Aanvankelijk wenst men bij de invoering van het nieuwe BW niet zoveel aan de onder het BW(oud) geldende regeling af te doen. In het wetsvoorstel wordt een regeling opgenomen die de erfverpachter de mogelijkheid geeft om de erfpacht op te zeggen wanneer minstens vijfentwintig jaar na de vestiging is verstreken, tenzij in de vestigingsakte anders wordt bepaald (art. 5.7.1.2 lid 2). Daarnaast kent het voorstel een aparte regeling die de mogelijkheid verschaft om de erf-pachter bij rechterlijk vonnis van zijn recht vervallen te laten verklaren wanneer hij in verzuim is de canon over vijf achtereenvolgende jaren te betalen of in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn andere verplichtingen (art. 5.7.1.10). Dat artikel biedt de erfpachter, anders dan de eerste, dwingendrechtelijke bescherming.

Dit voorstel verschilt, ook afgezien van de gewijzigde termijnen, enigszins van de oude regeling. Zo is het uitgangspunt van de nieuwe regeling dat steeds – ook als de duur van de erfpacht in de vestigingsvoorwaarden wordt vastgelegd – een algemene opzeggingsbevoegdheid ontstaat nadat vijfentwintig jaar is verstreken sinds de vestiging van de erfpacht. Voor het wegnemen of het wijzigen van die bevoegdheid, dient dus een duidelijkere regeling te worden opgenomen. Verder blijkt uit de nieuwe bepaling duidelijker dat sprake is van dwingend recht en dat de mogelijkheid om het verzuim te zuiveren eindigt op het moment waarop het vonnis wordt gewezen. Ten slotte voorziet de nieuwe regeling in bescherming van de beperkt gerechtigden en beslagleggers op de erfpacht: de dagvaarding in de procedure tot de vervallenverklaring dient aan hen te worden betekend. Op die manier wil de wetgever ervoor zorgen dat ook zij steeds in de gelegenheid worden gesteld om het einde van de erfpacht af te wenden, namelijk door zelf de verplichtingen na te komen waarvan de schending de grondslag vormt voor de ingestelde vordering tot beëindiging. Het bestaan van een dergelijke gelegenheid wordt van belang geacht omdat het einde van de erfpacht tevens het einde betekent van de op de erfpacht gelegde beslagen en door de erfpachter gevestigde hypotheek, vruchtgebruiken (beide art. 3:81 lid 1 BW), erfdiensbaarheden (art. 5:84 lid 3 BW) en ondererfpachten (art. 5:93 lid 2 BW).<sup>614</sup>

---

<sup>614</sup> Dat is anders wanneer erfpachter en eigenaar in onderling overleg de erfpacht doen eindigen: afstand of vermenging werkt niet ten nadele van hen die op het tenietgaande recht een beperkt recht hebben (i.h.b. art. 3:81 lid 3 BW). Daarover o.a. Jansen 2007 en hiervóór in hoofdstuk V, paragraaf 3.2.2.

De besproken regeling verschijnt reeds in 1980 in het *Staatsblad*, maar krijgt vervolgens nooit kracht van wet. Bij de ‘stofkamoperatie’ in 1983 haalt men het gehele voorstel weer overhoop. Volgens de minister is de rechterlijke tussenkomst waarmee de vervallenverklaring gepaard gaat te omslachtig, is dwingendrechtelijke bescherming van de erfpachter onvoldoende nodig en zou de voorgestelde regeling leiden tot onwenselijke afgrenzingsproblemen tussen enerzijds de vrij te regelen duur van de erfpacht (inclusief een erfpacht voor onbepaalde tijd) en anderzijds de dwingendrechtelijke bescherming van de vervallenverklaring. Daarom stelt hij een nieuwe regeling voor die nog slechts bescherming biedt aan de beperkt gerechtigden.<sup>615</sup> De beëindiging van de erfpacht wegens tekortschieten van de erfpachter dient in dit latere voorstel steeds te voldoen aan de eisen van de regel van (thans) art. 5:97 BW, waaraan een extra lid wordt toegevoegd. Die bepaling moet als volgt komen te luiden:

- “1. Indien vijf en twintig jaren na de vestiging van de erfpacht zijn verlopen, kan de rechter op vordering van de eigenaar of de erfpachter de erfpacht wijzigen of opheffen op grond van onvoorziene omstandigheden, welke van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de akte van vestiging niet van de eigenaar of de erfpachter kan worden gevegd.
2. De rechter kan de vordering onder door hem vast te stellen voorwaarden toewijzen.
3. Rust op de erfpacht of op de zaak een beperkt recht, dan is de vordering slechts toewijsbaar, indien de beperkt gerechtigde in het geding is geroepen en te zijnen aanzien aan de maatstaf van lid 1 is voldaan.
4. Indien de erfpachter in verzuim is de canon over vijf achtereenvolgende jaren te betalen of in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn andere verplichtingen, kan de rechter op grond daarvan de erfpacht op vordering van de eigenaar opheffen, zulks ook voor het verstrijken van de in lid 1 bedoelde termijn. In de akte van vestiging kan anders worden bepaald. De leden 2 en 3 zijn van toepassing.”<sup>616</sup>

Met de nieuw voorgestelde regeling wordt beoogd een systeem te creëren waarin enerzijds ruimte bestaat voor een flexibele opzeggingsregeling zonder overbodige formaliteiten en eisen, en waarin anderzijds de belangen van (vooral) hypotheekhouders voldoende werden gewaarborgd.<sup>617</sup> Als er geen hypotheek

---

<sup>615</sup> Deze regeling wordt besproken door De Jong 1984b, p. 37-39, die de wijziging instemmend begroet.

<sup>616</sup> Zie nader PG Boek 5 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1056 e.v. Later wijzigt men de indeling van dit artikel nog in zoverre dat de regel van lid 4 wordt verplaatst naar lid 2 en dat de ‘oude’ leden 2 en 3 worden vernummerd tot respectievelijk lid 3 en 4. Voor mijn betoog is dat van ondergeschikt belang.

<sup>617</sup> De regels gelden uiteraard ook voor andere beperkt gerechtigden, echter het standaardgeval zal de hypotheekhouder zijn die zelf de achterstallige canon wil voldoen, om vervolgens zélf de erfpacht te gaan executeren. Om die executie mogelijk te maken, wordt bij hypotheek op erfpacht meestal in de hypotheek- en geldleningsvoorwaarden geregeld dat de geseceerde geldlening volledig opeisbaar wordt wanneer de erfpachter in verzuim is de erfpachtcanon te betalen.

is gevestigd is immers enkel de vrijheid van het geciteerde lid 4 van belang, terwijl in de overige gevallen de hypotheekhouder in het geding geroepen moet worden (lid 3) en vereist is dat deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van de eigenaar geen ongewijzigde instandhouding van de erfpacht kan vergen (lid 1). Volgens de Regering zou aan dat laatste vereiste in de regel slechts kunnen worden voldaan wanneer aan de beëindiging de voorwaarde verbonden zou worden (lid 2) om de waarde van de erfpacht te vergoeden.

Een bepaling die de erfpachter dwingendrechtelijke bescherming biedt, ontbreekt aldus in het nieuwe voorstel. Volgens de Regering weegt het wegvallen van dat nadeel echter niet op tegen het belang van het voorkomen van afgrenzingsmoeilijkheden tussen de regeling van de vervallenverklaring en de opzeggingsregeling, die zich onder het oude voorstel gemakkelijk kunnen voordoen. Daarin staat immers – overigens net zoals in de uiteindelijk ingevoerde regeling – de mogelijkheid om in de vestigingsakte een algemene opzeggingsregeling op te nemen naast de dwingendrechtelijke regeling van beëindiging wegens tekortschieten van de erfpachter. Volgens de Regering zou de bescherming van de erfpachter onder de nieuwe regeling in de meeste gevallen bovendien gewaarborgd zijn door de toepasselijkheid van afdeling 6.5.3 BW op die erfpachtvoorwaarden. Voor die gevallen regelt art. 6:237 aanhef en onder d BW dat een beding waarin de erfverpachter de bevoegdheid krijgt om zich van de erfpacht te bevrijden anders dan op in de voorwaarden genoemde gronden welke van dien aard zijn dat gebondenheid niet van hem kan worden gevergd, onredelijk bezwarend is, en daarmee vernietigbaar. Een belangrijk voordeel van het nieuwe voorstel is voor de Regering ten slotte dat deze, anders dan het eerder voorgestelde art. 5.7.1.10 BW, de mogelijkheid biedt om in gevallen waarin dat wenselijk is een soepele opzeggingsregeling wegens wanprestatie op te nemen.

De kritiek van het parlement op de voorgestelde wijziging, laat zich vrij eenvoudig raden: er zijn ook diverse erfpachtverhoudingen waarop afdeling 6.5.3 BW niet van toepassing is en waarvoor niettemin behoefte aan beschermende bepalingen bestaat. Voor Kamerlid Van der Burg (CDA) is dat reden om het amendement in te dienen waarin de invoering van het huidige art. 5:87 lid 2 BW wordt voorgesteld,<sup>618</sup> daarmee eventuele afgrenzingsproblemen tussen art. 5:87 lid 2 en art. 5:87 lid 3 BW voor lief nemend. Daarmee is men in feite weer terug bij het eerste voorstel, zij het dat de vervallenverklaring, die men omslachtig vindt, is vervangen door een opzegging.

Ik vraag me af of men de consequenties van die wijziging ten volle heeft doordacht. De procedure van de vervallenverklaring strekt er immers ook toe om

---

<sup>618</sup> In het eerste voorstel van Van der Burg is opzegging wegens wanbetaling van de canon pas mogelijk wanneer de erfpachter voor een periode van vijf jaar in verzuim is, echter deze termijn wordt later verkort tot twee jaar.

de erfpachter en de beperkt gerechtigden nog een kans te bieden om na te komen. Daartoe hebben zij onder dat regime de gelegenheid totdat het vonnis gewezen wordt. Het is de vraag in hoeverre de erfpachter in de ingevoerde regeling nog recht heeft op zo'n 'nieuwe kans'. En, aangenomen dat de grondeigegrondeigenaar inderdaad gehouden is om de erfpachter behoorlijk aan te manen alvorens te mogen opzeggen, wat rest er dan van die kans voor de beperkt gerechtigden? Art. 5:87 lid 2 BW schrijft voor dat de opzegging aan hen betekend wordt, echter indien die opzegging rechtsgeldig is geschied, is het niet logisch om aan te nemen dat de grondeigenaar daarna nog van de beperkt gerechtigden moet accepteren dat zij het einde van de erfpacht tegenhouden. Anders dan de vordering tot vervallenverklaring, die in het eerdere voorstel betekend moet worden, vormt de opzegging immers zélf de grondslag voor de beëindiging. Het ligt dan niet erg voor de hand om aan te nemen dat de geldigheid van die opzegging afhankelijk is van omstandigheden die zich nog ná die opzegging voordoen.<sup>619</sup> Aan voornoemde vragen besteed ik hierna verdere aandacht.

### 2.3. De opzegging wegens tekortschieten van de erfpachter

#### 2.3.1. Algemeen

De erfpachter geniet dwingendrechtelijke bescherming tegen een te lichtzinnige opzegging wegens zijn tekortschieten. Hij dient in verzuim te zijn de canon over minimaal twee achtereenvolgende jaren te betalen of hij moet in minimaal ernstige mate tekortschieten in de nakoming van zijn overige verplichtingen. De vraag rijst op welke wijze invulling moet worden gegeven aan met name die laatste norm. Die vraag moet worden opgedeeld in twee deelvragen. In de eerste plaats is onduidelijk voor welke verplichtingen geldt dat een schending daarvan een opzegging kan rechtvaardigen. Zijn dit alleen de verplichtingen die deel uitmaken van de erfpachtverhouding of ook obligatoire? Voorts is de vraag hoe moet worden beoordeeld of het tekortschieten ernstig genoeg is. Geldt alleen een proportionaliteitseis, of kan het ook zo zijn dat een tekortschieten onvoldoende ernstig is om opzegging te kunnen rechtvaardigen wanneer de grondeigenaar nog andere middelen heeft om de nakoming van de erfpachtvoorwaarden af te dwingen?

#### 2.3.2. Welke verplichtingen?

Art. 5:87 lid 2 BW biedt de erfverpachter de mogelijkheid om de erfpacht te beëindigen als de erfpachter 'in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn [...] verplichtingen (mijn curs.; FJV)'. Welke verplichtingen worden hier

---

<sup>619</sup> De wetgever lijkt die mogelijkheid overigens expliciet te hebben ingesloten waar hij bepaalde dat de opzegging binnen acht dagen *na die opzegging* op straffe van *nietigheid* moet worden betekend.

precies bedoeld? Kan de erfpacht alleen worden opgezegd indien in ernstige mate een of meer van de voorwaarden worden geschonden die onderdeel zijn van het zakelijke erfpachtrecht, of is ook mogelijk dat de niet-nakoming van andere verplichtingen – mits voldoende ernstig – de opzegging rechtvaardigt. Men stelle zich de erfpachter voor die stelselmatig zijn zuiver obligatoire verplichting schendt om 's ochtends verse broodjes bij de grondeigenaar te bezorgen. Op het eerste gezicht lijkt voor de hand te liggen dat art. 5:87 lid 2 BW een opzegging op deze grond niet toelaat en is aannemelijk dat met het begrip 'zijn verplichtingen' wordt bedoeld op de verplichtingen die de erfpachter in zijn hoedanigheid heeft. Echter, in art. 5:87 lid 3 BW komt het begrip 'zijn verplichtingen' terug. Daar wordt de mogelijkheid geboden om voor de erfverpachter in de vestigingsakte opzeggingsbevoegdheden te creëren, 'behoudens op grond van tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen'. Zou men aannemen dat met 'zijn verplichtingen' slechts bedoeld wordt op verplichtingen die de erfpachter in hoedanigheid heeft, dan lijkt dit te betekenen dat voor de schending van andere verplichtingen, zoals van de broodjesbezorgverplichting, een opzeggingsregeling in de vestigingsakte mag worden opgenomen. Dit is dan een opzegging in de zin van art. 5:87 lid 3 BW.

Bedacht moet evenwel worden dat schending van zuiver obligatoire verplichtingen nooit grond voor opzegging moet kunnen zijn. Zou men aannemen dat dit wel kan, dan zouden deze verplichtingen alsnog een goederenrechtelijk effect sorteren doordat schending daarvan het einde van de erfpacht – met de daarop gevestigde beperkte rechten – betekent. Dat is niet te verenigen met het gesloten systeem van beperkte rechten. De strekking van art. 5:87 lid 3 BW is ook anders. De bepaling is bedoeld om ruimte te creëren voor een opzegging waarbij het belang van de grondeigenaar niet in een wanprestatie van de erfpachter gelegen is.<sup>620</sup> Hoe zeer de letterlijke redactie van art. 5:87 BW op zichzelf ook ruimte laat voor een andere conclusie, zou ik willen aannemen dat met het begrip 'zijn verplichtingen' in lid 2 wordt bedoeld op de verplichtingen die de erfpachter in hoedanigheid heeft, zonder dat dit betekent dat opzegging wegens de schending van obligatoire verplichtingen langs de weg van art. 5:87 lid 3 BW mogelijk wordt. Het gesloten systeem van het goederenrecht staat in de weg aan een opzegging wegens de schending van zuiver obligatoire verplichtingen.<sup>621</sup>

---

<sup>620</sup> Vgl. PG Boek 5 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1068.

<sup>621</sup> Dat neemt niet weg dat – althans naar mijn opvatting – vrij grote ruimte bestaat om verplichtingen deel te maken van het zakelijke erfpachtrecht. Zie hiervoor in hoofdstuk IV. Tegen de mogelijkheid om te bedingen dat de schending van verbintenisrechtelijke verplichtingen grond vormt voor de beëindiging van een erfpachtverhouding pleitte reeds Reepmaker 1935.

### 2.3.3. Een ernstige mate van tekortschieten: subsidiariteitseisen

#### 2.3.3.1. Algemeen

In paragraaf 2.2 gaf ik al aan dat het de bedoeling van de wetgever is om een beëindiging van de erfpacht op grond van het in ernstige mate tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen pas mogelijk te maken nadat de erfpachter in de gelegenheid is gesteld om zijn verzuim alsnog te zuiveren. In de regeling van de vervallenverklaring, die men aanvankelijk wil invoeren, ligt die mogelijkheid besloten in de procedure: de erfpachter wordt er door middel van een dagvaarding van op de hoogte gesteld dat de grondeigenaar de erfpacht zou willen beëindigen en heeft vervolgens in beginsel tot het moment waarop het vonnis wordt gewezen de gelegenheid om de bezwaren van de grondeigenaar weg te nemen. In de ingevoerde procedure is die gelegenheid echter niet 'ingebakken'. De vraag rijst dan of van de grondeigenaar *zelf* mag worden verlangd dat hij, alvorens op te mogen zeggen, de erfpachter in kennis stelt van zijn wens om de erfpacht te beëindigen op grond van tekortschieten.

Een grondslag voor een dergelijke verplichting zou gevonden kunnen worden in art. 3:13 lid 2 BW. Op grond van die bepaling maakt de eigenaar misbruik van zijn opzeggingsbevoegdheid wanneer hij 'in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot uitoefening had kunnen komen'.<sup>622</sup> De bepaling is bedoeld om duidelijk te maken dat men bij de uitoefening van zijn bevoegdheden niet alleen zijn eigen belangen in het oog moet houden. Tot op zekere hoogte zal men ook rekening moeten houden met de belangen van de wederpartij.<sup>623</sup> In geval van tekortschieten van de erfpachter moet worden bedacht dat het belang van de grondeigenaar bij uitoefening van zijn opzeggingsbevoegdheid kleiner wordt, naarmate waarschijnlijker is dat zijn (gerechtvaardigde) belangen evenzeer gediend zijn wanneer hij een voor de erfpachter minder ingrijpende remedie kiest, bijvoorbeeld door alsnog nakoming te vorderen. De belangenafweging die art. 3:13 lid 2 BW voorschrijft, zou in geval van een te grote wanverhouding tussen beide belangen tot de conclusie kunnen leiden dat de grondeigenaar die niettemin opzegt, daarmee misbruik maakt van zijn bevoegdheid.

Die conclusie kan wellicht ook op art. 6:2 of op art. 6:248 BW worden gebaseerd: het beroep op de opzeggingsbevoegdheid is naar maatstaven van

---

<sup>622</sup> Aanvankelijk werd misbruik van bevoegdheid slechts aangenomen indien een bevoegdheid met geen ander doel dan om een ander te schaden werd gebruikt. Zie onder meer HR 13 maart 1936, *NJ* 1936, 415, m.nt. P. Scholten, waarover Verstappen 2004. Het verruimde criterium wordt reeds vóór de invoering van het BW gehanteerd in HR 17 april 1970, *NJ* 1971, 89, m.nt. Ph.A.N. Houwing.

<sup>623</sup> Schrage 2012, nr. 2.10.1.

redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. In deze paragraaf zal ik nader bezien in hoeverre deze regels de grondeigenaar kunnen verplichten tot het bieden van een laatste kans.

### 2.3.3.2. Art. 3:13 of art. 6:248 lid 2 BW?

Wat is het verschil tussen misbruik van bevoegdheid en derogerende werking van redelijkheid en billijkheid? Beide leerstukken geven een uitzondering op het in beginsel bestaande recht om de bevoegdheden die men heeft uit te oefenen en beide leerstukken zijn te beschouwen als verschijningsvorm van dezelfde fatsoensnorm. Zoals al eerder werd uitgewerkt, meen ik dat het nauwelijks zinvol is een onderscheid tussen beide normen te maken.<sup>624, 625</sup> Verdedigd wordt wel dat het gedrag van de gerechtigde persoon onder het regime van art. 3:13 BW wat sneller toelaatbaar worden geacht.<sup>626</sup> Echter, de vaagheid van de beide criteria en de onduidelijkheid die bestaat over het antwoord op de vraag in welke situatie welk criterium moet worden gebruikt, leiden ertoe dat deze – toch al lichte – nuance erg weinigzeggend is. Het onderscheid tussen beide regimes blijft dus hooguit subtiel, ook omdat ook voor de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid pas ruimte ontstaat indien het uitoefenen van de bevoegdheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is.<sup>627</sup> In ieder geval kan de invulling die art. 3:13 lid 2 BW geeft aan het begrip ‘misbruik van bevoegdheid’ goed dienen om ook aan art. 6:248 BW enige handen en voeten te geven.<sup>628</sup> Daarbij zal van de aard van de verhouding tussen de gerechtigde en diens wederpartij afhangen in welke mate de gerechtigde rekening dient te houden met de belangen van de wederpartij bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.

Ook de aard van de bevoegdheid zelf kan met zich brengen dat meer of minder ruimte bestaat voor misbruik daarvan. Art. 3:13 lid 3 BW bepaalt zelfs dat deze aard ertoe kan leiden dat misbruik in het geheel niet mogelijk is. De ruimte voor dergelijke gevallen kan volgens de wetgever ook mettertijd veranderen:

---

<sup>624</sup> Zie hiervóór in hoofdstuk V, paragraaf 2.2.1.

<sup>625</sup> Aanvankelijk beschouwde Meijers, art. 6:2 en 248 BW als een bijzondere toepassingsvorm van het leerstuk misbruik van recht. Zie Rodenburg 1985, p. 59 e.v. en de daar genoemde verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis.

<sup>626</sup> In de rechtspraak is aangegeven dat art. 3:13 BW een grotere stelplicht legt op de benadeelde partij. Zie HR 5 januari 1990, *NJ* 1990, 728, m.nt. D.W.F. Verkade. Zie ook Valk 1992, p. 781 en Rijken 1994, nr. 38.

<sup>627</sup> Het is dan ook niet juist om te stellen dat contractspartijen in door de redelijkheid en billijkheid beheerste relaties de belangen van hun wederpartij in beginsel op *gelijke* wijze in aanmerking dienen te nemen als hun eigen belang. Anders: Rodenburg 1985, p. 64, met verwijzing naar Abas 1972, p. 64-65. Uitzonderingsgevallen waarin dit, gelet op de aard van de bevoegdheid, wel vereist is zijn niettemin goed denkbaar. Zie hierna in paragraaf 2.3.3.3.

<sup>628</sup> Vgl. Rodenburg 1985, p. 61.

“Of aldus de uitoefening van een bevoegdheid aan de vrije willekeur van de bevoegd verklaarde persoon kan worden overgelaten wordt door de wet en bij het zwijgen van de wet door de heersende rechtsovertuiging bepaald.”<sup>629</sup> Een dergelijk systeem impliceert welhaast dat ook allerlei tussenvormen denkbaar zijn, bijvoorbeeld waarin misbruik van bevoegdheid of derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid weliswaar niet volstrekt onbestaanbaar, maar toch uiterst onwaarschijnlijk is. In dit verband kan de ontbinding van wederkerige overeenkomsten ex art. 6:265 lid 1 BW worden genoemd. ‘Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt’, zo bepaalt de wet. Op zichzelf kan niet in redelijkheid worden volgehouden dat bij de ontbinding in het geheel geen ruimte bestaat voor de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. In de eerste plaats wordt de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar volledig door de redelijkheid en billijkheid beheerst en daarnaast biedt de tenzij-tournure aan het slot van de bepaling uitdrukkelijk ruimte om rekening te houden met belangen van de wederpartij. Echter, omdat de regeling vooropstelt dat *iedere* tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt en omdat uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat de wetgever een ruime ontbindingsbevoegdheid voorstaat, wordt deze ruimte uiterst gering geacht: “Voor de werking van de redelijkheid en billijkheid te dezer zake [is] slechts beperkt ruimte [...] opengelaten”, aldus ons hoogste rechtscollege.<sup>630</sup> Gelet op de aard van de ontbindingsregeling is ook wel wat te zeggen voor een ruime ontbindingsbevoegdheid: in de snelheid van het handelsverkeer is in de regel van groot belang dat duidelijkheid bestaat omtrent de rechtsgeldigheid van een ontbinding, zodat de teleurgestelde crediteur zijn heil elders kan zoeken zonder het risico te lopen uiteindelijk dubbel gepresteerd te krijgen.<sup>631</sup> Bovendien voorziet het ontbindingsregime in de fase die voorafgaat aan het ontstaan van de bevoegdheid

---

<sup>629</sup> PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1040.

<sup>630</sup> HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562, m.nt. J.B.M. Vranken. Deze ‘starre’ benadering staat overigens onder stevige druk. In het bijzonder Bakels 1993 en Hartlief 1994 maken zich sterk voor een minder ruime ontbindingsbevoegdheid. Bakels 2007, p. 21, trekt opnieuw ten strijde: “De bewoordingen en de wetsgeschiedenis van art. 6:265 lid 1 dateren uit het midden, zo niet de eerste helft, van de vorige eeuw. Sindsdien is in ons land de rechtsontwikkeling links, rechts, boven en onder langs deze bepaling heen geschoten, maar toch heeft de rechtspraak uitsluitend op grond van de bewoordingen en de wetsgeschiedenis vastgehouden aan een letterlijke uitleg van de bepaling. Het wordt tijd dat ook dit laatste reservaat van de onvoldoende gecontroleerde autonomie van de handelende persoon wordt opgeruimd.”

<sup>631</sup> Vgl. o.a. Asser/Hartkamp & Sieburgh (2010) 6-III\*, nr. 685, waar de in de vorige noot genoemde opvattingen van Bakels en Hartlief worden bestreden. Hartkamp en Sieburgh



om te ontbinden veelal in een verplichting om rekening te houden met de belangen van de wederpartij. Immers, op grond van art. 6:265 lid 2 BW ontstaat een ontbindingsbevoegdheid in de regel pas wanneer de wederpartij in verzuim is, wat in beginsel pas kan intreden nadat een ingebrekestelling is verzonden (art. 6:82 lid 1 BW). Er is dan veel voor te zeggen om nadat de ontbindingsbevoegdheid eenmaal is ontstaan, niet van de teleurgestelde crediteur te verlangen dat hij nogmaals rekening houdt met de belangen van zijn wederpartij.<sup>632</sup>

### **2.3.3.3. Redelijkheid en billijkheid bij de opzegging wegens tekortschieten**

De mate waarin men zich bij de uitoefening van zijn bevoegdheden moet laten leiden door de belangen van zijn wederpartij, verschilt dus afhankelijk van de aard van de verhouding tussen beide partijen en de aard van de bevoegdheid. De bewoordingen, de parlementaire geschiedenis en de maatschappelijke opvattingen kunnen daarbij een rol spelen. In hoeverre kan, tegen deze achtergrond, van de grondeigenaar worden gevergd dat hij bij het treffen van maatregelen jegens de in ernstige mate tekortschietende erfpachter, rekening houdt met diens belangen, door zijn eigen belangen te dienen op de voor de erfpachter minst bezwarende wijze? In veel gevallen zullen de belangen van de grondeigenaar volledig gediend zijn wanneer de erfpachter zijn ernstige mate van tekortschieten heelt door alsnog na te komen, terwijl een dergelijke maatregel voor de erfpachter minder bezwaarlijk is dan een opzegging.

---

zijn overigens niet de enigen die zich tegen hun benaderingen verzetten. Zie voor een bespreking van de discussie: Stolp 2007, p. 134-136.

<sup>632</sup> Terecht stelt Stolp 2007, p. 143, dat de voorstanders van een minder ruime ontbindingsbevoegdheid deze voorfase enigszins uit het oog lijken te verliezen. De rol van de voorfase moet echter ook bepaald niet worden overschat. Een ingebrekestelling is namelijk niet steeds vereist. Op zichzelf kan het achterwege blijven van een ingebrekestelling worden gebillijkt indien op voorhand duidelijk is dat verzending van een laatste aanmaning geen enkele zin zou hebben, bijvoorbeeld omdat nakoming op dat moment niet meer mogelijk is. Problematisch is echter dat de rechtspraak op dit moment vrij gemakkelijk aanneemt dat latere nakoming niet meer mogelijk is. Zie De Jong 2007, met de daar genoemde vindplaatsen. Ook als reeds in de overeenkomst een fatale termijn was gesteld, is een ingebrekestelling niet vereist (art. 6:83 sub a BW). Stolp 2007, p. 71 acht het bestaan van een mogelijkheid om het vereiste van een laatste aanmaning op die manier zelf opzij te zetten, gelet op de in veel gevallen gewenste rechtzekerheid, terecht. Bovendien, “weet de schuldenaar die een dergelijke termijn aanvaardt, van te voren waar hij aan toe is, namelijk dat tijdige en correcte nakoming voor de schuldeiser van groot belang is”. Ook hier past echter de kanttekening dat de rechtspraak vrij snel aanneemt dat een gestelde termijn fataal is. Stolp acht ook dat – in het belang van de rechtzekerheid – gerechtvaardigd, maar ziet er daarmee naar mijn mening te gemakkelijk aan voorbij dat de debiteur minder goed weet waar hij aan toe is, naarmate sneller wordt aangenomen dat een termijn fataal is: aan een spoedige ontbinding na het verstrijken van die termijn. Voor een overzicht van gevallen waarin wél een andere strekking werd aangenomen, zie B.M. Katan, *GS Verbintenissenrecht*, losbl. (2012), art. 6:83 BW, aant. 26.

Kijkt men naar de aard van de verhouding tussen de erfpachter en de grondeigenaar en naar de aard van de opzeggingsregeling, dan is er reden om van de erfverpachter te verlangen dat hij zich in vrij vergaande mate laat leiden door de belangen van de erfpachter. Het belangrijkste argument daarvoor is gelegen in de aard van de bevoegdheid. Zoals bij de bespreking van de achtergronden van de opzeggingsregeling in paragraaf 2.2 naar voren kwam, is de wetgever zeer met het lot van de tekortschietende erfpachter begaan: hij wordt sterk beschermd tegen een te lichtvaardige opzegging. Zijn belang bij de instandhouding van de erfpacht staat uitdrukkelijk voorop. Het contrast met het verbintenisrechtelijke equivalent van de opzegging, de ontbinding ex art. 6:265 lid 1 BW, is groot. Daar is nu juist uitdrukkelijk bepaald dat *ieder* tekortschieten de ontbinding rechtvaardigt en heeft de wetgever grote waarde toegekend aan het belang van de teleurgestelde schuldeiser die zich van zijn wederpartij wil bevrijden. Waar de Hoge Raad in het kader van de ontbinding maar weinig ruimte ziet voor situaties waarin de belangen van de schuldenaar aan de uitoefening van een ontbindingsbevoegdheid in de weg staan, zou die ruimte er mijns inziens in het kader van de opzeggingsbevoegdheid wel degelijk, en zelfs in vrij ruime mate, moeten zijn. In zekere zin geldt een strengere subsidiariteitstoets, naarmate strengere eisen worden gesteld aan de proportionaliteit ('ernstige mate van tekortschieten' in art. 5:87 lid 2 BW tegenover 'iedere tekortkoming' in art. 6:265 lid 1 BW).<sup>633</sup> Dit zou betekenen dat in beginsel pas mag worden opgezegd indien de belangen van de erfverpachter niet op een voor de erfpachter minder bezwaarlijke wijze gediend kunnen worden, namelijk doordat de erfpachter zijn geschonden verplichtingen alsnog nakomt.

