

Gemeenschap en beperkte rechten

Hoe zijn de bevoegdheden verdeeld bij appartementsrechten met aan de ene kant de VvE en aan de andere kant de gemeenschap van eigenaars, want die heeft ook bepaalde bevoegdheden. De gemeenschap van eigenaars is wat de goederenrechtelijke verhouding beheerst tussen de eigenaars. Daarvan is de gedachte dat bij beschikkingshandelingen de gemeenschap het er over eens zijn moet zijn en bij de gemeenschap van eigenaars is het dus allemaal wat star, maar wel rechtszeker.

Wanneer is de VvE nu bevoegd?

1. Het handelen moet niet in strijd zijn met de splitsingsakte. Als je niet wilt dat de VvE veel mag dan zet je van alles in de splitsingsakte, maar wil je meer mogelijkheden voor de VvE dan zet je bijna niks in de splitsingsakte en laat je alles over aan de VvE. Als de VvE in strijd met de splitsingsakte besluit dan is dat besluit nietig.

2. De VvE moet zijn handelen ook beperken tot het beheer. Al te ingrijpende acties, dat raakt aan de goederenrechtelijke verhoudingen, de VvE moet zich beperken tot zijn beheerstaak.

3. Het besluit mag niet in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid.

Vorige week is het eerste aspect geïdentificeerd nu volgen de laatste twee.

Beheerstaak van de VvE

Wat is die beheerstaak nu? Hier bestaat heel veel discussie over. Nu volgen we wat de Hoge Raad daarover gezegd heeft. Dit staat in twee belangrijke arresten:

De eerste is die van 7 april 2000: *HR 7 april 2000, NJ 2000/638*: Bedumse notaris Wortelboer hield kantoor in een soort woonwinkelcomplex in de Schoolstraat van Bedum. Dat is een vrij groot complex met allemaal woningen en op de begane grond winkels. Hij had er een grote vastgoedpraktijk. Het appartement wat zich boven zijn kantoor bevond had hij ook. Die ruimte had hij eigenlijk nodig voor zijn praktijk. Hij bedacht dat hij er wel een interne trap in kon maken. Een gat in het plafond met een trap naar boven. Dan kon hij van zijn kantoor naar zijn appartement erboven komen. Zo had hij een groot kantoor. Hij keek in de splitsingsakte en constateerde dat wijzigingen van de privégedeelten toestemming behoeften van de VvE. Daar ging hij naartoe en die vonden dat goed. Maar de VvE dacht wel dat zij daar niet over mocht gaan, omdat het maken van een trap veel te ingrijpend was om op basis van een beslissing van de VvE te laten gebeuren. Hier ging de notaris dus over procederen. Hij heeft een uitspraak uitgelokt. De Hoge Raad zegt dat dit op zichzelf een bevoegdheid van de VvE is, maar dat het dan wel wijzigingen moeten zijn die een tijdelijk karakter hebben en makkelijk te herstellen zijn, dan mag het uitgemaakt worden door de VvE. Indien het niet tijdelijk is maar permanent dan is het een ander verhaal. Wortelboer mocht dus lekker zijn gang gaan, want die trap kon ook zo weer weggehaald worden en het plafond weer dichtgemaakt worden, dus makkelijk te herstellen. Bij permanente veranderingen moet de VvE zich inhouden en moet je je realiseren dat de taak van de VvE is beperkt tot beheer.

Nummer 2 is *HR 24 mei 2002, NJ 2004/1*: dit ging over winkelcentrum Winkelhof. Eén van die eigenaren in het winkelcentrum wil het winkelcentrum vergroten. Daarvoor moet wel de entree verplaatst worden en de borstwering moest worden weggehaald en bloembakken moesten verplaatst/gesloopt worden en de oppervlakte van de splitsing werd natuurlijk vergroot. Het gaat er dus echt anders uitzien en zo gaat het ook blijven. Dit is anders dan bij Wortelboer. De Hoge Raad zegt dat

de vernieuwde entree op grond die niet in de splitsing is betrokken komt te liggen, dus op grond van een derde (namelijk degene die de grond heeft gekocht om het centrum te vergroten). Ook geven de splitsingstekeningen na de bouw geen goed beeld meer van het Winkelhofcomplex. Dan zegt de Hoge Raad dat zo'n verandering leidt tot een verandering in de goederenrechtelijke situatie, dus dan moet de gemeenschap van eigenaars daar over beslissen, want dan is er een wijziging nodig van de splitsingsakte en gaat het niet meer om een beheerskwestie.

Waarover bestaat vervolgens discussie? Of dit speelveld er ook aan in de weg staat dat er door de VvE toestemming wordt gegeven voor dakterrassen door individuele eigenaars. Als je een heel balkon maakt dan is dat meestal niet tijdelijk. Maar stel dat je iets dergelijks als notaris Wortelboer doet. Je zit in het bovenste appartement met alleen het dak nog boven je. Dan kun je een trapje maken, een hekje ter bescherming, wat platen erop leggen en zorgen dat het veilig is, maar dit is niet een heel permanente maatregel, je kunt ook