De bewoordingen van art. 5:87 lid 2 BW pleiten ook anderszins voor een dergelijke beperking van de opzeggingsbevoegdheid. De bepaling vereist namelijk niet dat de erfpachter in ernstige mate tekortgeschoten *is* in de nakoming van zijn verplichtingen, maar dat hij in ernstige mate tekortschiet. Deze onvoltooid tegenwoordige tijd rechtvaardigt dat bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een opzegging betekenis toekomt aan verwachtingen voor de toekomst.<sup>634</sup> De opzeggingsbevoegdheid verdwijnt strikt genomen immers met het eindigen van het tekortschieten. Ik zie daarin reden om aan te nemen dat een opzegging

---

<sup>633</sup> In deze zin ook Hartlief 1997, p. 202 en Stolp 2007, p. 7 en 203, welke laatste erop wijst dat subsidiariteit in wezen niet meer is dan proportionaliteit in verhouding tot andere remedies.

<sup>634</sup> Vgl. HR 9 december 1994, *NJ* 1995, 224 over de interpretatie van art. 3:221 BW, dat voorziet in een 'strafbewind' voor het geval dat een vruchtgebruiker in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen: "Een redelijke en bij de strekking passende uitleg van de bepaling brengt mee haar aldus te verstaan dat ook een in het verleden door de rechthebbende begane ernstige tekortkoming grond voor oplegging van een door de bepaling geboden sanctie biedt, namelijk ingeval de tekortkoming de vrees rechtvaardigt dat de rechthebbende ook in de toekomst in ernstige mate in de nakoming van zijn verplichtingen zal tekortschieten." Zie nader Van Gaalen 2001, nr. 356.

minder snel gerechtvaardigd wordt naarmate in sterkere mate verwacht mag worden dat het tekortschieten in de nabije toekomst zal eindigen.

Men bedenke zich wel dat de verplichting om de erfpachter in de gelegenheid te stellen om een einde te maken aan zijn tekortschieten onlosmakelijk verbonden is met de verplichting om rekening te houden met diens belangen. Dit impliceert evenwel tegelijk dat de erfpachter in sommige situaties minder coulance mag verwachten. Hij zou zijn kansen bijvoorbeeld verspeeld kunnen hebben wanneer de niet-nakoming hem in ernstige mate kan worden verweten. Voorts kan het belang van de erfpachter bij de instandhouding van zijn recht kleiner zijn dan anders. Bij de erfpacht van een woning zal dit belang bijvoorbeeld in de regel groot zijn, maar wat als nu juist wegens schending van de woonverplichting wordt opgezegd? Ook is denkbaar dat het belang van de grondeigenaar bij spoedige beëindiging van de erfpacht erg groot is. Al met al zal de mate waarin de erfverpachter verplicht is om de gelegenheid te bieden om geschonden verplichtingen alsnog gestand te doen, afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. In paragraaf 2.3.6 zal ik een en ander aan de hand van enkele rechterlijke uitspraken verder inkleuren.

#### 2.3.4. Een ernstige mate van tekortschieten: proportionaliteitseisen

In het voorgaande kwam reeds naar voren dat de subsidiariteitstoets in zekere zin schuil gaat in de proportionaliteitstoets. Op grond van (art. 6:248 jo.) art. 3:13 lid 2 BW dient men bij de uitoefening van zijn bevoegdheden tot op zekere hoogte rekening te houden met de belangen van de wederpartij. De mate waarin die noodzaak bestaat is afhankelijk van de bevoegdheid die wordt uitgeoefend. Art. 6:265 lid 1 BW geeft de bevoegdheid om te ontbinden als uitgangspunt, zodat slechts in geringe mate rekening gehouden hoeft te worden met de belangen van de wederpartij, terwijl dat in art. 5:87 lid 2 BW – waar de opzegging juist als *ultimum remedium* wordt gepresenteerd – juist voorop staat. Stolp beschouwt subsidiariteit terecht als een vorm van proportionaliteit, omdat het subsidiariteitsbeginsel ziet op de proportionaliteit ten opzichte van andere remedies.<sup>635</sup> Niettemin is de proportionaliteitstoets niet volledig uitgevoerd wanneer de subsidiariteit van de remedie beoordeeld is. Ook wanneer praktisch kan worden uitgesloten dat een verplichting waarin tekortgeschoten is in de toekomst nog zal worden nagekomen, is mogelijk dat het tekortschieten onvoldoende ernstig is om een opzegging te kunnen rechtvaardigen.

Over die proportionaliteitstoets in de ‘enge’ betekenis van dat woord, is in het kader van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten veel geschreven.<sup>636</sup>

---

<sup>635</sup> Stolp 2007, p. 7 en p. 203.

<sup>636</sup> Zie o.a. Bockwinkel 1991, p. 51 e.v., Hartlief 1994, p. 94 e.v., Dozy & Jacobs 1999, p. 213 e.v., T. Hartlief, *GS Verbintenisrecht*, losbl. (2002), art. 6:265, aant. 7, Stolp 2007, p. 203 e.v. en Bakels 2011, nr. 62.

Hoewel – zoals ik reeds betoogde – die ontbinding sneller gerechtvaardigd is dan de opzegging van een erfpachtrecht, zijn de relevante gezichtspunten mijns inziens gelijk. Vaste jurisprudentie is dat bij de beoordeling van de proportionaliteit van de ontbinding rekening moet worden gehouden met *alle* omstandigheden van het geval.<sup>637</sup> Als relevante omstandigheid wordt onder meer de aard van de overeenkomst genoemd.<sup>638</sup> Het ligt in de rede om aan te nemen dat dit gezichtspunt ook een rol speelt bij de beoordeling van de proportionaliteit in het kader van de opzeggingsregeling. Afhankelijk van de aard van het erfpachtrecht is opzegging dan meer of minder snel gerechtvaardigd. Opzegging van een erfpacht met een woonbestemming zal minder snel toegestaan zijn dan opzegging van een erfpacht waarbij het belang van de erfpachter bij de instandhouding van zijn recht minder in het oog springt. Ook kan de aard en betekenis van de geschonden erfpachtvoorwaarde van belang zijn: schending van een voorwaarde die dichterbij de kern van de rechtsverhouding ligt, zal sneller gerechtvaardigd zijn.<sup>639</sup> Voorts kan betekenis toekomen aan de duur van de tekortkoming<sup>640</sup> en aan de mate waarin de tekortkoming verwijtbaar is.<sup>641</sup> Is bijvoorbeeld opzettelijk tekortgeschoten, dan zal opzegging sneller gerechtvaardigd zijn. Dat rekening moet worden gehouden met *alle* omstandigheden van het geval, heeft echter tot gevolg dat in abstracto niet goed kan worden aangegeven wanneer sprake is van een voldoende ernstige mate van tekortschieten. Het is niet zo dat een bepaald gezichtspunt steeds van doorslaggevende betekenis is. Gelet op de uiterst casuïstische aard van deze problematiek, is het niet goed mogelijk om inzicht te krijgen in deze beoordeling zonder enkele rechterlijke uitspraken te bespreken. Eerst zal ik evenwel bezien of men zich niet eenvoudiger kan ontdoen van de rechtsonzekerheid die in art. 5:87 lid 2 BW verscholen ligt, namelijk door zélf, in de vestigingsakte, te bepalen wanneer sprake is van een ernstige mate van tekortschieten.

### 2.3.5. Een ernstige mate van tekortschieten: partijvrijheid?

Van art. 5:87 lid 2 BW mag niet ten nadele van de erfpachter worden afgeweken. De bepaling biedt de erfpachter dus een minimumwaarborg, waarvan de betekenis zou worden uitgehold wanneer men zelf zou mogen bepalen wanneer sprake is van een ‘ernstige mate van tekortschieten’. Het oordeel daarover is aan

---

<sup>637</sup> Zie o.a. HR 10 juni 1988, *NJ* 1988, 873, HR 10 augustus 1992, *NJ* 1992, 715 en HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208.

<sup>638</sup> Vgl. bijv. HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 en HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562.

<sup>639</sup> Vgl. bijv. HR 10 augustus 1992, *NJ* 1992, 715, HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 en HR 9 februari 2001, *LJN* AA9965.

<sup>640</sup> Vgl. bijv. HR 29 oktober 1971, *NJ* 1972, 40. Zie voor lagere rechtspraak: T. Hartlief, *GS Verbintenissenrecht*, losbl. (2002), art. 6:265, aant. 7.

<sup>641</sup> In deze zin ook Bakels 1993, p. 282-283. In de hierna in paragraaf 2.3.6.4 te bespreken uitspraak van de Rb. Rotterdam wordt eveneens grote betekenis toegekend aan deze factor.

de rechter. Snijders concludeert daarom dat bedingen waarmee beoogd wordt inhoud te geven aan het begrip ‘ernstige mate van tekortschieten’, rechtskracht missen.<sup>642</sup> De Jong verzet zich daar echter tegen.<sup>643</sup> Mits “de normale in het maatschappelijk verkeer geldende redelijkheid wordt betracht en ook het substantiële karakter van de overtreding in de regeling wordt benadrukt” bestaat tegen dergelijke regelingen naar haar opvatting geen bezwaar. “Integendeel, dit bevordert de duidelijkheid tussen partijen én voor derden.” Niettemin erkent zij dat het uiteindelijke oordeel aan de rechter is. Het standpunt van De Jong verdient bijval. Of sprake is van een ernstige mate van tekortschieten hangt – zoals in het voorgaande besproken is – immers af van alle omstandigheden van het geval. Bij de beoordeling spelen de aard en de functie van de betreffende individuele erfpachtverhouding een wezenlijke rol. Die aard en functie zijn in sterke mate afhankelijk van datgene wat de erfpachter en grondeigenaar daarover in de vestigingsakte hebben vastgelegd. Uit die akte kan dus steeds worden afgeleid welke verplichtingen wezenlijk zijn en waarvan een schending dus relatief snel ernstig is. Aldus bestaat steeds een zekere ruimte om – zij het impliciet – zelf te regelen wanneer sprake is van een ernstige mate van tekortschieten. Tegen die achtergrond zie ik niet in waarom een meer expliciete regeling van die strekking zonder meer ontoelaatbaar zou zijn. Wel moet worden bedacht dat die ruimte – zoals De Jong terecht stelt – beperkt is. Wanneer een voorwaarde in het licht van de rest van de erfpachtverhouding als (weinig meer dan) een futiliteit moet worden beschouwd, dan zal een beding waarin wordt bepaald dat de schending van die voorwaarde ernstig is, geen zin hebben. Uiteindelijk blijft het oordeel aan de rechter. Deze zal mijns inziens met alle omstandigheden, waaronder het beding dat aangeeft dat sprake is van een ernstig tekortschieten, rekening moeten houden. Zou de rest van de erfpachtverhouding dan nauwelijks aanleiding geven om het betreffende tekortschieten inderdaad ernstig te vinden, dan blijft het beding zonder rechtskracht. Het is evenwel te ongenueanceerd te stellen dat dergelijke regelingen zonder meer krachteloos zijn.

---

<sup>642</sup> Snijders 1995, p. 95.

<sup>643</sup> De Jong 1995b, p. 527. Vgl. ook Rb. Arnhem 28 september 2011, *RVR* 2012, 8, r.o. 4.5: “Anders dan de gemeente suggereert is het niet zo dat het niet nakomen van de onderhavige bepalingen in de erfpachttakte altijd een ernstige mate van tekortschieten oplevert. Dit geldt *temeer* nu de erfpachttakte en de Algemene bepalingen geen bepalingen bevatten die antwoord geven op de vraag wanneer sprake is van een ernstige mate van tekortschieten (mijn curs.; FJV).”

### 2.3.6. Een ernstige mate van tekortschieten: jurisprudentie

#### 2.3.6.1. Voetbalvereniging Foarút te Dronrijp<sup>644</sup>

Schatzenburg BV heeft een perceel grond in eigendom waarop zich, behalve haar eigen recreatiepark, nog enkele sportcomplexen bevinden. Deze complexen zijn in gebruik bij verschillende verenigingen die ieder een recht van erfpacht hebben op het betreffende gedeelte van het terrein. Eén van de verenigingen is de voetbalvereniging Foarút. Haar erfpacht is door Schatzenburg opgezegd, omdat Foarút in ernstige mate tekort zou schieten in de nakoming van haar verplichtingen. Tegen die opzegging komt Foarút in het geweer bij de Rechtbank Leeuwarden. Deze dient te beoordelen of Foarút – zoals Schatzenburg betoogt – in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van haar verplichting het terrein en de daarop gestichte opstallen te onderhouden. Schatzenburg onderbouwt haar bevestigende beantwoording van deze vraag met een tweetal rapporten van externe bureaus. Het eerste rapport is kort na de opzegging opge maakt en het tweede kort voor de terechtzitting. Het eerste bureau heeft geoordeeld dat de bouwaard in relatie tot het bouwjaar van de kleedkamer redelijk/goed en van de kantine slecht is. Het oordeel van het tweede bureau is aanmerkelijk minder positief:

“Op 4 augustus 2004 heeft Bouwkundig Bureau [J.], in opdracht van Schatzenburg, gerapporteerd dat de algemene indruk van de sportvelden van de voetbalvereniging matig tot slecht is. Volgens de deskundige staat het hekwerk er niet kant en recht bij. Daarnaast dienen, zo heeft de deskundige gerapporteerd, de palen opnieuw uitgelijnd te worden en is de houten draagconstructie van de reclameborden verrot. Verder is het schilderwerk van de reclameborden slecht en geven de reclameborden het geheel geen verzorgd aanblik. Met betrekking tot de kleedruimten is de deskundige van mening dat de algemene indruk van de kantine slecht is. Het uiterlijk is volgens de deskundige ronduit waardeloos. Daarnaast is de bouwkundige staat niet al te best. De kozijnen en de gevelbekledingen zijn op meerdere plaatsen slecht tot zeer slecht. De schorten en de panelen vertonen aan de onderzijde rotte delen, aldus de deskundige.”

Niettemin bestaat er naar het oordeel van de rechtbank, die zelf ook naar de sportvelden afreist, onvoldoende grond voor opzegging van de erfpacht:

“5.3. [...] De rechter constateert dat de deskundigen [D.] en [J.] beiden hebben gerapporteerd dat de algemene indruk van de staat van onderhoud van de opstallen van de voetbalvereniging Foarut slecht is. De rechter heeft de staat van onderhoud van de op-

---

<sup>644</sup> Hof Leeuwarden 5 januari 2005, *LJN* AR8808, voorafgegaan door Rb. Leeuwarden 11 augustus 2004, *LJN* AQ6773. Op dezelfde dagen hebben rechtbank en hof in soortgelijke zaken uitspraak gedaan, die zijn gepubliceerd in *LJN* AR8802 en AQ6771, en in *LJN* AR8799 en AQ6772. In alle gevallen is geoordeeld dat de opzegging niet toelaatbaar was. Ik bespreek alleen het geval van de voetbalvereniging Foarút omdat het tekortschieten in dat geval het meest ernstig was.

stallen van de voetbalvereniging Foarut ter plaatse bekeken en is van oordeel dat de staat van onderhoud op een aantal onderdelen slecht is. Voetbalvereniging Foarut heeft echter onweersproken gesteld dat zij geld heeft gereserveerd voor het plegen van nieuwbouw, waartoe zij in verband met de onzekere situatie van haar erfpachtsrecht nog niet is overgaan. Dit brengt met zich dat Schatzenburg geen redelijk belang bij opzegging van het erfpachtsrecht op grond van een ernstige tekortkoming in het onderhoud heeft.”

De subsidiariteitstoets voert in deze procedure de boventoon. Niet zozeer omdat de schending van verplichtingen onvoldoende ernstig zou zijn, maar veeleer omdat verwacht mag worden dat Foarút haar verplichtingen binnen een afzienbare termijn alsnog zal nakomen, wordt geoordeeld dat niet opgezegd had mogen worden. Schatzenburg had daarbij “geen redelijk belang”. Met die formulering lijkt de rechtbank aansluiting te zoeken bij één van de in art. 3:13 lid 2 BW genoemde situaties van misbruik van bevoegdheid.<sup>645</sup> Het Hof Leeuwarden (dat eveneens naar Dronrijp afreist) bekrachtigt de motivering en het oordeel van de rechtbank (r.o. 3.5.). Het hof merkt uitdrukkelijk op dat vernieuwing van de kantine noodzakelijk is, maar kent net als de rechtbank grotere betekenis toe aan de reeds door Foarút getroffen voorzieningen voor nieuwbouw: “Onder die omstandigheden acht het hof opzegging van de erfpachtovereenkomst op grond van het niet in goede staat onderhouden van de kantine in strijd met de redelijkheid en billijkheid.” Ten aanzien van de kleedruimtes – die volgens Schatzenburg BV eveneens slecht onderhouden zijn – merkt het hof, behalve dat het dit verwijt niet deelt, op dat Schatzenburg onvoldoende concreet heeft aangegeven op welke specifieke punten ze strijd aanneemt met de onderhoudsverplichting. Al met al is er onvoldoende reden voor opzegging. Schatzenburg BV heeft onvoldoende gelegenheid geboden om de geschonden verplichtingen alsnog na te komen.

### **2.3.6.2. Stichting Fort bij Pannerden<sup>646</sup>**

In de buurt van de Gelderse plaats Doornenburg, in de Gemeente Lingewaard, gaat de Rijn<sup>647</sup> over in de Waal en het Pannerdensch Kanaal (dat enkele kilometers verderop, bij Angeren, weer overgaat in de Nederrijn). Bij deze vertakking is rond 1870 het Fort Pannerden gebouwd. Eigenaar van dit fort is Staatsbosbeheer, maar de grond is in erfpacht uitgegeven aan de Stichting Fort bij

---

<sup>645</sup> Vgl. hiervóór in paragraaf 2.3.3.2.

<sup>646</sup> Rb. Arnhem 13 april 2005, *LJN* AT5951. Terzijde merk ik op dat dit vonnis inmiddels is vernietigd door Hof Arnhem 9 mei 2006, rolnr. 2005/800 (ongepubliceerd). Kern van de redenering van het hof is dat de verplichtingen die de erfpachter volgens de eigenaar geschonden heeft, niet op hem rusten en bovendien niet geschonden zijn. Het hof laat zich in zijn arrest niet uit over de door de rechtbank gehanteerde wijze van toetsing als zodanig. Voor mijn betoog is de hofuitspraak daarom van ondergeschikte betekenis.

<sup>647</sup> Of strikt genomen: het Bijlandsch kanaal.

Pannerden. Volgens de uitgiftevoorwaarden is het fort bestemd als vestigingsplaats voor het museum van de Nederlandse vereniging ter bestudering van munitie en ballistiek, voor een militair-historisch informatiepunt, voor een informatiepunt voor Staatsbosbeheer en de plaatselijke VVV, en voor een streekmuseum. De restauratiewerkzaamheden die voorafgaand aan de realisatie van de bestemming moeten worden verricht, worden in 1994 echter gestaakt wegens liquiditeitsproblemen. Als het fort dan in 2000 gekraakt wordt, geeft Staatsbosbeheer aan de stichting te kennen haar verantwoordelijk te achten voor het beheer van het fort conform de erfpachtvoorwaarden en voor de beëindiging van het krakersprobleem. Vervolgens wordt de stichting verscheidene malen aangeschreven en vindt er geregeld overleg plaats totdat Staatsbosbeheer de erfpacht in 2004 opzegt. De rechtbank oordeelt:

“5. [...] Uit de tussen de partijen vaststaande feiten volgt dat door liquiditeitsproblemen de restauratiewerkzaamheden in 1994 zijn stil komen te liggen en dat er geen concrete vooruitzichten bestaan dat deze onder verantwoordelijkheid van de stichting kunnen worden hervat. Dat rechtvaardigt het aan te nemen dat de stichting haar doelstelling tot restauratie van het Fort te komen niet meer zal kunnen realiseren. Daarmee staat vast dat de stichting niet bij machte is het Fort te gebruiken zoals omschreven in artikel 1 van de erfpachtsovereenkomst, hetgeen op zichzelf beschouwd de opzegging ervan reeds rechtvaardigt.”

De rechtbank geeft aan dat de omstandigheid dat de stichting niet bij machte is het Fort te gebruiken in overeenstemming met de bestemmingsbepaling in de vestigingsakte, reeds de opzegging kan rechtvaardigen. Waarom dat het geval is, wordt niet nader onderbouwd, maar het ligt in de rede dat betekenis is toegekend aan het feit dat het hier gaat om een essentieel onderdeel van de erfpachtverhouding. De aard van het geschonden beding lijkt hier van grote betekenis te zijn. Voorts valt op dat de rechtbank grote betekenis toekent aan de verwachtingen voor de toekomst: elementair is dat de stichting haar doelstelling *niet meer zal* kunnen realiseren. In zoverre is de redenering van de Rechtbank Arnhem vergelijkbaar met die van de rechtbank en het hof in Leeuwarden in de hiervóór besproken procedure. Ook daar waren immers de verwachtingen met betrekking tot de toekomst elementair.

### **2.3.6.3. Stichting Kunstijsbaan te Capelle aan den IJssel<sup>648</sup>**

De Gemeente Capelle aan den IJssel heeft een recht van erfpacht verleend aan een stichting en in de vestigingsakte bedongen dat op het perceel een 400-meter kunstijsbaanaccommodatie met voorzieningen wordt aangelegd en geëxploiteerd. De voor de aanleg benodigde vergunningen zijn in 1996 verkregen, echter

---

<sup>648</sup> Hof Den Haag 15 juni 2006, *LJN* AX9126 en *Notafax* 2006, nr. 143. Zie over dit arrest ook Pleysier 2007a.



in 1999 is de ijsbaan nog steeds niet gerealiseerd. Op 7 oktober van dat jaar schrijft de gemeente de stichting aan, en stelt zij haar in de gelegenheid om alsnog aan haar verplichtingen te voldoen. In de brief geeft de gemeente te kennen dat ze dan wel wil dat uiterlijk op 1 december afspraken zijn gemaakt over de aanvang en het vervolg van de bouwwerkzaamheden, zodat de ijsbaan bij het begin van het schaatsseizoen 2000/01 in gebruik kan worden genomen. Op 7 februari 2000 geeft de stichting vervolgens aan dat zij het ‘kansrijk’ acht dat in het seizoen 2000/01 kan worden geschaatst. Enkele maanden daarna, op 15 mei 2000, besluit de gemeenteraad dat de erfpacht zal worden opgezegd wanneer de stichting niet vóór 1 oktober de financiering van het gebouw rond heeft. Op 30 september geeft de stichting echter te kennen dat de ijsbaan naar verwachting pas bij aanvang van het volgende seizoen, dus 2001/02, kan worden geopend. Dan blijken er in maart 2001 echter opnieuw financieringsproblemen te zijn: één van de huurders heeft zijn participatie uitgesteld en in een buurgemeente is het plan opgevat om een ‘giga multi topsportcomplex’ aan te leggen, wat een investering in de Capelse ijsbaan niet erg aantrekkelijk maakt. Voor de gemeente is de maat dan echter vol: op 24 juli 2001 geeft ze aan dat de erfpacht zal worden opgezegd wanneer niet binnen acht weken de activiteiten in gang gezet zijn die nodig zijn om de ijsbaan bij het begin van het seizoen 2001/02 te openen. Op 29 oktober wordt dan opgezegd.

De Rechtbank Rotterdam oordeelt dat het niet (spoedig) realiseren van de ijsbaan een ernstige tekortkoming als bedoeld in art. 5:87 lid 2 BW oplevert, en dat de gemeente dus in beginsel kan opzeggen. Toch acht de rechtbank de opzegging niet rechtsgeldig, omdat de op 24 juli 2001 gestelde termijn van acht weken onredelijk kort was. De opzegging was daarom naar het oordeel van de rechtbank onredelijk en in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In hoger beroep stelt de stichting zich vervolgens onder meer op het standpunt dat de realisatieverplichting geen deel uitmaakt van de erfpachtverhouding en dat dus schending van die verplichting geen reden tot opzegging kan zijn. De gemeente komt in die procedure in het geweerd tegen het oordeel dat de op 24 juli gestelde termijn te kort was. Het hof stelt de gemeente in het gelijk: de verplichting maakt wel degelijk deel uit van de erfpachtverhouding<sup>649</sup> en er is op 29 oktober in dusdanig ernstige mate tekortgeschoten dat een opzegging gerechtvaardigd is. Ten aanzien van dat laatste overweegt het hof in het bijzonder dat de erfpacht gevestigd is met de bedoeling dat de stichting op die grond een ijsbaan zou realiseren, en dat dit die realisatieverplichting essentieel maakt:

---

<sup>649</sup> Het argument dat wordt gehanteerd om tot deze conclusie te komen is overigens bepaald zwak te noemen. Het hof neemt aan dat de verplichting deel uitmaakt van de erfpachtverhouding, enkel en alleen omdat ze in de vestigingsakte omschreven is (r.o. 3.1). Pleysier 2007a, p. 8 wijst er terecht op dat dit niet voldoende is. Overigens meen ik, met Pleysier,

“4.7. Nu de realisatieverplichting een essentieel onderdeel van de erfpacht vormde en er geen enkele kunstijsbaan is aangelegd (ook niet bijvoorbeeld een buitenbaan zonder voorzieningen) schoot de Stichting in ernstige mate tekort. Mitsdien mocht de Gemeente de erfpacht bij exploit van 29 oktober 2001 opzeggen. Omdat ten tijde van de opzegging vaststond dat de Stichting niet aan artikel 9 van de erfpachtakte kon voldoen, behoefde de Gemeente haar geen ruimere termijn te geven dan zij gegeven heeft.”

Net als in de procedure tussen Schatzenburg BV en Foarút, en in de zaak over het Fort Pannenburg wordt hier van belang geacht of verwacht kon worden dat de verplichtingen in de nabije toekomst wel nagekomen zouden worden. Terecht kent het hof bovendien waarde toe aan de plaats die de geschonden verplichting inneemt in de gehele erfpachtverhouding. Schending van een elementaire verplichting is ernstiger dan schending van een bijkomende verplichting.

Verder geeft het hof nog aan dat het wellicht anders zou hebben geoordeeld wanneer de stichting, in plaats van een kunstijsbaanaccommodatie, een outdoor kunstijsbaan zonder voorzieningen had aangelegd. De stichting zou in dat geval minder ernstig tekortgeschoten zijn. Hoewel de redenering van het hof mij op dit punt juist lijkt, dient daarbij wel de kanttekening worden geplaatst dat de stichting met zo'n investering vermoedelijk hooguit uitstel van executie had kunnen bewerkstelligen. Een outdoor kunstijsbaan is en blijft iets dat wezenlijk verschilt van de in de erfpachtvoorwaarden omschreven accommodatie. Het ligt naar mijn opvatting niet in de rede dat de stichting op dit punt tot in lengte van jaren in gebreke had mogen blijven.

#### **2.3.6.4. Maatschappelijk gebonden eigendom te Rotterdam<sup>650</sup>**

De Rotterdamse woningcorporatie Woonbron geeft appartementsrechten uit in ondererfpacht, volgens het principe van ‘maatschappelijk gebonden eigendom’ (MGE). MGE wordt gehanteerd om personen in lagere inkomensgroepen een alternatief te bieden voor de sociale huur. Voor een prijs die beneden de marktwaarde van de woning ligt, krijgen zij een woning in eeuwigdurende ondererfpacht, zonder canonverplichting. Bij een voorgenomen vervreemding zijn ze verplicht hun recht aan de corporatie terug te verkopen, en om de waardestijging in de tussenliggende periode met de corporatie te delen.<sup>651</sup> Nu MGE uitdrukkelijk bedoeld is als alternatief voor sociale huur, biedt men dergelijke constructies in de regel ook slechts aan personen aan die voor dergelijke huurwoningen in aanmerking komen. Om te waarborgen dat de woningkoper die

---

wel dat het hof terecht heeft aangenomen dát de bouwverplichting deel uitmaakt van de erfpachtverhouding.

<sup>650</sup> Rb. Rotterdam 28 november 2007, *LJN* BB9312 en *WR* 2008, nr. 27, met naschrift van de redactie, en Rb. Rotterdam 10 oktober 2012, *RVR* 2013, 9.

<sup>651</sup> Nader over dergelijke concepten, leze men onder meer Venema 1984, De Vries-Kalff 1986 en hiervóór in hoofdstuk II, paragraaf 5.

doelstellingen niet vervolgens zelf frustreert, wordt hem in de ondererfpachtvoorwaarden een zelfbewoningsplicht en een verhuurverbod opgelegd. Verschillende gevallen waarin de ondererfpachter zich niet aan die voorwaarden houdt zijn aan de rechter voorgelegd.

Een van die gevallen betreft een ondererfpachter die de woning die hij in 2001 verkregen had, in ieder geval tussen 2004 en 2006 verhuurt aan derden. Zelf heeft hij zich pas op 22 november 2005 op het betreffende adres ingeschreven. Toen echter de woning eind 2006 werd bezocht door een ‘interventieteam’ van de deelgemeente, werden daar twee illegale Bulgaarse vrouwen aangetroffen. Als zich in januari 2007 opnieuw een illegale persoon in woning bevindt, zegt de corporatie de ondererfpacht op 30 maart 2007 op. De rechtbank acht die opzegging rechtmatig, omdat

- “1. [de ondererfpachter] zelf toegeeft in de periode 2004-2006 de woning te hebben verhuurd,
2. hij eerst op 22 november 2005<sup>652</sup> zich als bewoner van de woning in het GBA heeft ingeschreven,
3. door hem ter comparitie is erkend dat alle 17 personen daadwerkelijk in het GBA hebben ingeschreven gestaan, zij het volgens hem voornamelijk om hun een postadres te verstrekken,
4. uit de verslagen van het interventieteam volgt dat er meerdere personen in de woning zijn aangetroffen die daar niet woonden en zonder recht of titel in Nederland verbleven”.

Het opmerkelijke is dat hier onduidelijk blijft of de ondererfpachter zijn verplichtingen op het moment van de opzegging nog steeds schendt. Waar het in de hiervóór besproken uitspraken steeds niet zozeer aankomt op de vraag of in het verleden niet is nagekomen, maar of verwacht moet worden dat de schending van wezenlijke verplichtingen in de toekomst zal voortduren, lijkt hier voldoende te zijn wat in het verleden is gebeurd. Inmiddels heeft de ondererfpachter zich ingeschreven op het betreffende adres en de corporatie maakt niet aannemelijk dat hij daar niet woont of dat hij de woning heeft verhuurd. Uit de redenering van de rechtbank lijkt zelfs te blijken dat de aangetroffen illegale dames *niet* op het adres wonen. Hier lijkt veeleer de schending van verplichtingen uit het verleden relevant te zijn. De rechtbank stelt dit ook onomwonden:

“Zelfs al zou het zo zijn dat [gedaagde] vanaf 22 november 2006, zoals is gesteld ter comparitie, zelfstandig de woning als hoofdbewoner bewoont, dan rijst de vraag of dit voldoende is om te oordelen dat het eerdere verzuim, beter gezegd het “in ernstige mate tekort schieten”, hierdoor wordt “geheeld”. De rechtbank volgt [gedaagde] niet

---

<sup>652</sup> Later wordt de datum ‘22 november 2006’ genoemd als datum waarop de ondererfpachter als hoofdbewoner zijn intrek in de woning genomen heeft. Vermoedelijk is een van beide jaartallen onjuist.

in zijn bevestigende beantwoording van deze vraag. Immers, de MGE-regeling kent specifiek een gebod om zelf de woning te bewonen en een verbod tot verhuur. Dit vloeit rechtstreeks voort uit de ratio van de regeling. Voorts is van belang dat, als de handelwijze van [gedaagde] achteraf zou worden gebillijkt, deze woning langere tijd aan het areaal woningen, beschikbaar voor de doelgroep, op oneigenlijke gronden zou zijn onttrokken. Terecht stelt Woonbron dat zij de woning zelf dan beter kan verhuren aan huurders die volgens de geldende urgentieregels daarvoor in aanmerking komen.”

Hier doet zich een geval voor waarin de ondererfpachter zijn recht op een nieuwe kans verspeeld heeft. De zelfbewoningsverplichting en het verhuurverbod zijn elementaire onderdelen van de MGE. De doelstellingen van de MGE worden gefrustreerd wanneer de corporatie niet krachtig tegen schending van deze verplichtingen kan optreden. De formulering (‘handelwijze’, ‘gebillijkt’) die de rechtbank gebruikt doet vermoeden dat zij het de ondererfpachter aanrekent dat hij opzettelijk zijn verplichtingen geschonden heeft. Die langdurige en opzettelijke schending van elementaire verplichtingen wordt achteraf niet gebillijkt. Dat lijkt mij juist.<sup>653</sup>

Een andere ondererfpachter van Woonbron verhuurt de woning, na daar enkele jaren zelf te hebben gewoond, eveneens aan een derde. Zij is een tijdelijke huurovereenkomst aangegaan voor de duur van een half jaar, omdat ze zelf gaat samenwonen met haar partner in diens woning. Echter, al binnen twee weken na het aangaan van de huurovereenkomst wil de ondererfpachter de huurovereenkomst beëindigen, omdat de relatie met haar partner is stukgelopen. Een week later wordt zij door Woonbron gesommeerd om binnen acht dagen weer aan de zelfbewoningsplicht te voldoen. Op die korte termijn lukt dat niet en al ongeveer twee weken na deze sommatie zegt Woonbron de ondererfpacht op met inachtneming van een opzegtermijn van ongeveer een half jaar. Ruim twee weken na de opzegging – en dus ruim voor de datum waartegen de ondererfpacht beëindigd is – slaagt de ondererfpachter erin de woning weer te betrekken.

In dit geval acht de rechtbank het tekortschieten van de ondererfpachter onvoldoende ernstig. Daarbij is van belang dat de verhuur slechts kort heeft geduurd en dat de ondererfpachter al binnen twee weken na aanvang van de huurovereenkomst pogingen heeft ondernomen deze te beëindigen. Bovendien is volgens de rechtbank onvoldoende duidelijk dat de ondererfpachter ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst daadwerkelijk bekend was met het verhuurverbod en is onwaarschijnlijk dat zij de woning in de toekomst nogmaals zal verhuren. Kortom, in deze kwestie zijn de beperkte verwijtbaarheid en de

---

<sup>653</sup> Zie voor andere gevallen waarin de verwijtbaarheid de ernst van de tekortkoming vergroot: Rb. Rotterdam 12 januari 2011, *LJN* BP7004 en Rb. Rotterdam 7 september 2011, *LJN* BS8898. Vgl. verder nog Rb. Arnhem 28 september 2011, *RVR* 2012, 8, waarin het gebrek aan verwijtbaarheid de ernst van de tekortkoming vermindert.

toekomstverwachting weer van grote betekenis om de opzegging haar rechtsgevolg te onthouden.

### 2.3.7. *Opzegging wegens verzuim de canon te betalen*

In het voorgaande werd duidelijk dat bij de eerste opzeggingsgrond van art. 5:87 lid 2 BW (ernstige mate van tekortschieten) rekening kan en moet worden gehouden met diverse omstandigheden. Of het tekortschieten voldoende ernstig is voor een opzegging is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval, waaronder – niet in de laatste plaats – de mate waarin de grondeigenaar zich ervoor heeft ingezet de erfpachter te bewegen om de geschonden verplichtingen alsnog gestand te doen. Het is de vraag hoe die uitgebreide afweging zich verhoudt tot de ‘strak’ geformuleerde tweede opzeggingsgrond van art. 5:87 lid 2 BW: verzuim van de erfpachter de canon te betalen over twee achtereenvolgende jaren. De wettelijke regeling laat er geen twijfel over bestaan wanneer de opzegging proportioneel kan worden geacht in de ‘enge’ betekenis van dat woord. De bepaling biedt op het eerste oog echter weinig ruimte voor een subsidiariteitstoets. De ruimte die er wel is, gaat schuil in het begrip ‘verzuim’. Het verzuimvereiste zorgt ervoor dat ook een opzegging in geval van wanbetaling van de canon in beginsel pas toelaatbaar is nadat de eigenaar zich ervoor heeft ingezet alsnog betaling van de erfpachter te ontvangen. Op grond van art. 6:82 lid 1 BW treedt verzuim immers in beginsel pas na een ingebrekestelling in.

Het problematische is echter dat in de vestigingsakte van een erfpachtrecht veelal uitdrukkelijk wordt bepaald vóór welke data de canon dient te worden betaald. Indien men in die gevallen kan aannemen dat sprake is van fatale termijnen, als bedoeld in art. 6:83 aanhef en onder a BW, is een nadere ingebrekestelling niet vereist. Blijkens de slotzin van die bepaling is van een fatale termijn geen sprake indien de termijn een ‘andere strekking’ heeft. Is de erfpachter dus in staat om aan te tonen dat de termijn niet de strekking heeft om verzuim zonder ingebrekestelling te doen intreden, dan zou ondanks de gestelde termijn dus toch een extra aanmaning noodzakelijk zijn. Dozy en Jacobs geven – in het kader van betalingsverplichtingen uit een huurovereenkomst – aan dat een tijdsbepaling heel wel een andere strekking kan hebben. De termijn kan bijvoorbeeld inhouden dat er vóór die datum niet betaald hoeft te worden, zodat met de termijn enkel iets zegt over het tijdstip waarop de schuld opeisbaar wordt.<sup>654</sup> De Jong wijst erop dat mogelijk is dat een beding weliswaar de strekking heeft om de schuldenaar schadeplichtig te maken na een bepaalde datum, terwijl tegelijk nog een aanvullende aanmaning vereist kan zijn voor een ontbinding.<sup>655</sup> Hoe dient nu te worden beoordeeld wat de strekking is van een termijn? De Vries geeft aan dat het bij de uitleg van een termijn niet alleen op de partijafpraak

---

<sup>654</sup> Dozy & Jacobs 1999, p. 93.

<sup>655</sup> De Jong 2006b, p. 38.

aankomt, maar ook op de aard van de overeenkomst, de wet, de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid.<sup>656</sup> Dat laatste komt ook in de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk terug, waar wordt opgemerkt dat “de rechter in geval de termijn, zo zij als fataal zou worden beschouwd, tot onredelijke gevolgen zou leiden, daaruit [zal] kunnen afleiden dat zij dan ook niet als fataal is bedoeld”.<sup>657</sup> Op grond van een dergelijke overweging zal de rechter mijns inziens in ieder geval een halt kunnen toeroepen aan de grondeigenaar die wenst op te zeggen omdat de erfpachter nagelaten heeft een louter symbolische canon te betalen. Naarmate de canon wezenlijkere betekenis krijgt, ligt het evenwel minder voor de hand aan te nemen dat de gestelde betalingstermijn niet is bedoeld als een fatale termijn. Onder zeer bijzondere omstandigheden is nog wel denkbaar dat de erfverpachter misbruik van bevoegdheid maakt of in strijd handelt met de redelijkheid en billijkheid door op te zeggen op grond van verzuim met betrekking tot betaling van de canon. Aldus wordt geoordeeld door de Roermondse rechtbank, die moet oordelen over een geval waarin een grondeigenaar een opstalrecht had opgezegd op grond van het feit dat de opstaller reeds enkele jaren in verzuim was de retributie te betalen. Omdat in het betreffende geval duidelijk is dat de grondeigenaar gedurende al die jaren in het geheel niet tegen de opstaller had opgetreden en de eigenlijke reden voor opzegging gelegen is in zijn wens om de grond onbelast te kunnen doorleveren aan een derde, neemt de rechtbank hier misbruik van bevoegdheid aan.<sup>658</sup>

### 2.3.8. *Nakoming door beperkt gerechtigden*

Heeft de grondeigenaar voldaan aan zijn eerder omschreven ‘aanmaningsplicht’, en is sprake van een voldoende ernstige mate van tekortschieten, dan is hij bevoegd de erfpacht op te zeggen. Met de opzegging neemt de opzegtermijn van art. 5:88 lid 1 BW een aanvang, waarna de erfpacht eindigt. De erfpachter die zijn verplichtingen pas tijdens de opzegtermijn gestand doet, mag niet meer rekenen op coulance van de erfverpachter. Gelet op de zorg die deze in de voorfase dient te betrachten, lijkt mij dat gerechtvaardigd.

Beperkt gerechtigden dienen echter pas ná de opzegging in kennis te worden gesteld van het tekortschieten. Art. 5:87 lid 2 BW bepaalt dat de opzegging binnen acht dagen daarna te worden betekend aan degenen die op het moment van de opzegging als beperkt gerechtigde of beslaglegger ingeschreven staan. Die betekening strekt er – zo zagen we in paragraaf 2 – toe ook aan hen de gelegen-

---

<sup>656</sup> De Vries 1997, p. 90.

<sup>657</sup> PG Boek 6, p. 257. Hiervóór, in noot 632, zagen we dat de rechter in de jurisprudentie over termijnen bij wederkerige overeenkomsten maar zelden een andere strekking aanneemt. Bedacht moet echter worden dat het belang van de rechtszekerheid van de teleurgestelde crediteur meestal zwaarder zal wegen dan het belang van de rechtszekerheid van de teleurgestelde erfverpachter.

<sup>658</sup> Rb. Roermond 2 april 2008, *NJF* 2008, 444.

heid te bieden het einde van de erfpacht af te wenden, door zelf de verplichtingen van de erfpachter gestand te doen. Het is echter maar zeer de vraag of zij die gelegenheid in deze procedure daadwerkelijk hebben.<sup>659</sup> Nadat de opzegging de erfpachter heeft bereikt, is de rechtshandeling voltooid en kan deze immers niet meer worden ingetrokken (art. 3:37 lid 5 BW). Dat de erfverpachter de opzegging daarna nog dient te betekenen aan beperkt gerechtigden, doet daaraan niet af.<sup>660</sup> De erfverpachter *kan* de opzegging daarna niet meer ongedaanmaken, ook niet wanneer het verzuim na de opzegging – bijvoorbeeld door de beperkt gerechtigden – wordt gezuiverd. Behalve het juridische karakter van de opzegging, staat daaraan ook de functie van de opzegtermijn in de weg. Immers, die termijn is bedoeld om de opgezegde erfpachter de tijd te geven om zich op het einde van de rechtsverhouding voor te bereiden.<sup>661</sup> Terwijl de termijn loopt, kan hij proberen zoveel mogelijk te voorkomen dat de opzegging voor hem nadelige gevolgen heeft. Zo zal de erfpachter van een woning de opzegtermijn gebruiken om vervangende woonruimte te zoeken. Hij moet er dan van uit kunnen gaan dat aan de erfpacht – en aan de daaraan verbonden verplichtingen – een einde komt op de datum waartegen is opgezegd: het einde van de erfpacht is niet alleen zijn plicht, maar tevens zijn recht geworden. Zowel de juridische aard van de opzegging als de maatschappelijke functie van de opzegtermijn staat er dus aan in de weg dat de erfverpachter terugkomt op een rechtsgeldige opzegging.<sup>662</sup> Dat betekent dat hij het – al zou hij anders willen – niet in zijn macht heeft om de beperkt gerechtigden de mogelijkheid te bieden het einde van hun rechten alsnog af te wenden nadat de opzegging aan hen is betekend. De wetgever is er op dit punt dus niet in geslaagd om zijn doelstellingen tot wetgeving te maken. Om het geldende recht in overeenstemming te brengen met de bedoelingen van de wetgever, is wijziging van de wet noodzakelijk, in die zin dat de erfverpachter

---

<sup>659</sup> Huijgen 2007, nr. 29 vermeldt dat hypotheekhouders bij opzegging in het geding geroepen moeten worden, opdat zij de gelegenheid hebben om zelf de geschonden verplichtingen van de erfpachter na te komen, echter hij ziet eraan voorbij dat voor een rechtsgeldige opzegging geen geding is vereist.

<sup>660</sup> Zie hierna in paragraaf 4.

<sup>661</sup> Vgl. Kloosterman, Rossel & Van Stempvoort 2011, p. 210 en De Vries 1990, p. 337. In dit verband roept de sanctie die de wet stelt op het achterwege laten van betekening aan beperkt gerechtigden en beslagleggers (nietigheid) eveneens vragen op. De erfverpachter zou de opzegging wellicht alsnog ongedaan kunnen maken tijdens de opzegtermijn, door de betekening simpelweg achterwege te laten. Zie daarover hierna in paragraaf 4.

<sup>662</sup> De mogelijkheid om eenzijdig terug te komen op een rechtsgeldige opzegging, is in de literatuur over erfpacht bij mijn weten nog niet eerder aan de orde geweest, maar heeft op andere rechtsgebieden (bijvoorbeeld in het kader van de opzegging van arbeidsovereenkomsten) niettemin de nodige aandacht gehad. Alom wordt aangenomen dat de opzeggende partij aan zijn opzegging gebonden is. Zie o.a. Pitlo/Frenkel 1977, p. 62, Advocaat-Generaal W.J.M. Berger in zijn conclusie vóór HR 16 februari 1979, *NJ* 1979, 454, P.A. Stein in zijn noot onder dat arrest, Strijbos 1985, p. 81-82, Bouwens & Duk 2011, p. 326 en G.J.J. Heerma van Voss, in zijn noot onder HR 15 april 2005, *NJ* 2005, 484.

reeds vóór de opzeggingsdatum gehouden is de beperkt gerechtigden in kennis te stellen van de naderende opzegging. Hij zou gehouden moeten zijn de beperkt gerechtigden en beslagleggers uiterlijk drie weken voorafgaand aan de opzegging in kennis te stellen van zijn voornemen. Die termijn is ongeveer gelijk aan de termijn die onder het geldende recht ten minste moet verstrijken tussen de betekening van de opzegging aan beslagleggers en beperkt gerechtigden (acht dagen na de opzegging) en het einde van de erfpacht (een maand na de opzegging).

Afzonderlijke bespreking verdient nog de vraag of de grondeigenaar en de erfpachter wel de mogelijkheid hebben om gezamenlijk terug te komen op een eenmaal gedane (rechtsgeldige) opzegging. Strijbos betoogt dat ook dat onmogelijk is.<sup>663</sup> Dogmatisch gezien lijkt die opvatting mij juist. De opzegging vormt immers zelfstandig en onvoorwaardelijk de grondslag voor het einde van de rechtsverhouding. Deze heeft haar werking zodra ze de wederpartij heeft bereikt. Daarna kunnen de erfpachter en de grondeigenaar uiteraard overeenkomen dat zij hun rechtsverhouding desondanks tóch willen voortzetten, echter wanneer zij dat doen, dan zal die nieuwe overeenkomst (voor zover als dat tenminste mogelijk is) de grondslag vormen voor die voortzetting. De nieuwe overeenkomst trekt als zodanig geen streep door de rechtsgevolgen van een eerdere (rechtsgeldige) opzegging.

In verbintenisrechtelijke betrekkingen zal het weinig verschil maken of het voortduren van de verhouding zijn grondslag vindt in de oude of in de nieuwe overeenkomst. In het geval van een na opzegging verlengde erfpacht is dat evenwel van groot belang. De nieuwe overeenkomst kan namelijk slechts tot een zakelijk recht leiden wanneer zij gevolgd wordt door een vestiging die gepaard gaat met een inschrijving in de openbare registers. Zo'n inschrijving is niet alleen noodzakelijk wanneer de opzegging in die registers is ingeschreven, maar ook wanneer men dat (nog) niet heeft gedaan. Anders dan inschrijving van de vestiging, heeft inschrijving van de opzegging als zodanig immers een zuiver declaratoir karakter. Met andere woorden, na de opzegging eindigt de erfpacht, met of zonder de inschrijving, terwijl voor het latere herstel van de rechtsverhouding steeds een inschrijving noodzakelijk is. Partijen die gezamenlijk wensen terug te komen op een eenmaal verrichte opzegging zullen in de praktijk in veel gevallen echter volstaan met het achterwege laten van de inschrijving van de opzegging, zonder dat zij daarbij besluiten om de nieuwe erfpacht in te schrijven. Omdat het enkele achterwege blijven van de inschrijving de opzegging niet van haar rechtsgevolgen berooft, zullen de openbare registers in zo'n geval melding maken van de *geëindigde* erfpacht, terwijl de registers van de *nieuwe erfpacht* geen melding maken (en deze daarom ook niet bestaat). Met

---

<sup>663</sup> Strijbos 1985, p. 82, met verwijzing naar Rb. Leeuwarden 22 februari 1934, *NJ* 1935, p. 150.



andere woorden, de consequentie van de beschreven handelwijze is dat een niet-bestaande (want door opzegging geëindigde) erfpacht ingeschreven staat, terwijl de overeenkomst om de erfpachtverhouding te laten voortduren geen enkel goederenrechtelijk effect sorteert. De persoon die in zo'n situatie in de openbare registers staat ingeschreven als de gerechtigde tot een zakelijk recht van erfpacht, heeft dus in werkelijkheid slechts een persoonlijke aanspraak met (materieel) precies dezelfde inhoud als het recht waarvan de registers melding maken. Hij zal het veld moeten ruimen wanneer de grondeigenaar faillieert en diens curator weigert om deze persoonlijke aanspraak van de 'erfpachter' gestand te doen.<sup>664</sup> Derdenbescherming is er wel voor de rechtsopvolger onder bijzondere titel van de 'erfpachter', mits hij op het moment van zijn verkrijging niet van de opzegging weet (art. 3:24 BW).<sup>665</sup> De erfpachter aan wie is opgezegd, geniet echter geen bescherming. In de verhouding tot hem staat de genoemde curator volledig in zijn recht.

#### 2.4. *Opzegging om andere redenen dan wegens tekortschieten*

Art. 5:87 lid 3 BW geeft erfverpachters de mogelijkheid om de erfpacht te beëindigen om andere redenen dan wegens het tekortschieten van de erfpachter. Die mogelijkheid vervangt art. 5:7.1.2 lid 2 en 3, dat men aanvankelijk had willen invoeren. Daar werd bepaald dat de eigenaar in beginsel de bevoegdheid heeft om de erfpacht op te zeggen tegen een tijdstip dat minimaal vijftientig jaar na de vestigingsdatum gelegen is en dat van dat uitgangspunt in de vestigingsakte mag worden afgeweken. Met dat voorstel beoogde de wetgever erfpachtrechten mogelijk te maken die 'tot wederopzegging' duurden, net zoals onder het oude recht.<sup>666</sup> Onder het oude recht werd die mogelijkheid niet als problematisch ervaren, omdat men ervan uitging dat in de erfpachtvoorwaarden kon worden geregeld dat de erfpachter geen bescherming genoot tegen de eigenaar die de erfpacht wilde beëindigen omdat de erfpachter tekortschoot in de nakoming van zijn verplichtingen.<sup>667</sup> Zoals hiervóór uitvoerig aan de orde gekomen is, wil de wetgever van het vigerende BW de erfpachter op dat punt wel

---

<sup>664</sup> Vgl. HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. P. van Schilfgaarde (Nebula).

<sup>665</sup> Hier kan geen beroep worden gedaan op art. 3:88 BW, omdat de beschikkingsonbevoegdheid van zijn rechtsvoorganger niet het gevolg was van een ongeldige overdracht of vestiging. Dat laatste zou verdedigbaar zijn indien men zou aannemen dat de erfpacht die de rechtsopvolger verkrijgt niet de erfpacht is die is opgezegd, maar de erfpacht die men daarna heeft willen vestigen. Van het bestaan van die laatste erfpacht blijkt echter niets uit de openbare registers, zodat de opvolgend erfpachter ten aanzien van de verkrijging van die erfpacht niet te goeder trouw kan zijn (art. 3:23 BW), terwijl ook anderszins in de rede ligt dat de wilsovereenstemming is gericht op de verkrijging van de opgezegde erfpacht, die immers – naar de onjuiste overtuiging van de voormalige erfpachter – nooit geëindigd is.

<sup>666</sup> PG Boek 5, p. 304. Zie ook hiervóór in paragraaf 2.1.

<sup>667</sup> Zie hiervóór in paragraaf 2.1.

bescherming bieden, wat het lastig maakt om een wettelijke regeling op te stellen die een erfpacht voor onbepaalde tijd mogelijk maakt. In zo'n regeling moet immers worden voorkomen dat gebruik wordt gemaakt van het recht van wederopzegging, enkel en alleen *omdat* de erfpachter tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen.

De moeilijkheid van een werkbare wettelijke regeling waarin beide wensen tot uitdrukking komen, is bij de parlementaire behandeling uitdrukkelijk onderkend, maar heeft uiteindelijk niet geleid tot de invoering van een regeling die maar aan een van beide wensen recht doet. Men heeft de kool en de geit willen sparen.

De erfpacht voor onbepaalde tijd wordt mogelijk gemaakt in art. 5:87 lid 3 BW.<sup>668</sup> Met het oog op de regulering van het grondgebruik met behulp van erfpacht is deze bepaling van wezenlijke betekenis: wil de grondeigenaar de mogelijkheid hebben de erfpacht te beëindigen om bijvoorbeeld een nieuwe bestemming aan de grond te kunnen geven, dan kan daartoe een regeling worden opgenomen in de erfpachtvoorwaarden.<sup>669</sup>

Strikt genomen is voor een rechtsgeldige opzegging op de voet van deze bepaling niet meer vereist dan dat de vestigingsakte voorziet in een regeling die zo'n opzegging mogelijk maakt. Het is niet nodig dat in die regeling specifiek wordt aangegeven in welke gevallen de eigenaar een beroep mag doen op deze opzeggingsmogelijkheid; ook een clause die regelt dat 'opzegging te allen tijde veroorloofd is', heeft de wetgever in beginsel willen toelaten.<sup>670</sup> Gelet op het slot van art. 5:87 lid 3 BW is een dergelijk beding mijns inziens ongeldig voor zover het opzegging toestaat op grond van tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen, echter dat staat aan het opnemen van een algemene regeling op zichzelf niet in de weg. Zo'n algemeen geformuleerde opzeggingsgrond is wel problematisch als de regeling kan worden aangemerkt als een algemene voorwaarde in de zin van art. 6:231 aanhef en onder a BW en de erfpachter een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van zijn beroep. Voor zulke gevallen regelt art. 6:237 aanhef en onder d BW namelijk dat een beding dat de eigenaar de bevoegdheid geeft om zich te bevrijden van zijn gebondenheid aan de erfpachtverhouding, anders dan op in de vestigingsak-

---

<sup>668</sup> Terzijde wijs ik erop dat het bedingen van bijkomende opzeggingsmogelijkheden in de regel problematisch zal zijn bij agrarische erfpacht, nu dergelijke bedingen ertoe zullen leiden dat sprake is van erfpachtverhoudingen die voor onbepaalde tijd gevestigd zijn. Op dergelijke erfpachtverhoudingen zijn op grond van art. 7:399d BW de bepalingen van titel 7.5 BW (pacht) van overeenkomstige toepassing, totdat vijftientig jaar is verstreken na het moment van vestiging.

<sup>669</sup> Daarbij moet wel de kanttekening worden gemaakt dat overheidslichamen naar mijn mening niet tot een dergelijke beëindiging gerechtigd zijn. Zie hiervóór in hoofdstuk III, paragraaf 4.5.

<sup>670</sup> Zie PG Boek 5 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1068.

te vermelde gronden, ‘welke van dien aard zijn dat deze gebondenheid niet meer van hem kan worden geveerd’, vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn. Op grond van deze bepaling zal dus in veel gevallen noodzakelijk zijn dat de opzeggingsgrond vrij concreet in de vestigingsakte omschreven wordt. Een bepaling op grond waarvan ‘opzegging te allen tijde veroorloofd is’ of een bepaling op grond waarvan reeds bij een gering belang kan worden opgezegd, is vernietigbaar (art. 6:233 sub a BW).

Is geen sprake van een algemene voorwaarde of is de erfpachter niet een natuurlijk persoon die handelt buiten de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, dan staat art. 6:237 BW (behoudens reflexwerking) dus niet in de weg aan dergelijke ruim geformuleerde opzeggingsmogelijkheden. In een toelichting heeft de minister echter aangegeven dat dit naar zijn inschatting niet met zich brengt dat uiteindelijk ook zonder opgave van redenen kan worden opgezegd: verwacht mag worden dat de rechtspraak in ieder individueel geval verlangt dat een reden voor de opzegging gegeven wordt, die vervolgens de toets aan de redelijkheid en billijkheid kan doorstaan.<sup>671</sup> Ten aanzien van dat laatste wijs ik erop dat vermoedelijk strengere eisen gesteld zullen worden aan het belang dat de grondeigenaar bij opzegging heeft, naarmate de grond waarop hij zich beroept minder concreet in de vestigingsakte is omschreven. Immers, met een helder geformuleerde opzeggingsgrond kan de erfpachter rekening houden, waardoor een opzegging op die grond de toets der redelijkheid gemakkelijker zal kunnen doorstaan. Ook indien de opzeggingsregeling niet onder het regime van de algemene voorwaarden valt, kunnen helder geformuleerde opzeggingsgronden dus wel degelijk nuttig zijn.

De aangevoerde opzeggingsgrond dient niet alleen aan de redelijkheid te worden getoetst. Daarnaast moet worden beoordeeld of wordt opgezegd ‘wegens tekortschieten van de erfpachter’. Voor zover de in de vestigingsakte opgenomen opzeggingsregeling immers ruimte biedt voor opzeggingen op die grond, vormt de regeling een afwijking ten nadele van de erfpachter op het bepaalde in art. 5:87 lid 2 BW, wat tot (partiële) nietigheid van de opzeggingsregeling leidt. Zo bezien is voor een opzegging in de zin van art. 5:87 lid 3 BW dus enerzijds vereist dat de eigenaar een redelijk belang heeft bij de opzegging en anderzijds dat dit belang niet gelegen is in het tekortschieten van de erfpachter. Hier wordt een belangrijke consequentie blootgelegd van het vigerende opzeggingsregime. Immers, aan een regeling waarin dwingend de mogelijkheid wordt beperkt om op te zeggen wegens tekortschieten, is inherent dat ook eisen worden gesteld aan de motivering die wordt gegeven bij een beëindiging om andere redenen. Volgende duidelijk moet immers zijn dat er zulke andere redenen aanwezig zijn. Van de mogelijkheid om een ‘erfpacht tot wederopzegging’ te vestigen, zoals de

---

<sup>671</sup> PG Boek 5 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1070.

wetgever dat eigenlijk had gewild, is in een dergelijke systematiek de facto niet echt sprake.

Soms zal de opzeggingsgrond waarop de erfverpachter zich beroept niet de eigenlijke reden voor de opzegging zijn. Het zal dan in de regel gaan om gevallen waarin hij zich eigenlijk van de erfpacht wil ontdoen omdat de erfpachter zijn verplichtingen niet nakomt, maar zich in plaats daarvan beroept op een in de vestigingsakte bedongen opzeggingsmogelijkheid in de zin van art. 5:87 lid 3 BW.<sup>672</sup> Een voorbeeld is de in de literatuur wel vaker besproken beding dat de erfverpachter een bevoegdheid geeft tot opzegging op grond van het faillissement van de erfpachter.<sup>673</sup> Het faillissement is niet gelijk te stellen met het tekortschieten in de nakoming van de verplichtingen jegens de erfverpachter en hoeft daarmee ook niet zonder meer samen te gaan. Goed beschouwd is een dergelijk beding dus een opzeggingsgrond in de zin van lid 3. Of een beroep daarop ook daadwerkelijk tot een geldige beëindiging van de erfpacht leidt, hangt er in de eerste plaats van af of het faillissement als zodanig de erfverpachter een redelijk belang geeft om op te zeggen, dat niet gelegen is in het jegens hem tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen. Ontbreekt dat belang, dan is de opzegging zonder meer ongeldig. Is er wel een belang, dan is nog mogelijk dat de opzeggingsbevoegdheid niettemin voor een ander doel wordt gebruikt dan het doel waarvoor het is verleend. Dat zou maken dat misbruik wordt gemaakt van de opzeggingsbevoegdheid, of dat het beroep op de bevoegdheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.<sup>674</sup> De erfpachter zal dat misbruik in rechte moeten aantonen, wat een schier onmogelijke opgave lijkt. Daarbij moet worden bedacht dat de vraag naar rechtsmisbruik pas aan de orde komt wanneer al is vastgesteld dat de opzeggingsgrond waarop de erfverpachter zich beroept, hem op zichzelf – dus ook zonder dat de erfpachter zou tekortschieten – een redelijk belang bij opzegging verschaft.

### **3. Opzegging door de erfpachter**

Meijers, de belangrijkste ontwerper van het in 1992 ingevoerde BW, is aanvankelijk van plan om een algemene bevoegdheid voor beperkt gerechtigden in het leven te roepen om zich, uit hoofde van aan het beperkte recht verbonden lasten,

---

<sup>672</sup> Een voorbeeld van het omgekeerde treft men aan in Rb. Arnhem 28 september 2011, *RVR* 2012, 8, waar een gemeente na stukgelopen onderhandelingen over beëindiging van de erfpacht met het oog op herontwikkeling, de erfpacht opzegt op grond van het tekortschieten van de erfpachter. De rechtbank acht die beëindiging in strijd met art. 5:87 lid 2 BW, onder meer omdat “[d]e gewenste beëindiging van de erfpacht [...] niets te maken [heeft] met de leegstand van de opstallen”.

<sup>673</sup> Zie Heyman 1995, p. 15 en Snijders 1995, p. 95-96.

<sup>674</sup> Zie PG Boek 5 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1068.

van hun recht te ontdoen.<sup>675</sup> Op die manier zou bijvoorbeeld de erfpachter zich van zijn recht kunnen bevrijden wanneer de daarmee verbonden canonverplichting te zwaar op hem begon te drukken. Op dit voorstel is echter van verschillende kanten de nodige kritiek geuit, met name voor zover ook erfpachters de mogelijkheid kregen zich op de bepaling te beroepen. Zo wijst Plantenga erop dat erfpachtrechten naar hun aard langdurige rechtsverhoudingen zijn, waarbij niet voortdurend een evenwichtige verhouding bestaat tussen de rechten en verplichtingen van de grondeigenaar enerzijds en de erfpachter anderzijds.<sup>676</sup> Om die reden stelt hij dat de voorgestelde bepaling zich niet goed verhoudt tot het karakter van de rechtsfiguur. Vergelijkbare kritiek klinkt vanuit het parlement: “De beperkt gerechtigde [heeft] het in de hand [...], het recht in stand te laten zolang hem dit tot voordeel strekt en van het recht [af te zien] zodra hij dit bezwaarlijk begint te vinden; alle goede kansen komen zo aan de zijde van de gerechtigde te liggen. Als partijen dit in een bepaald geval zo gewild hebben, is dat geen bezwaar, doch waarom mogen zij het tegendeel hiervan niet stipuleren bij de vestiging van het recht?”<sup>677</sup> Deze kritiek leidt er uiteindelijk toe dat de voorgestelde regeling niet voor alle beperkte rechten is ingevoerd. Thans voorzien art. 3:224 BW voor de vruchtgebruiker en art. 5:82 BW voor de gerechtigde tot een erfdiensbaarheid wel in zo’n mogelijkheid, maar kent de erfpachttitel niet zo’n bepaling.

In plaats daarvan regelt art. 5:87 lid 1 BW dat de erfpachter bevoegd is de erfpacht op te zeggen, tenzij in de vestigingsakte anders is bepaald. Uitgangspunt is dus nog steeds dat de erfpachter zich van zijn verplichtingen kan bevrijden, maar in de praktijk wordt vrijwel altijd van de mogelijkheid gebruik gemaakt deze regeling buiten werking te stellen.

Heeft men geen afwijkende regeling gemaakt, dan is de erfpachter zonder verdere restricties bevoegd op te zeggen wanneer hij dat wenselijk acht. Hoewel ook hier, net als bij de opzegging door de grondeigenaar, in theorie vermoedelijk niet kan worden uitgesloten dat de erfpachter zijn opzeggingsbevoegdheid misbruikt, of dat hij op die bevoegdheid een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar beroep doet, lijkt de rol van art. 6:248 en art. 3:13 BW mij bij de opzegging door de erfpachter uiterst marginaal. In de eerste plaats is de bevoegdheid van art. 5:87 lid 1 BW niet doelgebonden, waardoor de bevoegdheid in beginsel niet kan worden gebruikt met een ander doel dan het doel waarvoor het is verleend.<sup>678</sup> Ook is onwaarschijnlijk dat een beroep op de opzeggingsbevoegdheid zal worden afgewezen omdat de belangen van de

---

<sup>675</sup> Dit werd bepaald in art. 3.4.2.11 lid 2. Zie nader: PG Boek 3, p. 404-406.

<sup>676</sup> Plantenga 1957, p. 43-44.

<sup>677</sup> PG Boek 3, p. 405.

<sup>678</sup> Dat kan anders zijn wanneer uit hetgeen in de vestigingsakte geregeld is, duidelijk wordt dat de opzeggingsbevoegdheid met een bepaalde bedoeling niet buiten werking is gesteld.

erfverpachter daartoe noodzaken. Gegeven het feit dat de reden voor invoering van de bepaling juist gelegen is in de mogelijkheid dat aan de erfpacht verbonden verplichtingen te zwaar op de erfpachter drukken, lijkt mij dat uiterst terughoudend moet worden omgegaan met het aannemen van uitzonderingen op diens recht om zijn bevoegdheid op dit punt uit te oefenen. Immers, zulke verplichtingen corresponderen vrijwel per definitie met rechten (en dus belangen) van de erfverpachter.

De erfverpachter zal dus in de regel niet veel tegen een opzegging door de erfpachter kunnen ondernemen. Voor de hypotheekhouder op de erfpacht ligt dat anders. Op grond van art. 3:45 BW zal hij – indien hij door de opzegging benadeeld wordt in zijn verhaalsmogelijkheden – de opzegging kunnen vernietigen.

Hiervoor gaf ik al aan dat in de rechtspraak vrijwel steeds gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om art. 5:87 lid 1 BW buiten werking te stellen. Men kan zich om die reden afvragen of het – om redenen van efficiëntie – niet wenselijk zou zijn om deze bepaling uit het wetboek te schrappen. Gevolg daarvan zou zijn dat de erfpachter in beginsel niet mag opzeggen, tenzij in de vestigingsakte anders is bepaald (art. 3:81 lid 2 aanhef en onder d BW). Nadeel van het schrappen van art. 5:87 lid 1 BW zou echter zijn dat het leidt tot een geruislozer achterwege blijven van een mogelijkheid om zich desgewenst van zijn erfpachtrecht te ontdoen. Gelet op het feit dat aan erfpachtrechten soms zwaardrukkende verplichtingen verbonden zijn, lijkt mij dat bezwaarlijk.

#### **4. Formaliteiten bij de opzegging**

Zowel in art. 5:87 BW als in art. 5:88 BW worden enkele formaliteiten geregeld die bij opzeggingen van erfpachtverhoudingen in acht moeten worden genomen. In de eerste plaats moet de opzegging in de zin van art. 5:87 lid 2 BW op straffe van nietigheid worden betekend aan degenen die als beperkt gerechtigde of als beslaglegger op de erfpacht staan ingeschreven. In het voorgaande werd reeds duidelijk dat met deze bepaling is beoogd te bewerkstelligen dat deze personen in de gelegenheid worden gesteld om zelf de verplichtingen te vervullen ter zake waarvan de erfpachter tekort is geschoten. Ook werd duidelijk dat ze deze functie in feite niet zal kunnen hebben, omdat de grondeigenaar na de opzegging niet de mogelijkheid heeft om terug te komen op een eenmaal gedane opzegging. Niettemin zou in deze betekeningplicht enige ruimte worden gevonden voor bedenktijd ná de opzegging aan de erfpachter. De eigenaar die na de opzegging immers tot inkeer komt en bedenkt dat hij toch beter niet had kunnen opzeggen, lijkt eenvoudigweg te kunnen besluiten om de opzegging niet te betekenen aan de beperkt gerechtigden en schuldeisers. Consequentie van die handelwijze is dat de opzegging zelf nietig is.

Nu heeft het begrip ‘nietig’ in het BW geen geheel eenduidige betekenis. In sommige gevallen wordt daarmee aangegeven dat niemand rechten kan ontlenen aan de nietige rechtshandeling, maar op andere plaatsen heeft het begrip een minder absolute betekenis. Zo komen in het huurrecht en in het arbeidsrecht nietigheden voor die niet door eenieder kunnen worden ingeroepen. Men spreekt in die gevallen niettemin van ‘nietig’ (en niet van ‘vernietigbaar’), opdat de rechter ambtshalve de ongeldigheid van de rechtshandeling kan uitspreken.<sup>679</sup> Welke gevolgen verbonden zijn aan het verrichten van een nietige rechtshandeling staat dus niet bij voorbaat vast. Volgens Hartkamp en Sieburgh moet men zich bij het nemen van een beslissing op dat punt laten leiden door de strekking van de overtreden bepaling en overwegingen van doelmatigheid.<sup>680</sup>

De sanctie op het niet voldoen aan de betekenisplicht strekt ertoe de belangen van de beperkt gerechtigden en beslagleggers optimaal te waarborgen: blijft betekening achterwege, dan eindigt de erfpacht – en daarmee hun beperkte recht of beslagrecht – ook niet. Met andere woorden, de sanctie is bedoeld om af te straffen dat de opzeggende erfverpachter zijn verplichtingen jegens beperkt gerechtigden en beslagleggers niet nakomt, en niet om hem na de betekening van de opzegging aan de erfpachter nog een week extra bedenktijd te geven. De conclusie lijkt mij dan ook gerechtvaardigd dat de grondeigenaar zelf niet de mogelijkheid heeft om een beroep te doen op de sanctie van art. 5:87 lid 2 BW. Omdat die sanctie ook niet in het belang van de erfpachter in het leven geroepen is, zou men voor hem eenvoudig hetzelfde kunnen aannemen, echter dat gaat mij te ver. In de eerste plaats staat de strekking van de regeling niet aan de bescherming van zijn belang bij instandhouding van de erfpacht in de weg. Daar komt bij dat het zich slecht zou verhouden tot het gedwongen ingeschreven blijven staan van de erfpacht in de openbare registers (art. 5:88 lid 2 BW), wanneer zowel de erfpachter als de erfverpachter aan de opzegging gebonden zouden zijn. De interpretatie van art. 5:87 lid 2 BW die mijns inziens het meest recht doet aan de strekking van de bepaling in het stelsel van titel 5.7 BW is dat de opzegging weliswaar nietig is indien betekening aan beperkt gerechtigden en/of beslagleggers achterwege blijft, zij het dat die nietigheid niet af doet aan het recht van de erfpachter om de consequenties van een rechtsgeldige opzegging voor zich te aanvaarden. Met andere woorden, hij kan ervoor kiezen dat de erfpacht wél eindigt, in ruil voor de vergoeding die de erfverpachter krachtens art. 5:87 lid 2 BW verschuldigd is. Praktisch is er een sterke gelijkenis met de beëindiging met wederzijds goedvinden (de erfverpachter heeft zijn wil tot beëindiging bepaald op het moment van opzegging), die een afstand van recht in de zin van art. 3:81 lid 2 aanhef en onder c BW tot gevolg heeft. Deze afstand werkt niet ten nadele van beperkt gerechtigden en beslagleggers.

<sup>679</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh (2010) 6-III\*, nr. 321.

<sup>680</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh (2010) 6-III\*, nr. 615.

## 5. Vergoedingen bij het einde van de erfpacht

### 5.1. Algemeen

Al toen de gronduitgifte in erfpacht in de Nederlandse steden in zwang geraakte, werd gediscussieerd over de vraag onder welke omstandigheden een erfpachter bij het eindigen van zijn recht aanspraak zou moeten kunnen maken op een geldelijke vergoeding. Het ging dan in de eerste plaats om de vraag of de erfpachter bij een beëindiging wegens tekortschieten recht heeft op de betaling van een geldsom.<sup>681</sup> Enkele van de stelsels van stedelijke erfpacht (bijvoorbeeld die van Schiedam en IJmuiden) voorzien van meet af aan in een dergelijke aanspraak, echter in andere gemeenten is de leidende gedachte lang dat de erfpachter geen recht heeft op enige vorm van vergoeding, omdat hij het einde van zijn recht geheel en al aan zichzelf te wijten heeft.<sup>682</sup> Onder meer de oudste Amsterdamse erfpachtvoorwaarden (van 1896) kennen geen vergoedingsrecht toe aan de erfpachter die zijn recht door een vervallenverklaring verliest. De belangen van hypotheekhouders, die hun onderpand bij een vervallenverklaring zien verdwijnen, worden in dat systeem gewaarborgd door een regeling die vervallenverklaring pas mogelijk maakt nadat de hypotheekhouder in de gelegenheid is gesteld om zelf het verzuim van de erfpachter te zuiveren. Meestal bepaalt de overeenkomst van geldlening, tussen de erfpachter en de hypotheekhouder, vervolgens dat de lening onmiddellijk opeisbaar wordt wanneer de erfpachter in verzuim is met betrekking tot zijn verplichtingen uit hoofde van de erfpacht. Dat beding stelt de hypotheekhouder in staat om zich, na zelf de erfpachtverplichtingen te zijn nagekomen, onmiddellijk te bevrijden van zijn band met de tekortgeschoten erfpachter.

Sinds 1915 is de positie van de erfpachter – en ook van de hypotheekhouder – in het Amsterdamse stelsel echter versterkt. Sinds dat jaar voorzien de hoofdstedelijke standaardbepalingen in een regeling die de erfpachter aanspraak geeft op een vergoeding bij een beëindiging door vervallenverklaring. Deze vergoeding wordt door de gemeente in eerste instantie aangewend om de vorderingen van de hypotheekhouders te voldoen. Sinds datzelfde moment voorziet het Amsterdamse erfpachtstelsel – eveneens in het belang van hypotheekhouders – in een vergoeding bij het reguliere einde van de erfpacht.<sup>683</sup>

Vanaf de invoering van het vigerende BW heeft de erfpachter dergelijke aanspraken ook krachtens de wet zelf. Soms is deze vergoeding zelfs dwingendrechtelijk gewaarborgd. In die gevallen is, zelfs voor erfverpachters

---

<sup>681</sup> Dat de erfpachter gecompenseerd dient te worden bij een beëindiging om redenen van algemeen belang (quasi-onteigening) heeft eigenlijk nimmer ter discussie gestaan. Vgl. Hudig 1908, p. 58.

<sup>682</sup> Hudig 1908, p. 62.

<sup>683</sup> Zie hiervoor in hoofdstuk II, paragraaf 2.2.



die al onder vigeur van het BW(oud) in een vergoedingsrecht plachten te voorzien, sprake van een wezenlijke verandering. Sinds 1 januari 1992 wordt men immers ook beperkt in de mogelijkheden een eigen waarderingsystematiek te bepalen, nu met een eigen regeling het recht van de erfpachter op de werkelijke waarde van de erfpacht of van de opstallen aan het wankelen zou kunnen worden gebracht.<sup>684</sup>

### 5.2. *De vergoeding van art. 5:87 lid 2 BW*

Dat de erfpachter recht heeft op een vergoeding in geval van opzegging wegens tekortschieten, wordt geregeld in art. 5:87 lid 2 BW. Op die vordering heeft een eventuele hypotheekhouder een pandrecht, zo volgt uit art. 3:299 BW. Wat in het oog springt is de ietwat slordige redactie van de tekst van art. 5:87 lid 2 BW: “*Na het einde van de erfpacht is de eigenaar verplicht de waarde die de erfpacht dan heeft aan de erfpachter te vergoeden (mijn curs.; FJV).*” Volgens de letterlijke tekst van de wet dient te waarde van de reeds geëindigde erfpacht, die uiteraard per definitie nihil bedraagt, te worden vergoed. Het moge evenwel duidelijk zijn dat beoogd is de gewezen erfpachter een vergoeding te betalen ter grootte van de waarde die de erfpacht zou hebben indien het ongewijzigd zou hebben voortgeduurd.<sup>685</sup> Ik zal de gesignaleerde slordigheid daarom verder laten rusten om aandacht te kunnen schenken aan drie andere vragen die deze bepaling oproept. Allereerst is onduidelijk in welke gevallen van opzegging de erfpachter een dwingendrechtelijke aanspraak heeft op vergoeding van de waarde van de erfpacht. Voorts is niet helder hoe de hoogte van de te vergoeden geldsom dient te worden bepaald. Ten slotte is het de vraag binnen welke termijn de erfverpachter de verschuldigde vergoeding dient te voldoen: art. 5:87 lid 2 BW geeft immers slechts aan dat de vergoeding moet worden betaald *na* het

---

<sup>684</sup> Van Velten 1993c beantwoordt een rechtsvraag over een geval waarin tegenover een lage canon is bedongen dat bij het einde van de erfpacht slechts de stichtingskosten van de opstal worden vergoed, verhoogd met de helft van de meerwaarde van de betreffende opstal op de datum waarop de erfpacht eindigt. Zo'n regeling doet een dwingendrechtelijke verplichting van de erfverpachter om bij het einde van de erfpacht een vergoeding te betalen voor de werkelijke opstalwaarde niet eindigen. Het in het betreffende geval beoogde resultaat kan volgens Van Velten het best bereikt worden door de canon op een zakelijke hoogte te stellen, waarbij de erfpachter de bevoegdheid krijgt om de betaling van een deel daarvan op te schorten tot het tijdstip van beëindiging van de erfpacht. Die vergoeding kan op dat moment worden verrekend met de vergoeding voor de opstalwaarde (art. 5:99 lid 3 BW), waardoor de facto het beoogde resultaat zal worden bereikt. De vijfjaarstermijn van art. 5:92 lid 2 BW brengt geen risico's met zich mee, nu de opeisbaarheid van de opgeschorte canontermijnen in de door Van Velten voorgestelde constructie wordt uitgesteld tot het moment waarop de erfpacht eindigt.

<sup>685</sup> In het aanvankelijk voorgestelde art. 5.7.1.10a lid 2 kwam dit duidelijker tot uitdrukking: “*Na de vervallenverklaring is de grondeigenaar verplicht de waarde die de erfpacht heeft op het tijdstip dat het recht tenietgaat, aan de erfpachter te vergoeden.*” Zie PG Boek 5, p. 333.

einde van de erfpacht. De verhouding tussen het vergoedingsrecht van art. 5:87 lid 2 BW en de aanspraak van art. 5:99 BW roept ook vragen op, echter die bespreek ik hierna in paragraaf 5.4.

De eerste vraag is de lastigste. Uit de context van art. 5:87 lid 2 BW blijkt in ieder geval dat het vergoedingsrecht is gekoppeld aan de opzegging door de erfpachter.<sup>686</sup> Ook is helder dat de erfpachter een dwingendrechtelijke aanspraak op vergoeding van de waarde van de erfpacht heeft, wanneer wordt opgezegd omdat de erfpachter tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen, dus in geval van een opzegging in de zin van art. 5:87 lid 2 BW. De aanspraak wordt in datzelfde lid verleend en in de eerste zin van art. 5:87 lid 3 BW wordt de mogelijkheid afgesloten om in de akte van vestiging een afwijkende regeling te treffen. Voor het geval van een opzegging in de zin van art. 5:87 lid 2 BW heeft de wetgever ook uitdrukkelijk een dwingendrechtelijk vergoedingsrecht beoogd. Lastig is echter of de wet deze aanspraak ook verleent in geval van een opzegging om andere redenen dan op grond van het tekortschieten van de erfpachter, dus in geval van een opzegging in de zin van art. 5:87 lid 3 BW.

Voor de praktijk lijkt die vraag op het eerste gezicht niet van groot belang. Wanneer in de vestigingsakte een mogelijkheid is opgenomen om de erfpacht te kunnen beëindigen vanwege ontwikkelingen die zich (nagenoeg) volledig buiten de invloedssfeer van de erfpachter voordoen, zal in de regel ook een adequate vergoedingsregeling zijn opgenomen, al was het maar omdat de erfpacht anders een riskant onderpand voor hypotheek zou worden. Zeker in geval van een opzeggingsregeling die beëindiging om redenen van algemeen belang mogelijk maakt – in de praktijk de meest voorkomende op art. 5:87 lid 3 BW gebaseerde regeling – is steeds voorzien in riante aanspraken, zoals men die ook in geval van een (werkelijke) onteigening zou hebben. Dit doet echter onvoldoende af aan de wenselijkheid om aandacht te besteden aan de reikwijdte van het vergoedingsrecht van art. 5:87 lid 2 BW. Duidelijkheid daaromtrent is in ieder geval van belang voor gevallen waarin weliswaar in een vergoedingsrecht is voorzien, maar ter discussie staat of de opgenomen regeling voor de erfpachter ongunstiger is dan een wettelijke aanspraak op vergoeding van de werkelijke waarde van de erfpacht.

Goed verdedigbaar vind ik dat de tweede zin van art. 5:87 lid 3 BW het bepaalde in de eerste zin nuanceert. Dit lid dient dan zo te worden gelezen dat het bepaalde in art. 5:87 lid 2 BW in beginsel van dwingend recht is (de eerste zin), met dien verstande dat ten aanzien van de opzeggingsgronden een afwijkende

---

<sup>686</sup> Een dwingendrechtelijke aanspraak in geval van een opzegging door de erfpachter ligt ook bepaald niet voor de hand, nu de wet voorziet in de mogelijkheid om de opzegging door de erfpachter geheel en al onmogelijk te maken. Daar komt bij dat art. 5:99 lid 2 aanhef en onder c BW uitdrukkelijk voorziet in een optie om ook het recht op vergoeding van de op-

regeling kan worden bedongen (de tweede zin). In die interpretatie kent de wet slechts één soort van opzegging door de grondeigenaar.<sup>687</sup> Omdat de tweede zin van art. 5:87 lid 3 BW het dwingendrechtelijke karakter van de regeling van art. 5:87 lid 2 BW slechts beperkt voor zover het de gronden van opzegging betreft, is het vergoedingsrecht bij iedere opzegging door de grondeigenaar van dwingend recht. Steun voor deze interpretatie kan worden gevonden in de wijze waarop art. 5:87 BW is geredigeerd: het dwingendrechtelijke karakter van lid 2 wordt niet in lid 2 zelf, maar in een apart derde lid geregeld. In datzelfde derde lid wordt vervolgens de mogelijkheid gecreëerd om een eigen opzeggingsregeling in het leven te roepen. Men zou daarin kunnen lezen dat de tweede zin van het derde lid moet worden beschouwd als een uitzondering op de in de eerste zin gestelde hoofdregel. Bij gebreke van een wettelijke uitzondering ten aanzien van de vergoeding, zou de aanspraak daarop dan steeds van dwingend recht zijn.

Deze interpretatie van art. 5:87 lid 3 BW lijkt de wetgever echter niet op het oog te hebben gehad. In het aanvankelijke ontwerp, waarin de vervallenverklaring wegens tekortschieten (art. 5.7.1.10) en de opzegging door de erfverpachter (art. 5.7.1.2) nog los van elkaar zijn opgenomen, is de dwingendrechtelijke aanspraak op vergoeding van de waarde van de erfpacht slechts voorbehouden aan degene die zijn recht door vervallenverklaring verliest (art. 5.7.1.10a). Bij de opzeggingsregeling, die immers wordt beschouwd als de opvolger van de erfpacht voor onbepaalde tijd (art. 766 jo 783 BW(oud)) past zo'n vergoedingsrecht niet goed. Bij de uiteindelijke beslissing om beide beëindigingsvormen onder te brengen in art. 5:87 BW, wordt met geen woord over een eventuele uitbreiding van de vergoedingsaanspraak gerept. Vermoedelijk heeft men de bedoeling om de dwingende aanspraak te beperken voor de opzegging wegens tekortschieten en wil men de opzegging van art. 5:87 lid 3 BW blijven zien als een mogelijkheid om een erfpacht voor onbepaalde tijd te vestigen. In de literatuur wordt in de regel dan ook aangenomen dat het vergoedingsrecht is voorbehouden aan degenen die hun erfpacht verliezen als gevolg van de opzegging bedoeld in art. 5:87 lid 2 BW.<sup>688</sup> Net als voor de andere mogelijke interpretatie van art. 5:87 BW (die waarin bij iedere opzegging door de erfverpachter een dwingendrechtelijke aanspraak op vergoeding bestaat), kan ook voor deze interpretatie van de bepaling enige steun worden gevonden in de wettekst.

---

stalwaarde uit te sluiten voor het geval waarin de erfpacht eindigt door opzegging van de erfpachter.

<sup>687</sup> Van deze interpretatie lijkt te worden uitgegaan door Goederenrecht 2012 (Rank-Berenschot), nr. 681, waar het bestaan van een vergoedingsrecht voor alle gevallen van opzegging door de grondeigenaar wordt aangenomen.

<sup>688</sup> In deze zin uitdrukkelijk: Willems 1993, p. 59 en Pleysier 2002, p. 125. Vgl. ook Van Veltten 1995a, p. 54, alsmede De Jong & Ploeger 2008, nr. 44. Op beide plaatsen wordt vermeld dat een dwingende aanspraak bestaat in geval van beëindiging wegens tekortschieten.

Art. 5:88 BW wekt namelijk de indruk dat ook de ingevoerde wet uitgaat van twee verschillende soorten van opzegging door de grondeigenaar (“in het geval van artikel 87 lid 2”). Voorts wordt uit de wettekst bepaald niet duidelijk dat de tweede zin van art. 5:87 lid 3 BW moet worden gezien als een uitzondering op het bepaalde in de eerste zin. Het kunnen evengoed twee afzonderlijke regels zijn. Om tot de conclusie te kunnen komen dat het vergoedingsrecht zich ook uitstrekt tot de opzegging om andere redenen dan het tekortschieten van de erfpachter, dient – zoals we hiervóór zagen – echter wél te worden aangenomen dat de tweede zin van art. 5:87 lid 3 BW het bepaalde in de eerste zin nuanceert. Nu de wettekst voor tweërlei uitleg vatbaar is, ben ik geneigd de bedoeling van de wetgever, die kan worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis, te volgen. Voor een opzegging van art. 5:87 lid 3 BW dienen partijen dus steeds zelf te voorzien in een vergoedingsrecht. Een en ander neemt niet weg dat het aanbeveling verdient om de wettelijke regeling op dit punt te verduidelijken.

Dan is er nog de tweede vraag die ik in de inleiding van deze paragraaf stelde: hoe dient de hoogte van de vergoeding te worden bepaald? Mijns inziens mag hier – zoals dat bijvoorbeeld in de Gemeente Amsterdam ook gebeurt – worden uitgegaan van de executiewaarde. Het valt niet goed in te zien waarom de erfpachter bij opzegging van zijn recht wegens tekortschieten aanspraak zou moeten maken op een hogere vergoeding, dan het bedrag waar hij recht op heeft wanneer hij andersoortige verplichtingen niet nakomt en zijn recht om die reden executoriaal wordt verkocht.

De laatste vraag die ik in de inleiding aan de orde stelde betreft het moment waarop de erfverpachter de verschuldigde vergoeding dient te voldoen. Volgens de wettekst dient hij te betalen *na* het einde van de erfpacht. Daarom kan worden aangenomen dat de vergoeding in principe op het moment waarop de erfpacht geëindigd is – dus op de dag waartegen is opgezegd – opeisbaar wordt. In diverse gevallen is echter een afwijkende regeling opgenomen. Zo regelen de algemene bepalingen van de Gemeente Amsterdam dat de gemeente binnen zes maanden na opzegging een erfpachtrecht dat gelijk is aan de opgezegde erfpacht ter veiling brengt, waarna aan de gewezen erfpachter de op de veiling betaalde prijs wordt vergoed, na aftrek van hetgeen de gemeente nog van hem te vorderen heeft en van de veilingkosten. Een dergelijke regeling stelt het moment uit waarop de vergoeding opeisbaar wordt. Art. 5:87 lid 2 BW staat aan zo’n handelwijze naar mijn mening niet in de weg. Wel moet worden bedacht dat art. 5:100 BW aan de erfpachter een dwingendrechtelijk retentierecht geeft op de in erfpacht uitgegeven zaak, totdat de vergoeding aan hem is voldaan. Die bepaling lijkt weliswaar in eerste instantie te zijn geschreven voor de vergoeding van art. 5:99 BW, echter niet valt in te zien waarom ze niet tevens van toepassing zou

zijn in geval van een vergoedingsrecht in de zin van art. 5:87 lid 2 BW.<sup>689</sup> Hoe langer wordt gewacht met het betalen van de vergoeding, hoe later de erfpachtgrond wordt ontruimd. Ten overvloede zij gemeld dat de gewezen erfpachter zijn retentierecht ook aan de veilingkoper kan tegenwerpen, die zijn (geheel nieuwe) erfpachtrecht immers pas na het ontstaan van diens vordering verkregen heeft (art. 3:291 lid 1 BW).

### 5.3. *De vergoeding van art. 5:99 BW*

In de vorige paragraaf werd duidelijk dat de erfpachter die zijn recht door zijn eigen wangedrag verliest, recht heeft op vergoeding van de (executie)waarde van de erfpacht. Op grond van art. 5:99 BW komen echter ook degenen die niet zo bijzonder veel tegen het eindigen van hun recht konden ondernemen, niet steeds met lege handen te staan na het einde van hun recht.

Omtrent de wijze waarop de waarde van de opstallen moet worden gewaardeerd, geeft de wettekst geen uitsluitel. Terecht sluit de literatuur zich hier (bij mijn weten unaniem) aan bij de opvatting van De Jong, die stelt dat moet worden uitgegaan van de marktwaarde van de opstallen, los van de grond.<sup>690</sup> Steevast wordt daarbij verzucht dat deze waardebepaling bijzonder lastig is, omdat de waarde van de grond bij deze taxatie moet worden gescheiden van de waarde van de opstal. Bij die verzuchting dient te worden aangetekend dat deze problematiek zich bepaald niet tot de toepassing van art. 5:99 BW beperkt. Ze reikt veel verder. Met name in de stedelijke erfpacht, waar als een van de voornaamste doelstellingen geldt dat de stijging van de *grondwaarde* moet toekomen aan de gemeenschap, dient namelijk bij elke wijziging van de canon de waarde van de grond los van de waarde van de opstal te worden vastgesteld.<sup>691</sup> De hoogte van de canon wordt dan immers gesteld op een percentage van de waarde die de grond – los van de opstal – op dat moment heeft. De problematiek die in de literatuur voornamelijk in verband wordt gebracht met de toepassing van art. 5:99 BW is daarmee een moeilijkheid die niet los kan worden gezien van de, met name stedelijke, gronduitgifte in erfpacht als zodanig.

### 5.4. *De verhouding tussen beide vergoedingsrechten*

In 1995 stelt Van Velten de verhouding tussen het vergoedingsrecht van art. 5:87 lid 2 BW en dat van art. 5:99 BW aan de orde. Naar zijn opvatting kan de vergoeding van de waarde van de erfpacht slechts op de grond betrekking hebben en vormt art. 5:99 BW steeds de grondslag voor de vergoeding van de

---

<sup>689</sup> In gelijke zin: Asser/Mijnssen, Van Dam & Van Velten (2002) 3-II, nr. 439 en 442, Goederenrecht 2012 (Rank-Berenschot), nr. 681, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 664 en De Jong & Ploeger 2008, nr. 44.

<sup>690</sup> De Jong 1984a, p. 262

<sup>691</sup> Voor een overzicht van de verschillende taxatiemethoden verwijs ik naar Nelisse 2008, p. 153-187.

opstalwaarde.<sup>692</sup> Pleysier keert zich tegen die gedachte. Naar zijn mening dero-geert art. 5:87 lid 2 BW aan art. 5:99 BW: in geval van een opzegging wegens tekortschieten van de erfpachter, hoeft art. 5:99 BW niet te worden toegepast.<sup>693</sup> De wettekst is onduidelijk over de verhouding tussen beide bepalingen. Dat was anders in de ontwerpregeling voor titel 5.7 BW, die in 1980 in het Staatsblad verscheen.<sup>694</sup> Op grond van art. 10a lid 2 van de gepubliceerde tekst, zou de erfpachter die zijn recht door vervallenverklaring verloor, recht krijgen op vergoeding van de waarde van de erfpacht. In het tweede lid van art. 11 (dit is de voorloper van het ingevoerde art. 5:99 BW) wordt vervolgens bepaald dat de regel van art. 11 lid 1 niet van toepassing is wanneer de erfpacht door vervallenverklaring eindigt. “In dit geval geldt immers reeds artikel 10a lid 2”, aldus de minister.<sup>695</sup> Het in 1980 voorgestelde regime is dus precies zoals Pleysier ook de thans geldende regeling leest: het vergoedingsrecht bij de beëindiging wegens tekortschieten dero-geert aan het recht op vergoeding van de opstalwaarde ex art. 11 lid 1.

De onduidelijkheid komt in de wettekst tijdens de stofkamoperatie van 1983. Zoals ik hiervóór in paragraaf 2.2 besprak, stelt de minister bij die gelegenheid voor om de vervallenverklaring onder te brengen in een extra lid in de *imprévision*-regeling. In die systematiek wordt het aan de rechter overgelaten om de vervallenverklaring onder redelijke voorwaarden, zoals de verplichting een vergoeding te betalen, toe te wijzen. Art. 10a wordt uit de regeling geschrapt en daarmee moet, naar het oordeel van de minister, ook art. 11 lid 2 in het ronde archief verdwijnen.<sup>696</sup> Zoals bekend krijgt dit voorstel nooit kracht van wet. In de ingevoerde regeling wordt de rechterlijke tussenkomst juist weer geschrapt en keert de wettelijke aanspraak op vergoeding van de waarde van de erfpacht in volle glorie terug. Het zou voor de hand liggen om de uitzondering van art. 11 lid 2 bij die gelegenheid eveneens weer terug te halen in de tekst van de wet, maar dat laat men – zonder daar verder een woord aan te wijden – na.

In het huidige regime kan volgens Van Velten “de in [art. 5:87 lid 2 BW] bedoelde vergoeding van de waarde der erfpacht [...] uitsluitend betrekking hebben op de grond, aangezien volgens [art. 5:99 lid 1 BW] de opstalwaarde vergoed dient te worden.” Die redenering kan echter eenvoudig worden omgedraaid: de in art. 5:99 lid 1 BW bedoelde vergoeding kan nergens meer betrekking op hebben, aangezien volgens art. 5:87 lid 2 BW al de gehele waarde van de erfpacht – inclusief de opstalwaarde die daarin is geïncorporeerd – dient te worden vergoed. Die laatste interpretatie acht ik eenvoudiger hanteerbaar,

---

<sup>692</sup> Van Velten 1995a, p. 55.

<sup>693</sup> Pleysier 2002, p. 124.

<sup>694</sup> Wet van 9 mei 1980, *Stb.* 1980, 431.

<sup>695</sup> PG Boek 5, p. 347 (MvA II).

<sup>696</sup> PG Boek 5 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1080-1081 (NvW I).

terwijl ze bovendien meer in lijn is met de bedoeling van de wetgever. Ik zou me om die reden willen aansluiten bij de opvatting van Pleysier, die stelt dat art. 5:87 lid 2 BW voorgaat op art. 5:99 BW. Daarbij moet wel uitdrukkelijk worden aangetekend dat de opstalwaarde naar mijn mening geïncorporeerd wordt in de waarde van de erfpacht, indien de erfpachter bij een regulier einde van zijn recht aanspraak zou maken op de in art. 5:99 BW bedoelde vergoeding. In dat geval namelijk, zal de erfpachter in economische zin kunnen worden beschouwd als de eigenaar van die opstallen, waarvan hem immers gedurende de looptijd van de erfpacht het genot toekomt en voor de periode daarna de waarde. Of het vergoedingsrecht in geval van een beëindiging wegens tekortschieten gebaseerd wordt op art. 5:87 lid 2 BW of op art. 5:99 BW is in zoverre dus van weinig belang.<sup>697</sup>

## 6. Overgangsrecht

### 6.1. Algemeen

In het voorgaande is reeds duidelijk geworden dat het opzeggingsregime op 1 januari 1992 een drastische wijziging heeft ondergaan. De regeling van art. 5:87 en 88 BW verschilt sterk van het oude regime. Zo kent het huidige recht geen vervallenverklaring door de rechter en is de vrijheid om zelf beëindigingsgronden voor de erfverpachter in het leven te roepen ernstig beperkt.

Dat een wijziging van het recht op een zeker moment leidt tot een wijziging van rechtsposities is in de meeste gevallen onontkoombaar. In het algemeen zal men dat moeten accepteren, echter in bepaalde gevallen wordt een aantasting van een onder het oude recht ontstane rechtspositie door de wetgever onaanvaardbaar geacht. Voor die gevallen heeft hij in de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (Ow.) aparte voorzieningen getroffen. Deze wet geeft geen systeem met algemene regels waaruit de reikwijdte van het nieuwe recht kan worden afgeleid. In plaats daarvan heeft de wetgever van het overgangsrecht zich voor iedere nieuw in te voeren bepaling afzonderlijk afgevraagd welke overgangsregeling de meest billijke zou zijn. Dat heeft geresulteerd in een wet met één algemene hoofdregel en uitzonderingsregels voor iedere nieuw in te voeren bepaling ten aanzien waarvan toepassing van die hoofdregel onwenselijk werd geacht. Indien geen aparte regeling is getroffen, geldt de hoofdregel. Deze houdt in dat het nieuwe BW exclusieve werking heeft (art. 68a Ow.), zij het dat

---

<sup>697</sup> Ook Rb. Middelburg 12 juli 2006, *NJF* 2006, 458, r.o. 4.8, gaat ervan uit dat art. 5:87 lid 2 BW derogeeert aan art. 5:99 BW. De rechtbank neemt daar echter aan dat de grondeigenaar geen behoefte meer heeft aan een verklaring voor recht dat art. 5:99 BW niet toepasselijk is, omdat sprake is van een opzegging in de zin van art. 5:87 lid 2 BW. Dat is enigszins kort door de bocht, omdat de hoogte van de vergoeding die op grond van art. 5:87 lid 2 BW dient te worden bepaald in belangrijke mate afhankelijk is van de mate waarin de erfpachter bij een regulier einde aanspraak zou maken op een vergoeding van de opstalwaarde.

het bestaan en niet-bestaan van vermogensrechten wordt geëerbiedigd en dat geen afbreuk wordt gedaan aan de geldigheid van onder het oude recht verrichte rechtshandelingen (art. 69 Ow.).<sup>698</sup> Op beide elementen van dit uitgangspunt, dus zowel op de regel van art. 68a Ow. als op de regel van art. 69 Ow., zijn uitzonderingen mogelijk. Dat is voor art. 68a Ow. uitdrukkelijk in de wettelijke regeling bepaald, echter het is ook geen wet van Meden en Perzen dat ‘verkre- gen rechten’ worden geëerbiedigd.<sup>699</sup> Indien op dat laatste uitgangspunt een uitzondering wordt gemaakt, zal in de praktijk evenwel steeds een voorziening getroffen zijn om de pijn te verzachten, bijvoorbeeld door het verloren gegane vermogensrecht te vervangen door een recht met een enigszins vergelijkbare aard of door een overbruggingsperiode in het leven te roepen waarbinnen de gerechtigde zelf de mogelijkheid heeft om zijn vermogenspositie veilig te stel- len.<sup>700</sup>

De wetgever heeft dus voor iedere gewijzigde regeling in het Burgerlijk Wet- boek afgewogen welke overgangsregeling de meest wenselijke zou zijn. Dat impliceert dat men zeer terughoudend moet zijn met het aannemen van uitzon- deringen op de regels die in de wet worden gesteld, ook wanneer dat in het gegeven geval onbillijk lijkt. Ook bij de opzegging van erfpachtrechten kan toe- passing van het overgangsrecht onder omstandigheden leiden tot oplossingen die in de betreffende omstandigheden niet de meest wenselijke lijken. Het is echter van belang op te merken dat een afzonderlijke billijkheidstoets in de systematiek van het overgangsrecht nauwelijks aan de orde is. Daarbij moet worden bedacht dat het bij de overgang van oud naar nieuw recht vrijwel onmogelijk is om alle bestaande rechtsposities te eerbiedigen. Art. 75 Ow. laat weliswaar enige ruimte

---

<sup>698</sup> Vgl. De Vries Lentsch-Kostense 1992, nr. 9.

<sup>699</sup> Vgl. bijv. PG Overgangsrecht, p. 45, waar uitdrukkelijk wordt aangegeven dat de bekrach- tiging kan derogeren aan art. 69 sub d Ow. Zie ook E.M. Meijers, onder HR 1 februari 1928, *NJ* 1928, p. 782 e.v., die opmerkt dat de ‘oude leer der verkregen rechten’ onmisbaar is in het overgangsrecht, “mits men het begrip verkregen recht niet buiten het subjectieve recht uitbreidt en mits men in de leer slechts een leidend beginsel en niet een onaantastbaar dogma ziet”.

<sup>700</sup> Zo zijn de hypotheek op hulpzaken, die op 1 januari 1992 verloren zijn gegaan, onder het nieuwe recht vervangen door pandrechten (art. 77 Ow.). Een voorbeeld van een overbrug- gingsperiode vinden we in het overgangsrecht van Boek 4 BW, ten aanzien van de ‘oude legitieme portie’. Sinds de invoering van het nieuwe erfrecht, op 1 januari 2003, verliezen ‘oude legitimarissen’ hun recht indien zij niet binnen vijf jaar na het overlijden van de erf- later hun bevoegdheden hebben uitgeoefend (art. 128 Ow.). Blijkens de parlementaire toelichting wordt ook het inkorten van makingen en giften tot die bevoegdheden gerekend. Derhalve is het goed denkbaar dat de legitimarissen, die reeds door een enkel beroep op zijn oude legitieme portie goederenrechtelijk gerechtigd wordt tot de nalatenschap, zijn verkre- gen vermogensrecht alsnog verliest indien hij niet ook tijdig heeft ingekort. Zie daarover nader Kolkman 2008.



voor een aparte billijkheidstoets, maar dient zeer beperkt te worden geïnterpreteerd.<sup>701</sup>

### 6.2. *Opzegging door de erfverpachter*

De rechtspositie van de erfverpachter is op 1 januari 1992 verslechterd, nu de Ow. geen voorziening treft voor het wegvallen van de vervallenverklaring. Het achterwege blijven van zo'n regeling heeft tot gevolg dat het nieuwe recht – waarin de vervallenverklaring is vervangen door de opzegging van art. 5:87 lid 2 BW – exclusieve werking heeft in geval van beëindigingen wegens tekortschieten door de erfpachter. De erfverpachter kan zich op deze grond nog slechts van zijn erfpachter ontdoen wanneer deze voor een periode van minimaal twee jaar in verzuim is de canon te betalen of in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn overige verplichtingen.<sup>702</sup> De onder het oude recht totstandgekomen soepelere regelingen zijn dus met ingang van 1 januari 1992 buiten werking gesteld.<sup>703</sup> Verder wordt de erfverpachter bij opzegging wegens tekortschieten, anders dan onder het oude recht, een vergoeding verschuldigd voor de waarde van de erfpacht. Dat schrijft het tweede lid van art. 5:87 BW immers eveneens dwingendrechtelijk voor, terwijl het overgangsrecht ook op dat punt niet voorziet in een uitzondering op de exclusieve werking van het nieuwe recht.<sup>704</sup> Een en ander lijkt – in ieder geval op het eerste oog – een grote aantasting van de rechtspositie van degene die zijn grond vóór 1 januari 1992 in erfpacht heeft gegeven. Voor de onmiddellijke werking van deze vergoedingsplicht is echter veel te zeggen. Het achterwege blijven van een dergelijke vergoeding heeft namelijk tot gevolg dat de erfverpachter door het tekortschieten van de erfpachter in een aanmerkelijk betere positie geraakt dan die waarin hij zou hebben verkeerd zonder dat tekortschieten. Immers, op het moment dat hij besloot tot gronduitgifte in erfpacht, heeft hij aanvaard dat de waarde van zijn eigendomsrecht dientengevolge zou verminderen. Daarvoor zal hij ook een vergoeding hebben bedongen. Wanneer hij dan vervolgens de erfpacht vroegtijdig zou kunnen beëindigen, zou hij een gedeelte van die waardevermindering weer

---

<sup>701</sup> Pleysier 2007b.

<sup>702</sup> Vgl. ook PG Overgangsrecht, p. 145 (MvA II, Inv.): “De onmiddellijke werking van art. 5:87 behoeft geen bijzondere bepaling.”

<sup>703</sup> Diverse gemeentelijke erfpachtvoorwaarden van vóór 1992 voorzagen in de mogelijkheid om de erfpacht bij iedere wanprestatie te beëindigen, echter in de praktijk werd van de bedongen bevoegdheid maar nauwelijks gebruikgemaakt. Op een dergelijke coulante houding moest men volgens Treurniet 1957, p. 155-156 echter niet al te zeer rekenen: “Ook al pleegt men soep, heet van het vuur, niet te eten, erfpachter en hypotheekhouder moeten met de mogelijkheid van een loden gemeentelijke slokdarm toch rekening houden.”

<sup>704</sup> Rb. Rotterdam 14 juni 2006, *NJF* 2006, 494 verwerpt terecht het beroep van een grondeigenaar die betoogt dat onmiddellijke werking van het nieuwe recht op dit punt onaanvaardbaar is, wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid.

terugontvangen. Tegen deze achtergrond komt het mij weinig bezwaarlijk voor om hem voor dat voordeel een vergoeding te laten betalen. Daar komt bij dat het vermogensverlies dat de voormalige erfpachter heeft indien een dergelijke vergoeding niet betaald zou hoeven te worden in veel gevallen onevenredig groot zal zijn in verhouding tot zijn tekortschieten. Een dergelijke vergoedingsplicht is in mijn optiek derhalve uiterst billijk. Nu de erfverpachter met zo'n verplichting niet in een ongunstigere vermogenspositie belandt dan in de situatie waarin de erfpacht normaal zou voortduren en van een tekortschieten geen sprake zou zijn, acht ik onmiddellijke werking van deze bepaling gerechtvaardigd.

Een en ander is anders bij de vergoedingsplicht van art. 5:99 BW. Op grond van die bepaling zijn erfverpachters thans, anders dan onder het oude recht, een vergoeding verschuldigd voor de waarde van de opstallen bij het einde van de erfpacht. In bepaalde gevallen wordt de erfpachter zelfs dwingendrechtelijk zo'n aanspraak verleend. Het enkele bestaan van art. 5:99 BW geeft de erfpacht, waaraan een dergelijk vergoedingsrecht immers is gekoppeld, een hogere waarde. Bij vestiging van de erfpacht zal voor die hogere waarde een vergoeding worden bedongen. Die vergoeding is echter niet gevraagd bij erfpachtrechten die zijn gevestigd vóór 1 januari 1992, nu het daarvóór geldende recht de erfpachter geen aanspraak verleende op vergoedingen bij het einde van de erfpacht. Onmiddellijke werking van art. 5:99 BW zou de erfverpachter van onder het oude recht totstandgekomen erfpachtverhoudingen dus in een aanmerkelijk slechtere vermogenspositie brengen. Daarom bepaalt art. 170 Ow. dat de toepassing van art. 5:99 BW beperkt blijft tot erfpachtverhoudingen die na 1 januari 1992 tot stand zijn gekomen. Dat betekent vanzelfsprekend niet dat nooit een vergoeding verschuldigd is bij de beëindiging van erfpachtverhoudingen die voor die datum gevestigd zijn. Vaak is in de vestigingsakte een regeling getroffen die aanspraak geeft op vergoeding van de opstalwaarde bij het einde van de erfpacht of is met het oog daarop aan de erfpachter ook een (afhankelijk) opstalrecht verleend. In die gevallen is de eigenaar op grond van de akte een vergoeding verschuldigd. Toepassing van art. 5:99 BW is daarvoor dan niet nodig.

Art. 766 jo. 783 BW(oud) bood de erfverpachter de mogelijkheid om de erfpacht te doen eindigen na dertig jaar, indien de vestigingsvoorwaarden zelf geen bijzondere bepalingen bevatten omtrent het einde van de erfpacht. Die mogelijkheid is op grond van art. 166 Ow. behouden gebleven. Het overgangsrecht verplicht de erfverpachters wel om bij exploit op te zeggen. Dit vormvereiste, dat op grond van art. 766 BW(oud) reeds bestond, dient sinds 1 januari 1992 dus dwingend in acht te worden genomen. Voor het overige geldt dat erfverpachters van vóór 1 januari 1992 gevestigde rechten ook na die datum een beroep kunnen doen op de regel van art. 766 BW(oud), ook wanneer het door henzelf bedongen

modificaties – bijvoorbeeld een verkorting van de opzegtermijn – van die regeling betreft.<sup>705</sup>

### 6.3. *Opzegging door de erfpachter*

Het BW(oud) kende erfpachters niet de bevoegdheid toe om de erfpacht vroegtijdig te beëindigen. Uiteraard was het wel mogelijk om hun in de vestigingsvoorwaarden de bevoegdheid toe te kennen de erfpacht op te zeggen of om daarvan eenzijdig afstand te doen. Op grond van art. 167 Ow. mag de erfpachter van een onder het oude recht tot stand gekomen erfpachtrecht alleen opzeggen indien de vestigingsvoorwaarden hem eenzijdige afstand of opzegging toestaan. Art. 5:87 lid 1 BW heeft derhalve geen onmiddellijke werking. Indien opzegging mogelijk is, dient wel opgezegd te worden bij exploit. De opzegtermijn die in de vestigingsvoorwaarden wordt vermeld is van toepassing.

## 7. **Voorstel tot wetswijziging**

In dit hoofdstuk is op verscheidene plaatsen duidelijk geworden dat de regeling van art. 5:87 en 88 BW gebreken vertoont. Omdat een heldere opzeggingsregeling voor de erfpachtpraktijk van groot belang is, verdient het naar mijn mening aanbeveling om de wettekst aan te passen. In de gewijzigde regeling dient in de eerste plaats duidelijk te worden gemaakt welke verhouding bestaat tussen de opzegging wegens tekortschieten van de erfpachter en de opzegging om andere redenen. Dat kan het gemakkelijkst worden gerealiseerd door de twee regels van het huidige art. 5:87 lid 3 BW elk in een apart artikellid onder te brengen. Van belang is voorts dat de regels met betrekking tot het bekendmaken van de opzegging aan beperkt gerechtigden verbeteren. Onder de huidige regeling dient de opzegging binnen acht dagen ná de opzegging aan beperkt gerechtigden en beslagleggers te worden betekend. In dit hoofdstuk werd duidelijk dat op die manier de doelstelling om hun de gelegenheid te bieden het einde van de erfpacht af te wenden niet kan worden gerealiseerd. Nadat de opzegging eenmaal rechtsgeldig is geschied, bestaat voor de erfverpachter immers niet meer de mogelijkheid om die opzegging terug te draaien, in ieder geval niet zonder medewerking van de erfpachter. Het is dus van belang dat, wil de wetgever die gelegenheid wél bieden, de beslagleggers en beperkt gerechtigden al vóór de opzegging in kennis worden gesteld van het naderende einde van de erfpacht. Mijn voorstel is om de erfverpachter te verplichten om de naderende opzegging, met de redenen daarvoor, uiterlijk drie weken voorafgaand aan de opzegging aan beperkt gerechtigden en beslagleggers te betekenen. Met het oog op de omstandigheid dat ingeschreven beperkte rechten en beslagen niet onmiddellijk na hun totstandkoming zichtbaar zijn in de openbare registers en de basisregistratie kadaster, zou die verplichting zich moeten beperken tot degenen die hun beslag- of

---

<sup>705</sup> Vgl. De Jong & Ploeger 2008, nr. 42.

beperkte recht uiterlijk vier weken voorafgaand aan de betekening hebben doen inschrijven. Deze personen hebben vervolgens ten minste drie weken de tijd om het verzuim van de erfpachter te zuiveren. Deze termijn komt vrijwel overeen met de periode die onder vigeur van de geldende wet ten minste verstrijkt tussen de betekening van de opzegging en het einde van de erfpacht. Het is naar mijn mening niet gewenst om die periode te verlengen, omdat inherent is aan een systeem met een betekening vooraf, dat ná die betekening nog nieuwe beslagen kunnen worden gelegd of beperkte rechten kunnen worden gevestigd, zonder dat de gerechtigden daartoe van de opzegging in kennis zijn gesteld. Door voor te schrijven dat uiterlijk drie weken voorafgaand aan de opzegging betekend wordt, ontstaat een goede balans tussen enerzijds het belang dat alle beperkt gerechtigden en beslagleggers bijtijds op de hoogte zijn en anderzijds de bedoeling om beslagleggers en beperkt gerechtigden de mogelijkheid te geven om het einde van de erfpacht te voorkomen door zelf de door de erfpachter geschonden verplichtingen na te komen. Duidelijk is evenwel dat de duur van de termijn arbitrair is.

Met een wijziging van de wettekst in de besproken zin, zijn de voornaamste problemen van de regeling geëcarteerd. Dat neemt niet weg dat bij een wijziging van de wettekst de gelegenheid kan worden benut om ook de andere gesignaleerde slordigheden weg te nemen. In de eerste plaats kan helder worden geregeld op welk moment de waarde van de erfpacht moet worden bepaald die door de erfverpachter bij het einde van de erfpacht moet worden vergoed. Daarnaast kan duidelijk worden aangegeven aan welke beperkt gerechtigden de (voorgenomen) opzegging moet worden betekend en ten slotte dient uit de wettekst te blijken of de dwingendrechtelijke vergoedingsaanspraak alleen geldt in geval van een opzegging wegens tekortschieten of tevens in geval van een opzegging om andere redenen. Mijns inziens dient de wettekst in gewijzigde vorm er als volgt uit te zien:

**Art. 5:87 BW**

1. De erfpachter kan een erfpacht opzeggen, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald.
2. 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. Na het einde van de erfpacht is de eigenaar verplicht 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.
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 94 lid 1 op de in erfpacht uitgegeven zaak in de openbare registers staan ingeschreven. 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 dan het tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen, indien de bevoegdheid daartoe hem in de akte van vestiging wordt verleend.

**Art. 5:88 BW**

1. Iedere opzegging geschiedt bij exploit. Zij geschiedt ten minste een jaar voor het tijdstip waartegen wordt opgezegd, doch in het geval van artikel 87 lid 2 ten minste een maand voor dat tijdstip. In dat geval wordt aan de opzegging een afschrift gehecht van de betekening bedoeld in artikel 87 lid 4.
2. In het geval van artikel 87 lid 2 weigert de bewaarder de inschrijving van de opzegging als niet tevens wordt overlegd de betekening bedoeld in artikel 87 lid 4.

## 8. Conclusie

De ruimte om de erfpacht eenzijdig te doen eindigen is met de invoering van het BW verkleind. Waar tot 1992 nog de mogelijkheid bestaat een erfpacht te vestigen die één of beide partijen op elk gewenst moment kan beëindigen, heeft de wetgever van de thans geldende regeling de erfpachter willen beschermen tegen al te lichtvaardige beëindigingen door de grondeigenaar. De erfpachter zelf kan, bij gebreke van een andersluidende regeling, nog wel op ieder gewenst moment de rechtsverhouding beëindigen, maar de grondeigenaar heeft voor de opzegging van de erfpacht steeds een reden nodig.

In het bijzonder tegen de opzegging om redenen van tekortschieten van de erfpachter, biedt de wet dwingendrechtelijke bescherming: pas wanneer hij in een ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen of in verzuim is de canon over twee opeenvolgende jaren te betalen, heeft de grondeigenaar de bevoegdheid de erfpacht te beëindigen. Verdedigd is dat, om in een concreet geval te kunnen beoordelen of een tekortschieten voldoende ernstig is voor beëindiging van de erfpacht, een aantal vragen moet worden beantwoord. In de eerste plaats is vereist dat tekortgeschoten wordt in de nakoming van verplichtingen die onderdeel zijn van de erfpachtverhouding; de schending van louter obligatoire verplichtingen kan niet leiden tot eenzijdige beëindiging van de erfpacht. Vervolgens is het de vraag of de tekortkoming voldoende ernstig is voor een opzegging. Daarvoor moet in de eerste plaats de subsidiariteit van de maatregel in ogenschouw worden genomen: beëindiging van de erfpacht is niet mogelijk als aannemelijk is dat er een andere – minder ingrijpende – maatregel voorhanden is waarmee het tekortschieten ook wordt beëindigd. Dat brengt in het bijzonder met zich dat de erfverpachter in de regel pas tot opzegging bevoegd is wanneer hij eerder tevergeefs tot nakoming van de geschonden verplichtingen heeft aangemaand. In de tweede plaats moet de schending op zichzelf voldoende ernstig zijn om een opzegging te kunnen rechtvaardigen. Of dat het geval is, is afhankelijk van verschillende factoren: van belang zijn onder meer de duur van de schending (in het bijzonder ná de aanmaning), eventueel opzet van de erfpachter en het belang dat de geschonden verplichting binnen de gehele erfpachtrelatie inneemt. Met betrekking tot dat laatste is verdedigd dat een zekere ruimte bestaat het belang van een bepaalde verplichting in de vestigingsvoorwaarden tot uitdrukking te brengen om zo te bewerkstelligen dat de schending van die verplichting gemakkelijker tot opzegging kan leiden.

Staat vast dat de erfpachter in voldoende ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen en heeft de erfverpachter om die reden opgezegd met inachtneming van de in de wet genoemde formaliteiten, dan is het einde van de erfpacht onvermijdelijk. Ook de beslag- en beperkt gerechtigden aan wie de opzegging op de voet van art. 5:87 lid 2 BW moet worden betekend, hebben

onder het huidige regime niet de mogelijkheid het einde van de erfpacht af te wenden door alsnog de verplichtingen gestand te doen die de erfpachter geschonden heeft.

De beëindiging om andere redenen dan het tekortschieten van de erfpachter is eenvoudiger. Met de invoering van art. 5:87 lid 3 BW heeft de wetgever beoogd de ‘erfpacht tot wederopzegging’ van een wettelijke basis te voorzien. Deze bepaling maakt mogelijk dat in de vestigingsvoorwaarden bepalingen worden opgenomen die de erfverpachter toestaan de rechtsverhouding te beëindigen om redenen die niet het tekortschieten van de erfpachter betreffen. De werkelijke ruimte die deze bepaling biedt voor zulke clausules is mijns inziens echter beperkter dan de wettekst doet vermoeden: niet alleen is verdedigd dat de opzegging om redenen van algemeen belang in geval van overheidserfverpachters een onaanvaardbare doorkruising van art. 14 Grondwet inhoudt, ook de dwingendrechtelijke bescherming die art. 5:87 lid 2 BW biedt tegen beëindigen wegens tekortschieten van de erfpachter heeft zijn weerslag op de werking van art. 5:87 lid 3 BW. Aan een regeling waarin de ruimte om op te zeggen wegens tekortschieten dwingend wordt beperkt, is inherent dat eisen worden gesteld aan de motivering die wordt gegeven bij een opzegging om andere redenen. Volgende duidelijk moet immers zijn dat er zulke andere redenen aanwezig zijn. Van de mogelijkheid om een ‘erfpacht tot wederopzegging’ te vestigen, zoals de wetgever dat eigenlijk had gewild, is in een dergelijke systematiek de facto geen sprake.





## VII Conclusie en samenvatting

In het (recente) verleden hebben diverse gemeenten gekozen voor een systeem van gronduitgifte waarin erfpacht geen prominente rol meer speelt. Dat neemt echter niet weg dat de rechtsfiguur nog steeds van belangrijke betekenis is bij het reguleren van het gebruik van grond en bij het financieren van dat gebruik. In de eerste plaats geven de gemeenten Amsterdam en Utrecht hun gronden tot op de dag van vandaag als regel uit in erfpacht, terwijl in andere gevallen de rechtsfiguur nog geregeld van nut blijkt in bijzondere gevallen. In Rotterdam bijvoorbeeld, waar in 2002 de politieke keuze werd gemaakt om grond voor woningen en kantoren niet langer in erfpacht uit te geven, wordt de rechtsfiguur sinds 2010 weer gebruikt om de bouw te stimuleren.

Ook diverse andere partijen maken op uiteenlopende wijzen van erfpacht gebruik. Zo geven natuurbeschermingsorganisaties grond in erfpacht uit onder voorwaarden die erop zijn gericht te regelen dat de erfpachter het natuurgebied in de nabijheid van de erfpachtgrond met zorg behandelt. Ook kan de Rijksoverheid worden genoemd, die de rechtsfiguur gebruikt bij de bevordering van de concurrentie op de benzinemarkt. Andere voorbeelden zijn woningcorporaties die erfpacht gebruiken om hun doelgroep in de gelegenheid te stellen voor een relatief lage prijs een woning te verwerven; het gebruik in de agrarische sfeer, waar erfpacht een vehikel is voor een fiscaal aantrekkelijke financieringsvorm enzovoorts. Kortom, erfpacht wordt voor diverse doelen gebruikt. In dit proefschrift wordt onderzocht in hoeverre deze rechtsfiguur daadwerkelijk het flexibele en multifunctionele karakter heeft dat haar wordt toegedicht.

De meeste erfverpachters streven ernaar in ieder geval het gebruik van de grond door de erfpachter te beïnvloeden. Dat gebeurt door bepalingen op te nemen in de vestigingsvoorwaarden die de erfpachter expliciet beperken in zijn bevoegdheid de zaak te gebruiken, die hem verplichten bepaalde handelingen te verrichten op de erfpachtgrond of die hem beperken in zijn mogelijkheden over het genotsrecht te beschikken. De flexibiliteit en de functionaliteit van het recht van erfpacht worden in de eerste plaats beperkt doordat deze bepalingen niet zonder meer de beoogde (goederenrechtelijke of ten minste obligatoire) werking toekomt.

Met name overheidslichamen hebben beperkte ruimte voor het rechtsgeldig opnemen van dergelijke bepalingen: voor hen wordt het gebruik van privaatrechtelijke regelingen soms expliciet in de wet verboden. Daarenboven geldt de regel dat publiekrechtelijke regelgeving niet op onaanvaardbare wijze mag wor-

den doorkruist. Of dat het geval is, hangt er in het bijzonder van af of de strekking van de publiekrechtelijke regeling aan het gebruik van het privaatrecht in de weg staat. Een toets aan die strekking leidt geregeld tot de juridische nietigheid van in de praktijk gewenste, genotsregulerende erfpachtvoorwaarden. Weliswaar is er geen wettelijke regeling die in de weg staat aan bepalingen die de (gebruiks)bestemming van de grond verder inperken dan in het bestemmingsplan gebeurt of mogelijk zou zijn, echter de wet verbiedt de gemeentelijke overheid wel uitdrukkelijk om langs privaatrechtelijke weg bouwvoorschriften te stellen die betrekking hebben op de veiligheid, de bruikbaarheid, de energiezuinigheid en het milieu. Evenmin is het haar bijvoorbeeld toegestaan privaatrechtelijke maatregelen te treffen die ertoe strekken leegstand van woningen tegen te gaan of om de overdracht en splitsing van erfpachtrechten te reguleren met bepalingen die het oog hebben op de samenstelling van de woonruimtevoorraad, op stadsvernieuwing of op de indeling en staat van onderhoud van het pand.

Zowel voor de overheids- als voor de particuliere erfpacht is (daarenboven) van belang of een in de vestigingsvoorwaarden vermeld beding goederenrechtelijke werking heeft. Gelet op het in ons recht verankerd liggende gesloten systeem van beperkte rechten – waarin niet zomaar iedere gewenste rechtsverhouding met goederenrechtelijke werking tot stand kan komen – is dat niet zonder meer het geval. Niettemin wordt in dit onderzoek verdedigd dat rechtsopvolgers van de erfpachter en de grondeigenaar spoedig gebonden zijn aan de voorwaarden die in de vestigingsakte zijn opgenomen. Het recht van erfpacht heeft zich namelijk historisch ontwikkeld als een gebruiksrecht op grond waarvan de inhoud goeddeels ter vrije beschikking staat van de partijen die het recht vestigen. Ook bij de invoering van de huidige wet heeft men een flexibele regeling beoogd en in de wettekst tot uitdrukking gebracht. Weliswaar geeft de huidige wettekst een duidelijkere definitie van het recht van erfpacht, echter dat neemt niet weg dat de contouren van de rechtsfiguur bijzonder ruim zijn geschetst: de definitie van art. 5:85 BW is erg algemeen geformuleerd en met name ten aanzien van de omvang van het genot, de tijdsduur, de overdracht van de erfpacht en de canon laat de wet erfpachtvoorwaarden toe die zijn toegesneden op de omstandigheden van het geval.

Tegen deze achtergrond is verdedigd dat de aard van het erfpachtrecht als zodanig nauwelijks tot de conclusie noodzaakt dat grenzen moeten worden gesteld aan de vrijheid om een eigen inhoud te geven aan de erfpachtverhouding. Voor alle regelingen die betrekking hebben op een door de wet uitdrukkelijk toegelaten erfpachtbepaling geldt dat zij passen binnen de contouren van het erfpachtrecht die in titel 5.7 BW worden vastgelegd. Daarbij moet ervoor worden gewaakt dat geen afbreuk wordt gedaan aan de dwingendrechtelijke bescherming die de wet op bepaalde terreinen wel degelijk biedt, maar voor het

overige zijn de mogelijkheden ruim. Dat is met name het gevolg van de in art. 5:89 BW geboden vrijheid het toegelaten gebruik van de erfpachtgrond in de vestigingsvoorwaarden vast te stellen. Die bepaling scheidt ruimte voor sterk van elkaar verschillende erfpachtverhoudingen, met voorwaarden die steeds zijn toegesneden op de omstandigheden van het individuele geval.

Wel vloeien er een aantal beperkingen voort uit het systeem van het goederenrecht. Uit dat systeem vloeit op zichzelf niet voort dat een beperkt gerechtigde slechts bevoegdheden of verplichtingen kan hebben die ook in het moederrecht besloten liggen; wel staat die systematiek eraan in de weg dat verplichtingen als onderdeel van de erfpachtverhouding worden aangemerkt wanneer zij feitelijk betrekking hebben op een ander stuk grond dan het in erfpacht gegeven erf. Verder liggen in de ratio van het gesloten systeem van beperkte rechten beperkingen besloten van de vrijheid een eigen invulling te geven aan de erfpachtverhouding. Doel van deze geslotenheid is in het bijzonder te voorkomen dat goederenrechtelijke verhoudingen ontstaan die in ethisch of economisch opzicht te zwaar drukken op (een van) de belanghebbende partijen. Dat beperkt in het bijzonder de ruimte voor het opnemen van goederenrechtelijke verplichtingen tot een actief handelen, indien die niet nauw samenhangen met de functie die het erfpachtrecht in het concrete geval vervult.

Behalve het gebruik van grond, pleegt men met erfpacht ook de financiering van dat gebruik te regelen. Voor de erfpachtvoorwaarden die op die financiering betrekking hebben, gelden in abstracto dezelfde vereisten als die welke hierboven werden gesteld met betrekking tot de genotsbeperkende bepalingen.

De kernbepaling is in dit verband de regeling die de erfpachter verplicht tot betaling van een periodieke canon. Deze fungeert vaak feitelijk als equivalent van de rente die moet worden betaald door degene die zijn onroerende zaak met een (hypothecaire) geldlening financiert. Dat blijkt het duidelijkst bij de met name in de landbouw geregeld toegepaste constructie waarin men zijn grond met behoud van een erfpachtrecht vervreemdt aan een belegger, die vervolgens een canon in rekening brengt die wordt gesteld op een percentage van de door hem betaalde koopsom. Na verloop van een bepaalde periode koopt de agrariër de grond weer terug voor een prijs die gerelateerd is van het bedrag dat hij heeft ontvangen bij de vervreemding aan de belegger. In wezen gebeurt er niets anders dan wanneer de belegger een geldlening had verstrekt: de grondgebruiker leent bij aanvang een bedrag, aan het einde moet hij een bedrag terugbetalen dat afhankelijk is van het bedrag dat hij geleend heeft (bij een geldlening meestal hetzelfde bedrag; in geval van erfpachtfinanciering vaak het bedrag vermenigvuldigd met een inflatiecorrectie) en in de tussentijd is hij rente verschuldigd.

De goederenrechtelijke werking van dergelijke canonbepalingen is weinig omstreden. Van andere methoden om de financiering van grondgebruik met erf-

pacht te reguleren, wordt de goederenrechtelijke werking wel betwist. Dat geldt in het bijzonder voor de regelingen waarbij in een beding ex art. 5:91 BW wordt geregeld dat de grondeigenaar slechts toestemming voor overdracht verleent onder de opschortende voorwaarde dat de erfpacht eerst wordt aangeboden aan de grondeigenaar, die in de gelegenheid moet worden gesteld de erfpacht te kopen voor een op basis van een tevoren vastgestelde formule te bepalen prijs. In dit onderzoek wordt verdedigd dat deze bedingen zonder meer goederenrechtelijke werking hebben en dat enkel het beroep op de voorwaarde moet worden getoetst aan de in art. 5:91 lid 4 genoemde redelijkheid. Het enkele feit dat het een financiële voorwaarde betreft doet aan die redelijkheid niet af.

Van belang is wel dat overheidslichamen beperkt zijn in hun bevoegdheid de hoogte van de canon naar believen vast te stellen. Art. 132 lid 6 Grondwet staat er namelijk aan in de weg dat in het kader van gronduitgifte financiële vergoedingen in rekening worden gebracht voor het in stand houden van in de buurt gelegen gemeentelijke voorzieningen. Weliswaar mag een vergoeding worden bedongen voor de exclusief aan de erfpachter geleverde diensten, maar ook niet meer dan dat: de hoogte van de canon zal in een redelijke verhouding moeten staan tot de waarde van het exclusief aan de erfpachter verstrekte genot. Een belangrijke beperking voor de ruimte die overheidslichamen hebben om hun beleid door middel van erfpacht vorm te geven is in dit verband ook gelegen in de op hun gedrag toepasselijke algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Als gevolg daarvan geldt voor hen in de eerste plaats de (impliciete) verplichting een eventueel erfpachtstelsel consistent vorm te geven en/of uit te voeren. Verder maken verschillende uitspraken duidelijk dat overheidserfverpachters gehouden zijn hun erfpachters tijdig en goed te informeren over (de financiële consequenties van) hun beleid.

Werkelijk succesvolle regulering van grondgebruik met erfpacht valt of staat met de ruimte om de inhoud van de erfpachtvoorwaarden aan te passen of te beëindigen als de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven of als één van beide partijen zijn verplichtingen niet nakomt.

De ruimte voor een dergelijke flexibele erfpachtrelatie wordt door verschillende factoren beperkt. In het bijzonder kunnen regelingen die één van beide partijen de bevoegdheid geven om eenzijdig de erfpachtvoorwaarden te wijzigen, gemakkelijk te belastend zijn voor de andere partij om als onderdeel van de goederenrechtelijke verhouding aangemerkt te worden. Verder is gebleken dat de belastendheid van de wijzigingsregeling niet alleen ten aanzien van de erfpachter en de grondeigenaar moet worden beoordeeld. Omdat dergelijke regelingen rechtstreeks doorwerken in de rechtspositie van degenen met een beperkt recht op de erfpacht of op de in erfpacht uitgegeven grond, in het bijzonder hypotheekhouders, moet ook op hun belangen acht worden geslagen.

Naarmate het wijzigingsbeding voor dergelijke derden een ingrijpender karakter heeft en de feitelijke verhandelbaarheid van de erfpacht van hen afhankelijk is, is de goederenrechtelijke werking van het beding minder vanzelfsprekend. Het ligt evenwel in de rede slechts met grote terughoudendheid aan te nemen dat een wijzigingsbeding goederenrechtelijke werking mist. Dat wijzigingen van de erfpachtverhouding gemakkelijk doorwerken in de rechtspositie van degenen met een beperkt recht op de erfpacht, wordt namelijk gerechtvaardigd door de wens de overzichtelijkheid te bevorderen van de rechtstoestand van onroerend goed. Consequentie van het ontzeggen van het goederenrechtelijke karakter aan een wijzigingsbeding is in veel gevallen echter niet dat de erfpachter daaraan ook obligatoir niet gebonden is. De wijziging waarin het beding voorziet zal daarmee in veel gevallen ook bij gebreke van goederenrechtelijke werking wel tot stand komen; de consequentie is alleen dat zij niet rechtstreeks doorwerkt in de positie van de beperkt gerechtigden. Daarmee is de overzichtelijkheid die wordt nagestreefd geenszins gediend.

Dat de flexibiliteit van erfpachtverhoudingen verschilt van die van contractuele relaties, hangt verder samen met de overdraagbaarheid van de erfpacht. Daardoor is niet verzekerd dat gedurende de looptijd van de rechtsverhouding steeds alleen degenen die bij de vestiging van het recht betrokken waren aan het beding gebonden zijn. Dat beïnvloedt de mogelijkheid om grondgebruik met erfpacht te reguleren. Consequentie is bijvoorbeeld dat er beperktere ruimte bestaat voor de regulering van de uitoefening van hun bevoegdheden door de redelijkheid en billijkheid. Dat onderstreept de noodzaak van duidelijke bedingen in de erfpachtvoorwaarden, die onder concreet aangegeven omstandigheden de ruimte geven de rechtsverhouding te wijzigen. Die noodzaak wordt verder benadrukt door de grote waarde die in de rechtspraak wordt toegekend aan het belang van juistheid van de informatie in de openbare registers. Gevolg daarvan is dat de inhoud van rechtsverhouding in relatief sterke mate vaststaat met de inschrijving van de vestigingsakte: in geval van conflicten is er nauwelijks meer plaats voor gedachten en doelen die men ten tijde van de vestiging wel gezamenlijk voor ogen had, maar die niet in de akte zijn verwoord.

De ruimte om de erfpacht eenzijdig te beëindigen is met de invoering van het BW verkleind. Waar tot 1992 nog de mogelijkheid bestond een erfpacht te vestigen die één of beide partijen op elk gewenst moment kon beëindigen, heeft de wetgever de erfpachter inmiddels willen beschermen tegen al te lichtvaardige beëindigingen door de grondeigenaar. De erfpachter zelf kan, bij gebreke van een andersluidende regeling, nog wel op ieder gewenst moment de rechtsverhouding beëindigen, maar de grondeigenaar heeft voor de opzegging van de erfpacht steeds een reden nodig.

In het bijzonder tegen de opzegging om redenen van tekortschieten van de erfpachter, biedt de wet dwingendrechtelijke bescherming: pas wanneer de erfpachter in een ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen of in verzuim is de canon over twee opeenvolgende jaren te betalen, heeft de grondeigenaar de bevoegdheid de erfpacht te beëindigen. Om in een concreet geval te kunnen beoordelen of een tekortschieten voldoende ernstig is voor beëindiging van de erfpacht, moet een aantal vragen worden beantwoord. In de eerste plaats is vereist dat tekortgeschoten wordt in de nakoming van verplichtingen die onderdeel zijn van de erfpachtverhouding; de schending van louter obligatoire verplichtingen kan niet leiden tot eenzijdige beëindiging van de erfpacht. Vervolgens is het de vraag of de tekortkoming voldoende ernstig is voor een opzegging. Daarvoor moet in de eerste plaats de subsidiariteit van de maatregel in ogenschouw worden genomen: beëindiging van de erfpacht is niet mogelijk als aannemelijk is dat er een andere – minder ingrijpende – maatregel voorhanden is waarmee het tekortschieten eveneens kan worden beëindigd. Dat brengt in het bijzonder met zich dat de erfverpachter in de regel pas tot opzegging bevoegd is wanneer hij eerder tevergeefs tot nakoming van de geschonden verplichtingen heeft aangemaand. In de tweede plaats moet de schending op zichzelf voldoende ernstig zijn om een opzegging te kunnen rechtvaardigen. Of dat het geval is, is afhankelijk van verschillende factoren: van belang zijn onder meer de duur van de schending (in het bijzonder ná de aanmaning), eventueel opzet van de erfpachter en het belang dat de geschonden verplichting binnen de gehele erfpachtrelatie inneemt. Met betrekking tot dat laatste is in dit onderzoek verdedigd dat een zekere ruimte bestaat het belang van een bepaalde verplichting in de vestigingsvoorwaarden tot uitdrukking te brengen om zo te bewerkstelligen dat de schending van die verplichting gemakkelijker tot opzegging kan leiden.

Staat vast dat de erfpachter in voldoende ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen en heeft de erfverpachter om die reden opgezegd met inachtneming van de in de wet genoemde formaliteiten, dan is het einde van de erfpacht onvermijdelijk. Ook de beslag- en beperkt gerechtigden aan wie de opzegging op de voet van art. 5:87 lid 2 BW moet worden betekend, hebben onder het huidige regime niet de mogelijkheid het einde van de erfpacht af te wenden door alsnog de verplichtingen gestand te doen die de erfpachter geschonden heeft.

De beëindiging om andere redenen dan het tekortschieten van de erfpachter – bijvoorbeeld met het oog op herontwikkeling van het gebied – is eenvoudiger. Met de invoering van art. 5:87 lid 3 BW heeft de wetgever beoogd de ‘erfpacht tot wederopzegging’ van een wettelijke basis te voorzien. Deze bepaling maakt mogelijk dat in de vestigingsvoorwaarden bepalingen worden opgenomen die de

erfverpachter toestaan de rechtsverhouding te beëindigen om redenen die niet het tekortschieten van de erfpachter betreffen. De werkelijke ruimte die deze bepaling biedt voor zulke clausules is mijns inziens echter kleiner dan de wettekst doet vermoeden. In de eerste plaats kunnen overheidslichamen niet op basis van deze bepaling voorzien in een bevoegdheid tot rechtsgeldige opzegging om redenen van algemeen belang. Zo'n opzegging houdt namelijk een doorkruising in van art. 14 Grondwet. Ook meer in het algemeen zijn er grenzen aan de mogelijkheden die art. 5:87 lid 3 BW biedt, die verband houden met de dwingendrechtelijke bescherming die art. 5:87 lid 2 BW biedt tegen beëindiging op grond van tekortschieten. Aan een regeling waarin de ruimte om op te zeggen wegens tekortschieten dwingend wordt beperkt, is inherent dat eisen worden gesteld aan de motivering die wordt gegeven bij een opzegging om andere redenen. Voldoende duidelijk moet immers zijn dat de erfverpachter daadwerkelijk redenen heeft om op te zeggen, anders dan dat de erfpachter zijn verplichtingen niet nakomt. Van de mogelijkheid om een 'erfpacht tot wederopzegging' te vestigen, zoals de wetgever dat eigenlijk had gewild, is in een dergelijke systematiek de facto geen sprake.

Dat men voor een aanpassing of beëindiging van erfpachtverhouding geheel afhankelijk is van de mogelijkheden die de wet en de erfpachtvoorwaarden bieden, kan het eenvoudigst worden voorkomen door te kiezen voor een tijdelijk recht van erfpacht. Het bestaan van die mogelijkheid is in het bijzonder van belang voor de overheidslichamen die niet gerechtigd zijn de erfpacht te beëindigen om redenen van algemeen belang. Bij de tijdelijke erfpacht is het de vraag of de erfpachter en de grondeigenaar na afloop van de looptijd van de rechtsverhouding geheel vrij zijn om deze te beëindigen. Naar mijn mening is dat op zichzelf het geval: van een plicht tot heruitgifte kan geen sprake zijn. Dat neemt echter niet weg dat wanneer partijen de onderhandelingen over een heruitgifte begonnen zijn, de tussen hen bestaande afhankelijkheidsrelatie een bijzondere zorgplicht met zich brengt. In beginsel is de grondeigenaar op grond van die zorgplicht bijvoorbeeld gehouden een canon in rekening te brengen die in overeenstemming is met de werkelijke waarde van het gebruiksrecht dat hij aan de erfpachter verstrekt. Bovendien rust op hem de verplichting inzichtelijk te maken hoe hij tot die prijs is gekomen. Kan de erfpachter aannemelijk maken dat één of meerdere van de parameters aan de hand waarvan de gevraagde canon is vastgesteld in het licht van deze zorgplicht niet door de beugel kan, dan kan hij wijziging van de canon in rechte afdwingen.





## Summary

In the land allocation systems of various municipalities in the Netherlands, the right of leasehold does not play a significant role anymore. Yet, this limited real right is still of great importance to the regulation of land use and to the financing thereof. For instance, the municipalities of Amsterdam and Utrecht continue to allocate land under leasehold. In other municipalities, rights of leasehold proved to be useful in regulating exceptional situations. In Rotterdam, for example, the municipality abandoned its policy to allocate under leasehold land for housing and offices in 2002. In 2010, however, it started to reemploy this instrument in order to stimulate the construction industry.

A diverse group of other parties also make use of the right of leasehold in various ways. Environmental organisations, for instance, allocate land under leasehold. They subject the allocation to conditions that oblige the leaseholder to treat with care the land surrounding the allocated land. At the imperial level the state uses rights of leasehold in order to foster competition on the petrol market. Furthermore, housing companies make use of the right of leasehold in order to enable their target group to acquire a home at a relatively low price. In the agricultural sector leasehold remains a vehicle that entails fiscal advantages in respect of the financing of the acquisition. Rights of leasehold are thus employed for various goals. In this dissertation it is examined to what extent this legal instrument actually has the flexible and multifunctional character that is ascribed to it.

Most of the owners wish to influence at least the use of the land by the leaseholder. For this purpose the owner includes certain provisions in the deed of establishment. For instance, the owner may explicitly limit the leaseholder's power to use the land, or may oblige the leaseholder to perform certain tasks on the land, or may restrict the leaseholder's power to dispose of the limited real right. The right's flexibility and functionality are limited because those provisions do not necessarily have the intended effect (an effect *in rem* or at least a contractual obligation).

Specifically, state bodies can only validly add such provisions within narrow boundaries; the law sometimes explicitly prohibits state bodies from utilising private law instruments. Moreover, such a provision must not conflict with public law in an unacceptable way. Whether or not this is the case particularly depends upon whether the use of private law thwarts the intended effects of a rule under public law. The application of this standard to included provisions on

the use of the land regularly results in those provisions being void. It is true that there is no legal provision that precludes restrictions to the permissible use of the land that go beyond the restrictions laid down in the development plan. However, the law explicitly prohibits the municipalities from imposing, through the use of private law, building regulations concerning safety, the project's utility, energy-saving and the environment. Nor are the municipalities allowed to instrumentalise private law in order to combat a high vacancy rate or to regulate the transfer and the division of rights of leasehold by means of provisions meant to influence the composition of the available housing, to foster urban redevelopment or to influence the zoning and the maintenance of a building.

Moreover, irrespectively of whether a state body or a private person is the owner, it is of great importance whether terms included in the deed of establishment have an effect *in rem*. Dutch property law is based upon the *numerus clausus* of limited rights, which entails that not every legal relationship created by individuals can be accorded an effect *in rem*. Yet, it is advocated in this dissertation that there are no high hurdles to overcome in order for the successors of the leaseholder and the owner of the land to be bound by terms included in the deed of establishment. The leasehold evolved over time into a use right, the content of which can be freely determined to a great extent by the owner and the leaseholder. When introducing the new Dutch civil code, the legislator intended the rules to be flexible, which manifests itself in the text of the civil code. It is true that the provisions on leasehold provide a more clear-cut definition of that limited real right. Yet, the definition laid down in Art. 5:85 of the Dutch civil code (BW) is formulated in very general terms. In particular with respect to the extent of the use, the duration of the right, the transfer of the right of leasehold and the ground rent, the law leaves a lot of scope for the leasehold terms to be adjusted to specific circumstances.

Against this background, it is advocated that the nature of the leasehold hardly leads to the conclusion that the freedom of the parties to shape their legal relationship is subject to restrictions. All clauses based upon a term that the law explicitly declares permissible, lie within the scope granted by title 5.7 BW. Even though some mandatory protective provisions, which cover certain matters, limit that scope, the extent of the freedom of the parties remains great. The reason for this freedom is in particular art. 5:89 BW, which gives the parties the freedom to determine the permissible use of the land in the deed of establishment. This provision provides for the opportunity to create very diverse legal relationships between the owner and the leaseholder through leasehold terms that are adapted to the specific circumstances in which they operate.

The system of Dutch property law, however, entails a few limitations. Even though this system does not prohibit the conferral of powers or the imposition of obligations that do not form part of the right of ownership, it does not allow for

obligations to form part of the right of leasehold if these obligations do not concern the same piece of land as the right of ownership that is encumbered with the right of leasehold. Further restrictions to the parties' freedom to shape their own limited real right arise from the *numerus clausus*. The goal of this principle is especially to prevent rights with effect *in rem* that impose too large a burden upon one of the parties from an economic or ethical perspective. Particularly, the parties' freedom to impose obligations to act with effect *in rem* is restricted if the obligations are not closely related to the function of the right of leasehold in the specific case.

Not only do the leasehold terms regulate the use of the land, but also the financing thereof. In principle, the terms that govern financial aspects of the use are subject to the same requirements as provisions restricting the use of the land.

The central provision in this respect is the provision that obliges the leaseholder to pay a periodical ground rent. The ground rent often serves as an equivalent of the interest to be paid by the party that finances the acquisition of immovable property through a (hypotheec) loan. In the agricultural sector this construction is frequently applied. One party alienates its piece of land under reservation of a right of leasehold to an investor. The investor charges a ground rent that equals a certain percentage of the price paid. After a certain period of time the farmer repurchases the land at a price related to the amount that he received for the initial transfer of the land to the investor. In essence, the steps taken equal the steps that would have been taken if the investor had provided a loan: in the beginning, the user of the land borrows a certain amount of money; at the end of a certain period of time, the user has to pay back an amount that depends upon the amount of the loan (in case of a loan mostly the same amount; in case of leasehold financing that amount is often increased by compensation for inflation), and has to pay interest in the meantime.

Such provisions on the ground rent have an effect *in rem*. With respect to other financing models that involve rights of leasehold, however, the effect *in rem* is disputed. The doubts of scholars particularly concern provisions in terms of Art. 5:91 BW that stipulate that the owner allows transfers of the right of leasehold only under the condition precedent that the right of leasehold is offered first to the owner, who must then be given the opportunity to buy the right of leasehold at a fixed price. In this dissertation it is advocated that those terms have an effect *in rem*. If the provision is invoked, only the standard of reasonableness laid down in Art. 5:91(4) BW will have to be applied to it. The provision is not unreasonable because of the mere fact that it concerns a financial condition.

It is important, however, that there are restrictions to the power of state bodies to determine freely the amount of the ground rent. Art. 132(6) of the Dutch Basic Law does not allow for fees for the maintenance of municipal facilities in

the vicinity of the piece of land. It is true that fees may be charged for the services exclusively performed for the leaseholder. Fees for other services, however, may not be charged. There must be a reasonable ratio between the amount of the ground rent and the value of the services exclusively performed for the leaseholder. Important restrictions to the freedom of state bodies to implement their policies by means of leasehold arise from the general principles of good administration to which their actions are subject. These principles entail that state bodies have the (implicit) obligation to shape and/or implement their use of rights of leasehold in accordance with those principles. Furthermore, various judgments make clear that owners of land that are state bodies are obliged to inform the leaseholders sufficiently and in good time about (the financial consequences of) their policies.

The success of the regulation of land use by means of leasehold depends upon the parties' freedom to adjust or terminate the right of leasehold if the circumstances of the specific case prompt the parties to do that or if one of the parties does not meet his obligations.

Different factors limit the scope for such a flexible legal relationship. In particular, if the power to alter the leasehold terms unilaterally is conferred upon one of the parties, such a term may quickly be regarded as too burdensome for the other party, which would mean that the terms would not be accorded an effect *in rem*. Furthermore, the impact of such terms must not only be examined with respect to the leaseholder and the owner. As such rules would directly concern the legal position of those that hold a limited right on the right of leasehold or on the right of ownership encumbered with the right of leasehold, holders of a hypothec in particular, their interests must also be taken into account. The more detrimental the term will be to the position of third parties and the more the negotiability of the leasehold *de facto* depends upon them, the less can the effect *in rem* be taken for granted. Yet, one must be rather reluctant in concluding that such a term does not have an effect *in rem*. It is justified for such terms to influence directly the legal position of holders of a limited right on the right of leasehold because of the interest to promote clarity as to the legal situation of immovable property. Not to accord an effect *in rem* to the terms, however, does not imply that the leaseholder is not bound to it on a contractual basis. Alterations based upon such a term will often have to be implemented, even though the term lacks an effect *in rem*. The legal position of holders of a limited right, however, is not directly affected. Therefore, this situation does not provide for the clarity that is sought.

The transferability of the right of leasehold is another reason why the degree of flexibility of the right of leasehold differs from the degree of flexibility of con-

tractual relationships. The transferability entails that, during the term of the leasehold, more individuals than those who created the right of leasehold may be bound to the leasehold terms. This affects the scope for the regulation of land use by means of leasehold. Reasonableness and fairness, for instance, may restrict the parties' freedom to regulate the exercise of their powers. This consideration highlights that it is necessary for leasehold terms allowing for alterations to be clear and unambiguous. Given the high value that the courts attach to the accuracy of information contained in the public registers, this necessity is even more pressing. Consequently, the content of the relationship between the owner and the leaseholder is to a great extent fixed once the deed of establishment is entered into the public registers: if the parties are divided over the interpretation of the leasehold terms, thoughts and aims that the parties had at the moment of the establishment of the right of leasehold, can no longer be considered if they cannot be traced in the registered deed of establishment.

The scope for a unilateral termination of the right of leasehold has been narrowed by the new civil code. Until 1992, it was possible to include a term that conferred upon (one of) the parties the power to terminate the right of leasehold at any moment. The legislator, however, wished to protect the leaseholder from the owner terminating the leasehold imprudently. Now, the leaseholder can terminate the leasehold at any moment unless the leasehold terms stipulate otherwise. The owner, however, still has to give reasons for the termination of the leasehold.

In particular, mandatory provisions provide for protection from the termination on the ground that the leaseholder has failed to fulfil his obligations: only if the leaseholder seriously fails in the performance of his obligations or if he is in default in paying the ground rent for two consecutive years, will the owner be entitled to terminate the leasehold. In order for the failure to perform to be sufficiently serious to justify the termination, several requirements must be met. First, the obligations that are not duly fulfilled must form part of the leasehold; the non-performance of mere contractual obligations does not entitle the owner to terminate the leasehold. Secondly, it must be assessed whether or not the failure is sufficiently serious to justify the termination. When applying this criterion, one must keep in mind that the termination is subsidiary to other measures; if a less severe measure were likely to lead to the end of the failure to perform, the owner would not be able to terminate the leasehold. In particular, this entails that the owner will only be entitled to terminate the leasehold once he has demanded, to no avail, that the leaseholder perform his obligations. Also, the failure must be sufficiently serious in itself to justify the termination. Whether or not it is sufficiently serious depends upon several factors: the duration of the failure to perform (in particular, after notice of default is given); the

intent of the leaseholder; the importance of the obligation in the legal relationship between the owner and the leaseholder. Regarding the last requirement it is advocated in this dissertation that the parties may lower the obstacles to the termination to a certain extent by explicitly indicating the provision's importance in the deed of establishment.

If the leaseholder has failed seriously to perform his obligations and if the owner gives notice of termination for that reason in accordance with the statutory formalities, the end of the leasehold will be inevitable. Also, under the current regime, the attachors and holders of a limited right, who have to be notified of the termination according to Art. 5:87(2) BW, cannot avert the end of the leasehold by performing the obligations on behalf of the leaseholder who failed to perform.

The termination of the leasehold for other reasons than the leaseholder's failure to perform, such as measures aimed at the redevelopment of a certain area, is easier to bring about. By introducing Art. 5:87(3), the legislator meant to give a statutory basis to the leasehold that can be determined by sole notice (*erfpacht tot wederopzegging*). That provision enables the parties to include provisions in the deed of establishment that confer upon the owner the power to terminate the leasehold for reasons not related to the leaseholder's failure to perform. In my opinion, however, the scope for such provisions is not as great as Art. 5:87(3) BW makes it seem. First, state bodies cannot use such a provision to terminate the leasehold in the public interest. Such a termination would be contrary to Art. 14 of the Dutch Basic Law. Secondly, the scope granted by Art. 5:87(3) BW is subject to more general limitations. These limitations arise from Art. 5:87(2) BW that provides for mandatory protection from termination on the ground of the failure to perform. Requirements as to the justification of the termination (for other reasons than the leaseholder's defective performance) are inherent to a regime that restricts the owner's freedom to terminate the leasehold on the ground of the leaseholder's failure to perform his obligation. It must be established with sufficient certainty that the reason for which the owner has terminated the leasehold, is not related to the leaseholder's failure to perform. In such a system, the creation of a "*erfpacht tot wederopzegging*", which the legislator envisaged, is *de facto* impossible.

If the parties wish not to have to depend upon the options foreseen by the law or the leasehold terms for the adjustment or the termination of their legal relationship, they should establish a right of leasehold of definite duration. This alternative is particularly relevant to the policies of state bodies, which cannot terminate the leasehold on grounds of public interest. If the parties provide for the term of the leasehold, the question is whether the leaseholder and the owner

are free to terminate their legal relationship once the term has expired. In my opinion, this question, in principle, has to be answered in the affirmative. There is no obligation to allocate the land to the same person again. Yet, once the parties have started to negotiate about the allocation of the land, their relationship of mutual dependence gives rise to a special duty of care. For instance, the owner, in principle, has to charge a ground rent that matches the real value of the use right granted to the leaseholder. Furthermore, he is obliged to explain how the ground rent was calculated. If it is established that one or more criteria, according to which the ground rent was calculated, constitute a violation of the duty of care, the leaseholder can successfully bring an action for the adjustment of the amount.





## Literatuurlijst

### **Abas 1972**

P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw* (diss. UvA Amsterdam), Deventer: Kluwer 1972.

### **Abas 1989**

P. Abas, *Rebus sic stantibus*, Deventer: Kluwer 1989.

### **Van Acht 1990**

R.J.J. van Acht, *Burenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990.

### **Ackermans-Wijn 1989**

J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1989.

### **Akkermans 2008**

B. Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law* (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 2008.

### **Algemene voorwaarden 2010 (naam auteur)**

B. Wessels, R.H.C. Jongeneel en M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010.

### **Ankum 1964**

J.A. Ankum, *De voorouders van een boze fee* (oratie Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1964.

### **Van Asperen 1972**

G.H. van Asperen, 'Verkoop of erfpacht?', *Woningraad* 1972, p. 186-188.

### **Asser/Beekhuis (1983) 3-II**

J.H. Beekhuis, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Zakenrecht. Deel II. Eigendom en beperkte zakelijke genotsrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.

### **Asser/Beekhuis, Mijnsen & De Haan (1985) 3-I**

J.H. Beekhuis, P. de Haan en F.H.J. Mijnsen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Zakenrecht. Deel I. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985.

### **Asser/Beekhuis, Davids, Mijnsen & Van Velten (1990) 3-II**

J.H. Beekhuis, W.J.M. Davids, F.H.J. Mijnsen en A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Zakenrecht. Deel II. Eigendom en beperkte zakelijke genotsrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

**Asser/Hartkamp & Sieburgh (2010) 6-III\***

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

**Asser/Hartkamp & Sieburgh (2011) 6-IV\***

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV\*. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011.

**Asser/Hartkamp & Sieburgh (2012) 6-I\***

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I\*. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2012.

**Asser/Mijnssen, Van Dam & Van Velten (2002) 3-II**

C.C. van Dam, F.H.J. Mijnssen en A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Zakenrecht. Deel II. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 2002.

**Asser/Mijnssen, Davids & Van Velten (1996) 3-II**

W.J.M. Davids, F.H.J. Mijnssen en A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Zakenrecht. Deel II. Zakelijke rechten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

**Asser/Mijnssen & De Haan (2006) 3-I**

F.H.J. Mijnssen en P. de Haan, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Goederenrecht. Deel I. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

**Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels (2008) 5\***

S.E. Bartels, F.H.J. Mijnssen en A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5\*. Zakenrecht. Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2008.

**Asser/Scholten (1974) \***

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel \**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

**Bakels 1993**

F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993.

**Bakels 2007**

F.B. Bakels, 'Inzake het redelijke alternatief', *WPNR* (2007) 6693, p. 12-21.

**Bakels 2011**

F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Mon. BW B-58), Deventer: Kluwer 2011.

**Bakker 1993**

Vincent Bakker, 'Gratis stadhuis voor Groningen in ruil voor grond', *Bouw* 1993-11, p. 8-11.

**Barendrecht 1992**

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.

**Bartels 2004**

S.E. Bartels, 'Zoals kennelijk ter plaatse aangeduid en afgepaald. Het bepaaldheidsvereiste bij overdracht van een gedeeltelijk perceel', *VrA* 2004/2, p. 4-23.

**Bartels & Milo 2004**

S.E. Bartels en J.M. Milo, 'Contents of Real Rights: Personal or Proprietary. A Principled History', in: S.E. Bartels en J.M. Milo (Eds.), *Contents of Real Rights*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 5-23.

**Bartels & Tweehuysen 2012**

S.E. Bartels en V. Tweehuysen, 'Betalingsverplichtingen uit het zakenrecht in faillissement', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees en N.S.G.J. Vermunt, *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 63-85.

**Beaudouin 1899**

E. Beaudouin, *Les grand domaines dans l'Empire romain d'après des travaux récents*, Paris: Librairie de la Société du Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du palais 1899.

**Beekhoven van den Boezem 2009**

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Uitlegkwesties naar aanleiding van verpanding en cessie van vorderingen', in: J.M. Milo en S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 73-88.

**Bekkers 1991**

W.J.M. Bekkers, 'Huurkoop en leasing van onroerend goed', in: W.J.M. Bekkers, E.IJ. le Blanc en G.M.F. Snijders (red.), *Met grond verbonden* (Wijn & Stael-bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 101-111.

**Berger 1991**

K.F.M. Berger, 'Vervallenverklaring vervallen. En wat dan?', *WPNR* (1991) 6017, p. 597-598.

**Berger 1995**

K.F.M. Berger, 'Bespreking van het preadvies "Erfpacht" van de Koninklijke Notariële Broederschap (KNB)', *BR* 1995, p. 991-994.

**Berger 1997**

K.F.M. Berger, 'Toestemming in het burendrecht', *WPNR* (1997) 6283, p. 622-624.

**Bergervoet 2009**

G.J.L. Bergervoet, 'De goederenrechtelijke overeenkomst: 'Juridische chimera' of 'Kern van de levering'?', *GROM* 2009, p. 31-64.

**Bergh & Van Wijk 2007**

J.H.R. Bergh en M. van Wijk, 'De ideologie voorbij' in: K. Voors (red.), *RFPCHT – 111 jaar erfpacht Amsterdam*, Amsterdam: Ontwikkelingsbedrijf Gemeente Amsterdam 2007, p. 133-151.

**Beverluis 2008**

J.R. Beverluis, *Enige aspecten van de kwalitatieve verbintenis* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

**Bijlsma & Feddema 1987**

D. Bijlsma en H. Feddema, 'Het Schipholconvenant, een voorbeeld van ondernemende planning', *Stedebouw en Volkshuisvesting* 1987, p. 343-349.

**Bloembergen 1971**

A.R. Bloembergen, *Toestemming: een eenzijdige rechtshandeling*, Deventer: Kluwer 1971.

**Bloembergen 1992**

A.R. Bloembergen, 'Overheidsprivaatrecht: schets van een algemeen deel', *WPNR* (1992) 6074, p. 950-957.

**Bockwinkel 1991**

A. Bockwinkel, *Huurbescherming bij woonruimte*, Deventer: Kluwer 1991.

**De Bosch Kemper 1836**

J. de Bosch Kemper, *Verhandelingen, redevoeringen en staatkundige geschriften van Jhr. Joan Melchior Kemper* (deel III), Amsterdam: Johannes van der Hey 1836.

**Bouma 1998**

H. Bouma, 'De bodemschat van Amsterdam. Spek op het bot – Amsterdam houdt geld over', *Binnenlands Bestuur* 1998-49, p. 18-21.

**Bouwens & Duk 2011**

W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Brattinga & Van Wijk 2009**

K. Brattinga en M. van Wijk, 'Schipholbindingstoets. Succes of falen van de klassieke toelatingsplanologie?', *Stedebouw & Ruimtelijke Ordening* 2009/05, p. 54-57.

**Breedveld 2003**

H.M.I.Th. Breedveld, 'Maasstad schaft huidig gronduitgiftesysteem af. 'Het Rotterdamse erfpachtstelsel is willekeurig en creëert verschil'', *Vastgoedmarkt* 2003-4, p. 18-21.

**Breedveld-de Voogd 1992**

C.G. Breedveld-de Voogd, 'De bevoegdheid tot opzegging van erfpacht naar nieuw BW', *WPNR* (1992) 6034, p. 89-90.

**Breedveld-de Voogd 2002**

C.G. Breedveld-de Voogd, 'De uitleg van de akte van levering bij de overdracht van een onroerende zaak', *RMThemis* 2002, p. 244-255.

**Breedveld-de Voogd 2007**

C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

**Breedveld-de Voogd 2009**

C.G. Breedveld-de Voogd, 'Pleidooi voor de geobjectieerde Haviltex-uitleg bij overdracht van onroerende zaken', in: J.M. Milo en S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 63-71.

**Bregman & De Win 2005**

A.G. Bregman en R.W.J.J. de Win, *Publiek-private samenwerking bij de ruimtelijke inrichting en haar exploitatie*, Deventer: Kluwer 2005.

**Brunner 1991**

C.J.H. Brunner, 'De zorgvuldigheid op de troon', *NJB* 1991, p. 1624-1627.

**Brunner 1998**

C.J.H. Brunner, 'E.B. Rank-Berenschot, Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht', *RMThemis* 1998, p. 75-77.

**Croes 1991**

A.L. Croes, *Over huur en onderhuur: grondtrekken van het geldende huurrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991.

**Damen 1992**

L.J.A. Damen, 'Mariëtte Kobussen, De vrijheid van de overheid', *RMThemis* 1992, p. 465-471.

**Damen 1999**

L.J.A. Damen, 'Het legaliteitsbeginsel als partieel gecodificeerde norm', in: H.R.B.M. Kummeling e.a., *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht* (bijdragen voor de staatsrechtconferentie 1998), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 35-67.

**Damen e.a. 2009**

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht* (deel 1), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

**Davids & Lokin 1991**

W.J.M. Davids en J.H.A. Lokin, 'Boekbespreking; Mr. R.J.J. van Acht, Burenrecht', *WPNR* (1991) 6019, p. 649-652.

**Delfgaauw 1934**

G.Th.J. Delfgaauw, *De Grondpolitiek van de Gemeente Amsterdam* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: H.J. Paris 1934.

**Dozy & Jacobs 1999**

R.A. Dozy en Y.A.M. Jacobs, *Hoofdstukken huurrecht voor de praktijk*, Deventer: Gouda Quint 1999.

**Van Dunné 1991**

J.M. van Dunné, 'Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen)', in: B.W.M. Nieskens-Ispording e.a., *In het nu, wat worden zal* (Schoordijkbundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 45-64.

**Eggens 1960**

J. Eggens, *Over de verhouding van eigendom en verbintenis* (Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen. Afdeling Letterkunde, Nieuwe reeks, deel 23, no. 7), Amsterdam: Noord-Hollandse Uitgevers Maatschappij 1960, p. 187-204.

**Ernste 2012**

P.E. Ernste, *Bindend advies* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012.

**Van Es 2005**

P.C. van Es, *De actio negatoria: een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

**Feith 1897**

P.R. Feith, 'Eene oude vraag: Beteekenis van art. 1354 B.W.', *Themis* 1897, p. 629-665.

**Fesevur 2000**

J.E. Fesevur, 'Redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse goederenrecht', in: S.E. Bartels en J.M. Milo, *Open normen in het goederenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 21-60.

**Flach 2004**

R.J.C. Flach, 'H.D. Ploeger, Horizontale splitsing van eigendom', *RMThemis* 2004, p. 281-286.

**Frank 1990**

Y. Frank, 'Groeiende acceptatie na aanpassingen. Erfpacht in Rotterdam', *B&G* 1990-11, p. 26-29.

**Van Gaalen 2001**

M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2001.

**Van Gessel-De Roo 1991**

M.J.E.G. van Gessel-de Roo, *Zakenrecht 1798-1820*, Zutphen: Walburg Pers 1991.

**Goederenrecht 2012 (naam auteur)**

H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 2), Deventer: Kluwer 2012.

**Gort & Van Oostrom 1987**

M. Gort en A. van Oostrom, *Uitverkoren. De kolonisatie van de Noordoostpolder 1940-1960*, Zwolle: Waanders 1987.

**Gräler 2003**

J.G. Gräler, *Mandeligheid* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2003.

**Gräler 2006**

J.G. Gräler, *Mandeligheid*, Deventer: Kluwer 2006.

**Hamaker 1913**

H.J. Hamaker, 'De tegenstelling van publiek- en privaatrecht', in: *Verspreide geschriften* (deel VII), Algemene rechtsgeleerdheid, Haarlem: De Erven F. Bohn 1913, p. 134-163.

**Hardy 2010**

R.R.R. Hardy, 'De iustum-pretium-leer. (Nieuwe) inzichten uit de rechtseconomie, het mededingingsrecht en empirie', *NJB* 2010, p. 1160-1164.

**Hartkamp 1981**

A.S. Hartkamp, 'Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid) in het nieuwe BW', *WPNR* (1981) 5559, p. 213-217; 5560, p. 229-233.

**Hartkamp 1992**

A.S. Hartkamp, *Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1992.

**Hartlief 1994**

T. Hartlief, *Ontbinding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

**Hartlief 1997**

T. Hartlief, 'Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht', *AA* 1997, p. 196-202.

**Hartlief 1998**

T. Hartlief, 'Het beginsel van de rechtvaardige prijs', *GROM* 1998, p. 1-17.

**Hartlief & Van Swaaij 1992**

T. Hartlief en J.H.M. van Swaaij, 'Enige opmerkingen over het gebruik van het privaatrecht door de overheid', *WPNR* (1992) 6059, p. 598-604.

**Hertogh 2002**

M.L.M. Hertogh, *De levende rechtsstaat: een ander perspectief op recht en openbaar bestuur*, Utrecht: Lemma 2002.

**Heyman 1999**

H.W. Heyman, 'Kan een opstalrecht worden gevestigd door een erfpachter of een appartementseigenaar?', *WPNR* (1999) 6342, p. 52-56.

**Heyman 2002**

H.W. Heyman, 'Blaauboer/Berlips (HR 3 maart 1905). Een monument van dogmatische zuiverheid, maar de praktijk is sterker dan de leer', *NTBR* 2002, p. 298-307.

**Heyman 2005**

H.W. Heyman, 'Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller', in: W.G. Huijgen e.a., *2000 jaar eigendom en beperkte rechten* (Pleysierbundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 19-31.

**Hijma 1989**

J. Hijma, *Het constitutionele wijzigingsvonnis in het licht van de algemene werking van redelijkheid en billijkheid* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1989.

**Hijma 2010**

J. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW B-55), Deventer: Kluwer 2010.

**Hijmans 2010**

E.R. Hijmans, 'Erfpacht als stimuleringsmaatregel lokale economie', *BR* 2010, p. 589-593.

**Van der Hoeven 1970**

J. van der Hoeven, 'De magische lijn', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Honderd jaar rechtsleven* (feestbundel Nederlandse Juristen-Vereeniging), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 201-219.

**Holtman 1993**

R.J. Holtman, 'Mandeligheid en beperkte rechten', *WPNR* (1993) 6085, p. 214-216.

**De Hoog 1991a**

P.A. de Hoog, 'Agrarische erfpacht en de werking van art. 59 Pachtwet', *Agr.R.* 1991, p. 53-60.

**De Hoog 1991b**

P.A. de Hoog, 'Agrarische erfpacht en de Dienst der Domeinen: een nadere analyse van het begrip 'erfpacht nieuwe stijl'', *Agr.R.* 1991, p. 500-505.

**De Hoog 2008**

P.A. de Hoog, 'Erfpacht: de prijs van het recht', *TBR* 2008/120, p. 616-623.

**De Hoog 2009**

P.A. de Hoog, 'Naschrift', *TBR* 2009/8, p. 40-41.



**Hoofs 2011**

K.J.H. Hoofs, 'Leidt wijziging van de canon tot een nieuw erfpachtsrecht', *NTBR* 2011, p. 158-162.

**Houwing 1915 en 1916**

J.F. Houwing, 'De oorsprong van artikel 1302 B.W.', *WPNR* (1915) 2391, p. 529-531; 2392, p. 541-543; 2393, p. 553-555; 2394, p. 569-571; 2395, p. 585-587; 2396, p. 597-599; 2397, p. 605-607; 2398, p. 621-624; (1916) 2411, p. 133-135; 2412, p. 141-143; 2413, p. 153-155; 2416, p. 189-191.

**Houwing 1957**

Ph.A.N. Houwing, 'Erfpacht en erfpachtsvoorwaarden', *WPNR* (1957) 4496, p. 277-280.

**Hudig 1908**

D. Hudig, *Uitgifte van gemeentegronden in erfpacht*, Zwolle: Tijl 1908.

**Huijgen 1990**

W.G. Huijgen, 'Beëindiging erfpachtrecht op grond van het algemeen belang en het NBW', *JBN* 1990/12, nr. 8.

**Huijgen 1992**

W.G. Huijgen, 'De rechtsgevolgen van het niet vermelden van een voorwaarde of titel in de transportakte', *WPNR* (1992) 6037, p. 131-135.

**Huijgen 1995**

W.G. Huijgen, 'Erfpacht en publiekrecht', in: A.A. van Velten, G.M.F. Snijders en W.G. Huijgen, *Erfpacht* (preadvies KNB), Lelystad: Koninklijke Vermande 1995, p. 117-165.

**Huijgen 1997**

W.G. Huijgen, *Rechtszekerheid of rechtsbescherming?: ofwel: taak en plaats van de notaris in het vermogensrecht* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

**Huijgen 2007**

W.G. Huijgen, *Hypotheek* (Mon. BW B-12b), Deventer: Kluwer 2007.

**Huijgen 2010**

W.G. Huijgen, 'Erfpachtconversie bij appartementen en de rechtsgevolgen daarvan voor de betrokken lasten en beperkingen', *WPNR* (2010) 6859, p. 740-745.

**Huijgen 2011**

W.G. Huijgen, 'Naschrift', *WPNR* (2011) 6890, p. 494-496.

**Huijgen & Rijpert 2011**

W.G. Huijgen en B.A.G.P. Rijpert, 'Actuele ontwikkelingen rond het recht van erfpacht', *TBR* 2011/148, p. 809-816.

**Huijsmans 1971**

F.J.M. Huijsmans, 'Rotterdam en het erfpachtstelsel', *TvO* 1971, p. 383-386.

**Inckel 1933**

J.L. Inckel, 'Uitgifte in erfpacht of verkoop van gemeentegronden', *Tijdschrift voor volkshuisvesting en stedenbouw* 1933, p. 92-96.

**Jansen 1968**

L. Jansen, *Het Amsterdamse erfpachtsstelsel van 1896 - 1909*, Amsterdam: Dienst der Publieke Werken 1968.

**Jansen 2007**

J.E. Jansen, 'Konfusion über die Konfusion', *GROM* 2007, p. 73-99.

**Jesterhoudt 2004**

J.W. Jesterhoudt, *Erfpacht in Amsterdam*, Amsterdam: Ontwikkelingsbedrijf Gemeente Amsterdam 2004.

**De Jong 1984a**

J. de Jong, *Gemeentelijke gronduitgifte* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1984.

**De Jong 1984b**

J. de Jong, 'Vervallenverklaring van het erfpachtsrecht: exit?', *KwNBW* 1984, p. 37-39.

**De Jong 1986**

J. de Jong, *Erfpacht en opstal* (Mon. NBW B-28), Deventer: Kluwer 1986.

**De Jong 1995a**

J. de Jong, *Erfpacht en opstal* (Mon. NBW B-28), Deventer: Kluwer 1995.

**De Jong 1995b**

J. de Jong, 'Erfpacht', *WPNR* (1995) 6190, p. 523-527.

**De Jong 1999**

J. de Jong, '“Acts of God”, overmacht en onvoorziene omstandigheden in het bouwrecht', *BR* 1999, p. 535-541.

**De Jong 2006a**

Th.F. de Jong, *De Structuur van het Goederenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

**De Jong 2006b**

G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW B-33), Deventer: Kluwer 2006.

**De Jong 2007**

G.T. de Jong, 'Ook via het onmogelijkheids criterium verliest de ingebrekestelling terrein', *NJB* 2007, p. 2746-2749.

**De Jong, Pluijmers & De Wolff 1995**

J. de Jong, Y. Pluijmers en H.W. de Wolff, 'De praktijk van de gemeentelijke gronduitgifte', *WPNR* (1995) 6191, p. 546-551.

**De Jong & Ploeger 2008**

J. de Jong en H.D. Ploeger, *Erfpacht en opstal* (Mon. BW B-28), Deventer: Kluwer 2008.

**De Jong, Ploeger & De Wolff 2006**

J. de Jong, H.D. Ploeger en H.W. de Wolff, *Toekomst van het Haagse grond-uitgiftesysteem*, Delft: OTB 2006.

**De Jong e.a. 2009**

J. de Jong e.a., *Groene erfpacht in balans*, gepubliceerd als bijlage bij *Kamerstukken II 2008/09*, 29 659, nr. 36.

**Jurgens 2011**

G.J.T.M. Jurgens, 'Onaanvaardbare doorkruising of misbruik van bevoegdheid', *O&A* 2011, p. 84-93.

**Kemp 2011**

P.C.M. Kemp, 'De werking van het nemo-plusbeginsel bij de vestiging van erfpacht/opstal op een appartementsrecht', *Vastgoedrecht* 2011-6, p. 136-140.

**Kleijn 1974**

W.M. Kleijn, 'Uitgifte van bouwgrond door gemeenten', *BR* 1974, p. 73-87.

**Kleijn 1975a**

W.M. Kleijn, 'De rechtspositie van de koper van te bouwen of in aanbouw genomen gebouwen in privaatrechtelijk opzicht', in: W.M. Kleijn, J.G. de Vries Robbé en A.K.P. Jongsma, *De rechtspositie van de koper van te bouwen of in aanbouw genomen gebouwen* (preadvies Vereniging voor Bouwrecht), Deventer: Kluwer 1975, p. 3-74.

**Kleijn 1975b**

W.M. Kleijn, 'Enige aspecten van huurkoop van onroerend goed', *BR* 1975, p. 3-12.

**Kleijn 1979**

W.M. Kleijn, 'Privaatrechtelijke rechtsvormen voor uitgifte en beheer van bouwgrond en gebouwen ten behoeve van overheid en particulieren', in: W.M. Kleijn, G.G.J.D. Verdoes Kleijn en M. Schox, *Rechtsvormen voor uitgifte en beheer van bouwgrond en gebouwen ten behoeve van overheid en particulieren* (preadvies Vereniging voor Bouwrecht), Deventer: Kluwer 1979, p. 3-72.

**Kleijn 1982**

W.M. Kleijn, 'De invloed van het NBW op kettingbedingen en hun werking in de praktijk', in: H. Drion e.a., *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum*, Deventer: Kluwer 1982, p. 25-38.

**Kleijn 1992**

W.M. Kleijn, 'Opzegging door de erfverpachter van het erfpachtsrecht en de positie van de hypotheekhouder', *JBN* 1992/40, p. 12.

**Kloosterman, Rossel & Van Stempvoort 2011**

A.M. Kloosterman, H.J. Rossel en J.P. van Stempvoort, *Hoofdlijnen in het huurrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Kobussen 1991**

M.H. Kobussen, *De vrijheid van de overheid* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

**De Koe 2011**

M. de Koe, 'Canonherziening bij groene erfpacht: een verkenning', *Agr.R.* 2011, p. 436-449.

**Koenecke 2013**

J.R. Koenecke, 'Verticale splitsing van erfpacht uitgespit', *WPNR* (2013) 6958, p. 32-36.

**Kolkman 2008**

W.D. Kolkman, 'Het einde van de oude legitieme portie', *WPNR* (2008) 6743, p. 149-150.

**Koning 1991**

R.J.C.M. Koning, 'Erfpacht nieuwe stijl', *Agr.R.* 1991, p. 498-499.

**Kouffeld & Wiertsema 2011**

M. Kouffeld en J. Wiertsema, 'Koopgarant en andere middelen ter stimuleren van de verkoop van woningen', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2011-3, p. 4-7.

**Kwak 2007**

J.M. Kwak, 'Erfpacht. Een instrument in het grondbeleidorkest', in: K. Voors (red.), *RFPCHT – 111 jaar erfpacht Amsterdam*, Amsterdam: Ontwikkelingsbedrijf Gemeente Amsterdam 2007, p. 151-167.

**Lokin 2004**

J.H.A. Lokin, 'De receptie van de Code Civil in de Noordelijke Nederlanden', *GROM* 2004, p. 1-15.

**Louwman 1997**

W. Louwman, 'Het standpunt van de bewaarders inzake verdiepingseigendom', *JBN* 1997/39, p. 6-7.

**Lubach 1982**

D.A. Lubach, *Beleidsvereenkomsten* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1982.

**Lubach & Lubach 2010**

D.A. Lubach en R.D. Lubach, 'De magische lijn 40 jaar later', in: O.O. Cherednychenko e.a. (red.), *Publiek/privaat: vervlechten of ontvlechten?*, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 41-52.

**Luijten 1998**

E.A.A. Luijten, 'Verdiepingseigendom veroordeeld?', *WPNR* (1998) 6333, p. 688-690.

**Van Maanen 1996**

G.E. van Maanen, 'Leidt publicatie van rechtsfeiten in de openbare registers tot derdenwerking', *WPNR* (1996) 6208, p. 53-54.

**Van Maanen 1998**

G.E. van Maanen, 'Ondergronds en bovengronds bouwen', *WPNR* (1998) 6326, p. 553-556.

**Maas 1995**

P.L.M. Maas, 'Huurkoop onroerende zaken', *WPNR* (1995) 6189, p. 503-507.

**Maeijer 1966**

J.M.M. Maeijer, 'Praeadvies prof. mr. J.M.M. Maeijer', in: J.M.M. Maeijer en J.Th. Smalbraak, *Erfdienstbaarheden en kwalitatieve verbintenissen* (preadvies BCN), s.l.: s.n. 1966, p. 1-80.

**Van der Marck 1762**

F.A. van der Marck, *Nadere verklaring over de vryheid van den burgerstaat van Groninger-land gegrondvest op deszelfs eige vaderlandsche wetten; tot opheldering van het 93<sup>ste</sup> en 94<sup>ste</sup> stuk der Nederlandschen Lettercourant des jaars 1761*, Groningen: Hajo Spandaw 1762.

**De Meijere 1935**

J.C. de Meijere, 'De erfpachtscanon', in: J. Versteeg e.a., *Rechtskundige opstellen* (Meijers-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 453-473.

**Meijers 1948**

E.M. Meijers, *Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948.

**Memelink 2009**

P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

**Messer & Heldeweg 1990**

E.A. Messer en M.A. Heldeweg, 'Bestuurscompensatie en het specialiteitsbeginsel', *RMThemis* 1990, p. 147-166.

**Mijer 2008**

Mark Mijer (red.), *De realisatie van een nieuwe entree* (brochure IJsei), Amsterdam: Dienst Infrastructuur Verkeer en Vervoer van de Gemeente Amsterdam 2008.

**Miseroy 1909**

Ch. Miseroy, 'De Amsterdamsche Erfpacht', *WvhN* 1909, p. 452-453.

**Mitteis 1901**

L. Mitteis, *Zur Geschichte der Erbpacht im Alterthum*, Leipzig: B.G. Teubner 1901.

**Mollema 2013**

A.F. Mollema, *Het beperkte recht* (diss. Leiden), 's-Hertogenbosch: BOX-Press 2013.

**Van Mourik 2006**

M.J.J.R. van Mourik, *De eigen woning in de Wet IB 2001*, Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2006.

**Mouthaan 2007**

B.C. Mouthaan, 'De (on)opzegbaarheid van een eeuwigdurend recht van erfpacht', *MvV* 2007, p. 127-129.

**Mouthaan 2012a**

B.C. Mouthaan, 'Het opstalrecht en erfpachtrecht als instrumenten voor meervoudig ruimtegebruik', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2012-3, p. 7-11.

**Mouthaan 2012b**

B.C. Mouthaan, 'De vestiging van een opstalrecht op grond van art. 5:118a BW, in het bijzonder voor bestaande, in de appartementensplitsing betrokken opstallen', *WPNR* (2012) 6941, p. 597-600.

**Neeft 1991**

H. Neeft, 'Politiek compromis maatschappelijk aanvaard. Erfpacht in Den Haag', *B&G* 1991-3, p. 12-14.

**Nelisse 2008**

P.C.J-P. Nelisse, *Stedelijke erfpacht* (diss. Amsterdam UvA), Doetinchem: Reed Elsevier 2008.

**Nieuwenhuis 1999**

J.H. Nieuwenhuis, 'Magisch realisme', *NTB* 1999, p. 77-80.

**Nijs, Beukers e.a. 2003**

Th. de Nijs, E. Beukers e.a., *Geschiedenis van Holland, deel IIIa (1795-2000)*, Hilversum: Verloren 2003.

**Noordziek 1875**

J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten-Generaal over het ontwerp van Burgerlijk Wetboek* (zittingsjaar 1823/24, deel II), Den Haag: Nijhoff 1875.

**Van Ommeren 1996**

F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

**Van Ommeren 1999**

F.J. van Ommeren, 'De betekenis van het legaliteitsbeginsel voor het staatsrecht. Referaat bij het preadvies van L.J.A. Damen', in: H.R.B.M. Kummeling e.a., *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht* (bijdragen voor de staatsrechtconferentie 1998), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 69-85.

**Van Ommeren 2003**

F.J. van Ommeren, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 7-23.

**Van Oostrom-Streep 2006**

N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

**Van Oostrom-Streep 2007**

N.C. van Oostrom-Streep, 'Verplichtingen tot dulden en niet doen versus die tot een doen, ofwel: is het Nebula-arrest nu echt zo verrassend?', *WPNR* (2007) 6720, p. 667-670.

**Van Opstall 1966**

S.N. van Opstall, 'Zakelijke rechten en kwalitatieve verbintenissen', *WPNR* (1966) 4919, p. 383-388; 4920, p. 395-399; 4921, p. 407-411; 4922, p. 419-422; 4923, p. 431-434; 4924, p. 443-446; 4925, p. 455-459; 4926, p. 467-473.

**Van Opstall 1973**

S.N. van Opstall, 'Wat is een verbintenis?', *WPNR* (1973) 5234, p. 437-443; 5235, p. 449-455; 5236, p. 463-468.

**Peletier 1999**

M.E.M.G. Peletier, 'Partijautonomie versus rechterlijke discretie bij dwaling en imprévision', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 517-531.

**Pernot 2007**

M.E.C. Pernot, 'Achenebbisj. Een mooi Mokums woord voor erfpacht', in: K. Voors (red.), *RFPCHT – 111 jaar erfpacht Amsterdam*, Amsterdam: Ontwikkelingsbedrijf Gemeente Amsterdam 2007, p. 171-179.

**Du Perron 1999**

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

**Pitlo/Frenkel 1977**

B.S. Frenkel, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk wetboek. Deel 3a. De benoemde overeenkomsten: titel 7a: de arbeidsovereenkomst*, Arnhem: Gouda Quint 1977.

**Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012**

W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

**Plantenga 1957**

W.B. Plantenga, 'Preadvies mr. W.B. Plantenga', in: W.B. Plantenga en W.C. Treurniet, *Erfpacht en Erfpachtsvoorwaarden* (preadvies BCN), s.l.: s.n. 1957, p. 1-88.

**Pleysier 1990**

A.J.H. Pleysier, 'Iets over appartementsrecht en erfpacht', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1990/1, p. 1-2.

**Pleysier 2002**

A.J.H. Pleysier, *Erfpacht en opstal* (Studiepockets Privaatrecht, deel 33), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.

**Pleysier 2007a**

A.J.H. Pleysier, 'Niet-aanleggen ijsbaan: erfpachtrecht wordt opgezegd', *JBN* 2007/2, p. 7-10.

**Pleysier 2007b**

A.J.H. Pleysier, 'Moet bij opzegging van een "oude" erfpacht de eigenaar de waarde van de erfpacht aan de erfpachter vergoeden?', *JBN* 2007/49, p. 21-24.

**Pleysier 2008**

A.J.H. Pleysier, 'Vestiging beperkt recht op een gedeelte van een onroerende zaak?', *JBN* 2008/52, p. 3-5.

**Pleysier 2009**

A.J.H. Pleysier, 'Gemeente weigert toestemming tot splitsing van een erfpachtrecht', *JBN* 2009/38, p. 9-10.

**Ploeger 1996**

H.D. Ploeger, 'Reactie naar aanleiding van de bijdrage van mr K.F.M. Berger "Wie is de eigenaar van de kerkbrug in Schipluiden?" in WPNR (1995) 6206', *WPNR* (1996) 6219, p. 283-285.



**Ploeger 1997**

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

**PG Boek 3**

C.J. van Zeben, J.W. du Pon en M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

**PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)**

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

**PG Boek 5**

C.J. van Zeben, J.W. du Pon en M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981.

**PG Boek 5 (Inv. 3, 5 en 6)**

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1990.

**PG Boek 6**

C.J. van Zeben, J.W. du Pon en M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

**PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6)**

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

**PG Kadasterwet**

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Kadasterwet*, Deventer: Kluwer 1990.

**PG Overgangsrecht**

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 1991.

**Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006**

D.J. Elzinga en R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

**Rank-Berenschot 1992**

E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.

**Rechtshandeling en Overeenkomst 2010 (naam auteur)**

J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 3), Deventer: Kluwer 2010.

**Reepmaker 1931**

A.A. Reepmaker, *Het recht van erfpacht* (diss. Leiden), Leiden: S.C. van Doesburgh 1931.

**Reepmaker 1935**

A.A. Reepmaker, 'Enkele vragen betreffende de vervallenverklaring van erfpacht', in: J. Versteeg e.a., *Rechtskundige opstellen* (Meijers-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1935, p. 600-612.

**Rijken 1994**

G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. NBW A-5), Deventer: Kluwer 1994.

**Van Rijssen 2006**

G. van Rijssen, *Contractsoverneming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

**Rodenburg 1985**

P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 1985.

**Rodrigues Lopes 2011**

D.L. Rodrigues Lopes, *Pacht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Roelofsz 2006**

A. Roelofsz, 'Erfpacht... niet van deze tijd', *Eigen Huis Magazine* 2006-7/8, p. 10-12.

**De Rooij 1993**

I.T.A. de Rooij, 'Gemeentelijke gronduitgifte en de Tweewegenleer', *BR* 1993, p. 792-799.

**Van Rooijen & Bol 2009**

F.A.N. van Rooijen en R.A. Bol, 'Erfpacht en hypotheek; hoe scherp is het notariaat?', *WPNR* (2009) 6814, p. 802-804; 6815, p. 821-823.

**Rudden 1987**

B. Rudden, 'Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem', in: J. Eekelaar en J. Bell (red.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press 1987, p. 239-263.

**Ruygvoorn 2005**

M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen* (Mon. Privaatrecht, deel 5), Deventer: Kluwer 2005.

**Ruygvoorn 2009**

M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009.

**Sagaert 2005**

V. Sagaert, 'Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten (oratie Leuven)', *TPR* 2005/3, p. 983-1086.

**Santing-Wubs 2011**

A.H. Santing-Wubs, 'Bindend advies en deskundigenbericht', in: H.B. Krans e.a. (red.), *De deskundige in het recht*, Zutphen: Paris 2011, p. 85-97.

**Scheltema 2009**

M.W. Scheltema, 'Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht in drievoud', *VrA* 2009/2, p. 12-57.

**Schlössels 1998**

R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 1998.

**Schlössels & Zijlstra 2010**

R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* (deel 1), Deventer: Kluwer 2010.

**Schoordijk 1985**

H.C.F. Schoordijk, Boekbespreking: W.J.M. Davids, Mandeligheid en erfdiensbaarheid, *WPNR* (1985) 5733, p. 237.

**Schoordijk 1992**

H.C.F. Schoordijk, 'Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht door E.B. Rank-Berenschot', *NJB* 1992, p. 1202-1206.

**Schrage 2012**

E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid* (Mon. BW A4), Deventer: Kluwer 2012.

**Schueler 2004**

B.J. Schueler, 'Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht', *O&A* 2004, p. 128-131.

**Sieburgh 1997**

C.H. Sieburgh, 'Wat is rechtsinbreuk?', *NJB* 1997, p. 628-635.

**Simon 1993**

H.J. Simon, *Publiekrecht of privaatrecht?* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

**Slaski 2009**

A. Slaski, 'Stapelning van beperkte rechten op onroerende zaken', *WPNR* (2009) 6789, p. 200-207.

**Slot 1996**

E. Slot, *Grond, het schaarse erfgoed*, Amsterdam: Gemeentelijk Grondbedrijf 1996.

**Sluysmans & Van der Gouw 2010**

J.A.M.A. Sluysmans en J.J. van der Gouw, 'Onteigening en crisis', *NTB* 2010, 31, p. 192-197.

**Smelt 2006**

A.A.J. Smelt, *Goederen met een negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

**Smits 1996**

J.M. Smits, 'Van partijen en derden: over interpretaties van de numerus clausus van zakelijke rechten', *GROM* 1996, p. 41-64.

**Smits 2003**

J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen* (Mon. NBW A-2), Deventer: Kluwer 2003.

**Snijders 1995**

G.M.F. Snijders, 'Agrarische erfpacht', in: A.A. van Velten, G.M.F. Snijders en W.G. Huijgen, *Erfpacht* (preadvies KNB), Lelystad: Koninklijke Vermande 1995, p. 89-114.

**Snijders 2006**

W. Snijders, Boekbespreking: Th.F. de Jong, De structuur van het goederenrecht, p. 831-836.

**Somsen 1989**

F.J. Somsen, 'Fagoed-erfpacht, een moderne vorm van grondfinanciering en een solide belegging', *Agr.R.* 1989, p. 473-483.

**Spier 1981**

J. Spier, *Overeenkomsten met de overheid* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1981.

**Spruit, Chorus & De Ligt 2007**

J.E. Spruit, J.M.J. Chorus en L. de Ligt (red.), *Corpus juris civilis: tekst en vertaling* (deel VIII: Codex Justinianus IV-VIII), Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen 2007.

**Stein 1976**

P.A. Stein, 'Leasing en huurkoop van onroerend goed (2)', *NJB* 1976, p. 1074-1076.

**Van Stockum 1909**

D.J. van Stockum, 'De herziening van het erfpachtstelsel in Amsterdam' (voordracht d.d. 20 november 1909 in de Notarieele Vereeniging), *WvhN* 1909, p. 445-452.

**Stoffels 1974**

P. Stoffels, 'Huurkoop onroerend goed', *TVVS* 1974, p. 204-213.

**Stolp 2007**

M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

**Strijbos 1985**

J.F.M. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1985.

**Struycken 1997**

T.H.D. Struycken, 'Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 121-162.

**Struycken 2000**

T.H.D. Struycken, 'Erfpacht en de redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht', *NTBR* 2000, p. 91-95.

**Struycken 2007**

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

**Struycken & Van Zanten 2010**

T.H.D. Struycken en T.T. van Zanten, 'Hamvragen omtrent de inning van stil verpande vorderingen in faillissement', *TvI* 2010, p. 57-69 en 86-93.

**Suijling 1934**

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht* (2<sup>e</sup> stuk, 1<sup>e</sup> gedeelte), Haarlem: Bohn 1934.

**Suijling 1955**

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht* (5<sup>e</sup> stuk, Zakenrecht), Haarlem: De Erven F. Bohn 1955.

**Teunissen 1996**

J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleet van de staat* (diss. Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

**Tjittes 1994**

R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

**Tjittes 2007**

R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking* (Mon. NBW A6b), Deventer: Kluwer 2007.

**Treub 1901**

M.W.F. Treub, *Het economisch standpunt der vrijzinnig-democraten*, Amsterdam: Scheltema & Holkema 1901.

**Treub 1931**

M.W.F. Treub, *Herinneringen en overpeinzingen*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1931.

**Treurniet 1957**

W.C. Treurniet, 'Preadvies mr. W.C. Treurniet', in: W.B. Plantenga en W.C. Treurniet, *Erfpacht en Erfpachtsvoorwaarden* (preadvies BCN), s.l.: s.n. 1957, p. 91-199.

**Tweehuysen 2011**

V. Tweehuysen, 'In appartementsrechten gesplitste erfpacht', *WPNR* (2011) 6890, p. 486-492.

**Valk 1992**

W.L. Valk, Boekbespreking: P. Rodenburg, Misbruik van bevoegdheid, *WPNR* (1992) 6067, p. 780-782.

**Van der Veen 1997**

G.A. van der Veen, *Openbare zaken* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

**Ter Veen 1925**

H.N. ter Veen, *De Haarlemmermeer als kolonisatiegebied* (diss. Amsterdam UvA) Groningen: Noordhoff 1925.

**Van Velten 1993a**

A.A. van Velten, 'Wanneer kan gesproken worden van nieuwe erfpacht' (rechtsvraag), *WPNR* (1993) 6081, p. 137-138.

**Van Velten 1993b**

A.A. van Velten, 'Kan een afhankelijk opstalrecht hypothecair worden bezwaard' (rechtsvraag), *WPNR* (1993) 6086, p. 231-232.

**Van Velten 1993c**

A.A. van Velten, 'In hoeverre is de verplichting tot vergoeding van opstalwaarde bij beëindiging van erfpacht dwingend?', *WPNR* (1993) 6099, p. 536-537.

**Van Velten 1995a**

A.A. van Velten, 'Privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht', in: A.A. van Velten, G.M.F. Snijders en W.G. Huijgen, *Erfpacht* (preadvies KNB), Lelystad: Koninklijke Vermande 1995, p. 17-88.

**Van Velten 1995b**

A.A. van Velten, 'De tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken wordt gekortwiek: gevolgen voor de verkoop van woningen', *WPNR* (1995) 6189, p. 508-510.

**Van Velten 1998**

A.A. van Velten, 'Kan een trappenhuis in een woning afzonderlijk worden overgedragen' (rechtsvraag), *WPNR* (1998) 6336, p. 740.

**Van Velten 2007a**

A.A. van Velten, 'Eigendom en erfpacht in de Zuidas', in: K. Voors (red.), *RFPCHT – 111 jaar erfpacht Amsterdam*, Amsterdam: Ontwikkelingsbedrijf Gemeente Amsterdam 2007, p. 43-81.

**Van Velten 2007b**

A.A. van Velten, Boekbespreking: V. Sagaert, Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? en T.H.D. Struycken, De numerus clausus in het goederenrecht, *WPNR* (2007) 6708, p. 372-376.

**Van Velten 2011**

A.A. van Velten, 'Een vereniging van eigenaren is geen vereniging van eigenaars!', *WPNR* (2011) 6889, p. 464-471.

**Van Velten 2012**

A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2012.

**Venema 1984**

S.J.M. Venema, 'Maatschappelijk Gebonden Eigendom', *WPNR* (1984) 5684, p. 86-91; 5685, p. 104-107.

**Venemans 1997**

C. Venemans, 'Erfpacht en opstal', in: R.F.H. Mertens, C. Venemans en G. Verdoes Kleijn, *Naar een vernieuwd appartementsrecht* (preadvies KNB), Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 43-56.

**Verstappen 1991**

L.C.A. Verstappen, 'Enige beschouwingen over de juridische toepassingsmogelijkheden van de figuur van de mandeligheid naar NBW', *WPNR* (1991) 6008, p. 400-401; 6009, p. 414-416.

**Verstappen 2003**

L.C.A. Verstappen, 'Notariële herstelwerkzaamheden in het rechtsverkeer', in: W.J. Zwolve, L.C.A. Verstappen en J.B. Huizink, *Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren* (preadvies KNB), Lelystad: Koninklijke Vermande 2003, p. 65-169.

**Verstappen 2004**

L.C.A. Verstappen, *Heerenheibel in de Heerlijkheid Beek: rondom de Berg en Dalse watertorenarresten*, Ubbergen: Stichting tot Behoud van Monument en Landschap in de Gemeente Ubbergen 2004.

**Verstappen 2011**

L.C.A. Verstappen, 'Naschrift', *WPNR* (2011) 6890, p. 493.

**Verstappen 2012**

L.C.A. Verstappen, 'Beëindiging in appartementsrechten gesplitste erfpacht' (rechtsvraag), *WPNR* (2012) 6915, p. 68-69.

**Vissering e.a. 1930**

G. Vissering e.a., *Verslag der commissie inzake het bestudeeren van de uitgifte der Zuiderzeegronden*, Den Haag: Algemeene Landsdrukkerij 1930.

**Van der Vlies 1984**

I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip, en beginselen van behoorlijke regelgeving* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Vuga 1984.

**Vonck 2007a**

F.J. Vonck, 'De zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden', *WPNR* (2007) 6717, p. 598-603.

**Vonck 2007b**

F.J. Vonck, 'Woningen met korting: voor iedereen 'een plek onder de zon'!', *WPNR* (2007) 6735, p. 1035-1041.

**Vonck 2008**

F.J. Vonck, 'Vergoedingen bij de overgang van (korte agrarische erf)pachtrechten', *WPNR* (2008) 6779, p. 964-971.

**Vonck 2009**

F.J. Vonck, 'Reactie op 'Erfpacht: de prijs van het recht', van mr. drs. P.A. de Hoog, *TBR* 2008/120', *TBR* 2009/7, p. 36-40.

**Vonck 2010**

F.J. Vonck, 'Goederenrechtelijke verplichtingen tot een doen in faillissement', *TvI* 2010, p. 48-56.

**Vonck 2011a**

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) 6874, p. 140-143.

**Vonck 2011b**

F.J. Vonck, 'De rol van deskundigen bij heruitgifte en verlenging van erfpachtverhoudingen', in: H.B. Krans e.a. (red.), *De deskundige in het recht*, Zutphen: Paris 2011, p. 111-122.

**Voorduin III**

J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken* (III. Deel. Burgerlijk Wetboek. Art. 385-876), Utrecht: Robert Natan 1838.

**De Vries 1990**

G.J.P. de Vries, *Opzegging van obligatoire overeenkomsten* (diss. UvA Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.



**De Vries 1997**

G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming* (Studiepockets Privaatrecht, deel 32), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

**De Vries-Kalff 1986**

L. de Vries-Kalff, 'Maatschappelijk gebonden eigendom. Kanttekeningen bij een opmerkelijk juridisch fenomeen', *BR* 1986, p. 901-916.

**De Vries Lentsch-Kostense 1992**

C.L. de Vries Lentsch-Kostense, *Overgangsrecht* (Mon. NBW A-25), Deventer: Kluwer 1992.

**De Waal 2004**

M.J. de Waal, 'Identifying Real Rights in South African Law: the 'Subtraction from the *Dominium*' Test and its Application', in: S.E. Bartels en J.M. Milo (Eds.), *Contents of Real Rights*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 83-98.

**Warmelink 1993**

H.G. Warmelink, *Parlement en begroting* (diss. Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff 1993.

**Wessels 2012**

B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (deel 1), Deventer: Kluwer 2012.

**Wibbens-de Jong 2006**

A.C. Wibbens-de Jong, *Mandeligheid en erfdiensbaarheden* (Mon. BW B-27), Deventer: Kluwer 2006.

**Wichers 2002**

J.E. Wichers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2002.

**Willems 1993**

M.P.M. Willems, 'Het recht van opstal onder het NBW, opzegging en waardebepaling', *De Notarisklerk* 1993, p. 57-60.

**Witteveen, Bovens & Derksen 1987**

W.J. Witteveen, M.A.P. Bovens en W. Derksen, 'Rechtsstaat en sturing', in: M.A.P. Bovens, W. Derksen en W.J. Witteveen, *Rechtsstaat en sturing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 1-21.

**De Wolff 2006**

H.W. de Wolff, 'Haags gronduitgiftesysteem in discussie', *Vastgoedrecht* 2006-5, p. 121-124.

**Wolterbeek Muller 1909**

J. Wolterbeek Muller, 'Prae-advies over: "De juridische en economische beteekenis van de rechten van opstal, erfpacht, beklemming en grondrente voor landbouw en stadsuitbreiding"', in: J. Wolterbeek Muller en J.A. van Hamel, *Praeadviezen over de juridische en economische beteekenis van de rechten van opstal, erfpacht, beklemming en grondrente* (preadvies BCN), Den Haag: F.J. Belinfante 1909, p. 1-41.

**Van Zanten 2012**

T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012.

**Zeevalking 1972**

H.J. Zeevalking, 'Een Utrechtse nota over gronduitgifte', *De Nederlandse gemeente* 1972, p. 453-454.

**Zoethout 2003**

C.M. Zoethout, 'Wat is de rechtsstaat?', in: F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2003, p. 55-77.

**Zoethout 2005**

C.M. Zoethout, 'The nutcracker principle' of proportionaliteit als rechtsstatelijke norm voor wetgever, bestuur en rechter', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler en C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 23-35.

**Van der Zwan 2004**

P. van der Zwan, 'Erfpacht heeft langste tijd gehad', *VNG-magazine* 2004-4, p. 14-16.

## Jurisprudentieregister

*Er wordt verwezen naar paginanummers.*

### *Hoge Raad der Nederlanden*

HR 28 januari 1841	W 1841, 157	122
HR 5 mei 1865	W 1865, 2691	122
HR 3 februari 1865	W 1865, 2668	237
HR 13 januari 1879	W 1879, 4430	73
HR 24 april 1884	W 1884, 5031	122
HR 8 januari 1897	W 1897, 6916	122
HR 3 maart 1905	W 1905, 8191	5, 123
HR 1 februari 1928	NJ 1928, p. 782 e.v.	278
HR 13 maart 1936	NJ 1936, 415	244
HR 12 januari 1939	NJ 1939, 535	79
HR 17 januari 1941	NJ 1941, 644	92
HR 24 april 1957	NJ 1957, 523	83
HR 4 januari 1963	NJ 1964, 202-204	84
HR 3 april 1963	NJ 1963, 258	199
HR 2 februari 1966	NJ 1966, 415	83
HR 1 maart 1967	NJ 1968, 76	130
HR 19 januari 1968	NJ 1968, 166	83
HR 24 mei 1968	NJ 1968, 252	214
HR 17 april 1970	NJ 1971, 89	244
HR 29 oktober 1971	NJ 1972, 40	250
HR 22 juni 1973	NJ 1973, 386	77
HR 2 april 1976	NJ 1976, 450	182
HR 23 december 1976	NJ 1976, 409	83, 106
HR 16 maart 1977	NJ 1977, 399	5, 113, 132, 145, 152, 237
HR 26 januari 1979	NJ 1979, 452	231
HR 16 februari 1979	NJ 1979, 454	261
HR 11 maart 1981	NJ 1982, 76	62, 140
HR 13 maart 1981	NJ 1981, 635	172, 179
HR 19 februari 1982	NJ 1982, 571	231
HR 27 april 1984	NJ 1984, 769	230
HR 29 mei 1985	NJ 1986, 274	58
HR 16 mei 1986	NJ 1986, 723	83, 98

HR 27 maart 1987	<i>NJ</i> 1987, 727	79, 84
HR 10 juni 1988	<i>NJ</i> 1988, 873	250
HR 14 april 1989	<i>NJ</i> 1990, 712	71, 84, 97
HR 23 juni 1989	<i>NJ</i> 1991, 673	80
HR 5 januari 1990	<i>NJ</i> 1990, 728	245
HR 26 januari 1990	<i>NJ</i> 1991, 393	3, 71, 82, 84-85, 100
HR 9 juli 1990	<i>NJ</i> 1991, 394	82, 86, 97-98
HR 22 maart 1991	<i>NJ</i> 1994, 170	84
HR 8 juli 1991	<i>NJ</i> 1991, 691	4, 13, 87
HR 15 november 1991	<i>NJ</i> 1993, 316	61
HR 10 augustus 1992	<i>NJ</i> 1992, 715	250
HR 11 december 1992	<i>NJ</i> 1994, 639; <i>Gst.</i> 1993, 6967	94, 97
HR 16 juli 1993	<i>BNB</i> 1993/281	38
HR 10 september 1993	<i>NJ</i> 1996, 3	80
HR 22 oktober 1993	<i>NJ</i> 1995, 717	96, 98-99
HR 22 april 1994	<i>NJ</i> 1995, 560	181
HR 7 oktober 1994	<i>NJ</i> 1995, 719	98
HR 14 oktober 1994	<i>NJ</i> 1995, 720	93
HR 9 december 1994	<i>NJ</i> 1995, 224	248
HR 13 oktober 1995	<i>NJ</i> 1996, 430	97
HR 16 februari 1996	<i>NJ</i> 1996, 608	95
HR 15 maart 1996	<i>NJ</i> 1996, 639	36
HR 10 april 1996	<i>BNB</i> 1996/274	42
HR 31 januari 1997	<i>NJ</i> 1998, 545	96
HR 7 mei 1997	<i>BNB</i> 1997/208	94
HR 19 september 1997	<i>NJ</i> 1998, 6	211
HR 28 november 1997	<i>NJ</i> 1998, 659	223, 231
HR 20 februari 1998	<i>NJ</i> 1998, 493	225, 228
HR 27 november 1998	<i>NJ</i> 1999, 197	250
HR 15 januari 1999	<i>NJ</i> 1999, 306	93
HR 26 maart 1999	<i>NJ</i> 1999, 446	172, 204, 208, 212
HR 22 oktober 1999	<i>NJ</i> 2000, 208	250
HR 4 februari 2000	<i>NJ</i> 2000, 562	246, 250
HR 9 februari 2000	<i>BNB</i> 2000/277	41
HR 7 april 2000	<i>NJ</i> 2000, 652	81
HR 19 mei 2000	<i>NJ</i> 2000, 639; <i>Gst.</i> 2000, 7125	92, 100
HR 17 november 2000	<i>NJ</i> 2001, 580	95
HR 8 december 2000	<i>NJ</i> 2001, 350	180
HR 9 februari 2001	<i>LJN</i> AA9965	250
HR 13 april 2001	<i>NJ</i> 2001, 581	95
HR 21 juni 2002	<i>NJ</i> 2002, 540	187
HR 21 februari 2003	<i>NJ</i> 2004, 567	29
HR 21 maart 2003	<i>NJ</i> 2003, 360	94
HR 4 april 2003	<i>AB</i> 2004, 60	91

HR 2 mei 2003	<i>NJ</i> 2003, 485	94, 97
HR 13 juni 2003	<i>NJ</i> 2004, 251	180
HR 13 augustus 2004	<i>AB</i> 2005, 360	93
HR 24 december 2004	<i>NJ</i> 2007, 58	4, 90, 225-226
HR 15 april 2005	<i>NJ</i> 2005, 484	262
HR 20 mei 2005	<i>NJ</i> 2007, 114; <i>AA</i> 2005, p. 1042 e.v.	217-221
HR 30 september 2005	<i>BNB</i> 2006/22	63-64
HR 6 januari 2006	<i>NJ</i> 2006, 301	95, 104, 108
HR 14 april 2006	<i>NJ</i> 2006, 445	91, 96, 106
HR 23 juni 2006	<i>AB</i> 2007, 99	92
HR 3 november 2006	<i>NJ</i> 2007, 155; <i>JOR</i> 2007/76	149, 151, 263
HR 17 november 2006	<i>BNB</i> 2007/48	63-64
HR 27 april 2007	<i>RvdW</i> 2007, 469	207, 231
HR 5 juli 2009	<i>NJ</i> 2009, 255; <i>AB</i> 2009, 327	85, 92, 100
HR 30 oktober 2009	<i>NJ</i> 2010, 96	152
HR 5 februari 2010	<i>NJ</i> 2010, 242; <i>TBR</i> 2010/93	31
HR 18 juni 2010	<i>NJ</i> 2010, 354	182
HR 11 september 2009	<i>Agr.R.</i> 2009, 5539	41
HR 11 december 2009	<i>BNB</i> 2010/67	64
HR 22 oktober 2010	<i>NJ</i> 2011, 111; <i>TBR</i> 2011/33	180-182, 226
HR 25 maart 2011	<i>NJ</i> 2011, 139	94
HR 20 mei 2011	<i>NJ</i> 2011, 241	51
HR 17 juni 2011	<i>NJ</i> 2012, 334	91
HR 9 september 2011	<i>BNB</i> 2011/257	93
HR 7 oktober 2011	<i>RvdW</i> 2011, 1225	72

### ***Afdeling Rechtspraak Raad van State***

ARRvS 1 september 1977	<i>AB</i> 1977, 366	83
ARRvS 23 november 1987	<i>AB</i> 1989, 332	86

### ***Gerechtshoven***

Hof Gelderland 4 februari 1846	<i>W</i> 723	117
Hof Arnhem 18 februari 1914	<i>NJ</i> 1914, p. 434	117
Hof Amsterdam 27 oktober 1938	<i>NJ</i> 1939, 42	150
Hof Amsterdam 16 januari 1980	<i>NJ</i> 1981, 476	148
Hof Amsterdam 6 mei 1982	ongepubliceerd	229
Hof Amsterdam 7 mei 1992	<i>BR</i> 1994, p. 861	105
Hof Amsterdam 26 oktober 1995	<i>BR</i> 1996, p. 669 e.v.	215
Hof Amsterdam 8 januari 2004	<i>NJ</i> 2007, 114	217, 221
Hof Leeuwarden 12 mei 2004	<i>NJF</i> 2005, 518	29

Hof Leeuwarden 5 januari 2005	<i>LJN</i> AR8799, AR8802, AR8808	252-253
Hof Amsterdam 9 juni 2005	<i>LJN</i> BX8554	105
Hof 's-Hertogenbosch 8 maart 2006	<i>RN</i> 2006, 42	63
Hof Arnhem 9 mei 2006	ongepubliceerd	253
Hof Den Haag 15 juni 2006	<i>LJN</i> AX9126	160, 254-256
Hof Amsterdam 7 december 2006	<i>NJF</i> 2007, 117	33
Hof Amsterdam 7 juni 2007	<i>NJ</i> 2010, 242; <i>TBR</i> 2010/93	31
Hof Amsterdam 1 november 2007	<i>NJF</i> 2008, 99	89
Hof Arnhem 20 mei 2008	<i>LJN</i> BG1702	104
Hof Arnhem 19 augustus 2008	<i>Agr.R.</i> 2008, 5455	40
Hof Leeuwarden 14 januari 2010	<i>NJ</i> 2010, 236	31
Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2010	<i>RVR</i> 2010, 65	53
Hof Amsterdam 26 juli 2011	<i>NJF</i> 2011, 367	94
Hof Den Haag 23 oktober 2012	<i>LJN</i> BY0517, BY0518, BY0519	44
Hof Amsterdam 6 november 2012	<i>RVR</i> 2013, 13	105

### ***Rechtbanken***

Rb. Leeuwarden 22 februari 1934	<i>NJ</i> 1935, p. 150	262
Rb. Amsterdam 10 maart 1999	<i>BR</i> 1999, p. 1061 e.v.	214
Rb. Leeuwarden 11 augustus 2004	<i>LJN</i> AQ6771, AQ6772, AQ6773	252-253
Rb. Arnhem 13 april 2005	<i>LJN</i> AT5951	253-254
Rb. Arnhem 5 oktober 2005	<i>NJF</i> 2006, 21	213, 221
Rb. Haarlem 28 april 2006	<i>LJN</i> AW7214	38
Rb. Rotterdam 14 juni 2006	<i>NJF</i> 2006, 494	279
Rb. Middelburg 12 juli 2006	<i>NJF</i> 2006, 458	277
Rb. Rotterdam 10 januari 2007	<i>LJN</i> AZ8539	33
Rb. Rotterdam 28 november 2007	<i>WR</i> 2008, nr. 27; <i>LJN</i> BB9312	256-257
Rb. Leeuwarden 5 december 2007	<i>LJN</i> BB9762	208, 215
Rb. Roermond 2 april 2008	<i>NJF</i> 2008, 444	260
Rb. Haarlem 18 juni 2008	ongepubliceerd	221
Rb. Amsterdam 25 maart 2009	<i>BR</i> 2009, 136	104
Rb. Den Haag 18 augustus 2010	<i>LJN</i> BN5001	44, 104, 218
Rb. Amsterdam 5 januari 2011	<i>LJN</i> BO9943	45, 106
Rb. Rotterdam 12 januari 2011	<i>LJN</i> BP7004	258
Rb. Amsterdam 13 april 2011	<i>LJN</i> BQ4323	85
Rb. Den Haag 13 april 2011	<i>LJN</i> BQ3190	48
Rb. Den Haag 20 april 2011	<i>LJN</i> BQ5590	48
Rb. Amsterdam 17 augustus 2011	<i>NJF</i> 2011, 404	105
Rb. Rotterdam 7 september 2011	<i>LJN</i> BS8898	258

Rb. Arnhem 28 september 2011	<i>RVR</i> 2012, 8	251, 258, 266
Rb. Haarlem 12 oktober 2011	<i>LJN</i> BV3499	48
Rb. Zutphen 23 november 2011	<i>RVR</i> 2012, 43	31
Rb. Den Haag 30 november 2011	<i>JOR</i> 2012/233	31
Rb. Amsterdam 28 december 2011	<i>LJN</i> BV2286	85
Rb. Haarlem 19 april 2012	<i>LJN</i> BW3602	48
Rb. Rotterdam 10 oktober 2012	<i>RVR</i> 2013, 9	256-259

***Overig***

Arb. Maastricht 18 september 1862	<i>W</i> 2435	117
-----------------------------------	---------------	-----





**REEDS VERSCHENEN IN DE REEKS VASTGOED,  
OMGEVING & RECHT**

- Deel 1 W.D. Kolkman, R.J.L. Timmer, L.C.A. Verstappen en F.J. Vonck,  
*Verbetering betrouwbaarheid basisregistratie Kadaster*, 2012
- Deel 2 N. Vegter, *De vereniging van eigenaars*, 2012
- Deel 3 I. Visser, *De executoriale verkoop van onroerende zaken door de  
hypotheekhouder*, 2013
- Deel 4 F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, 2013

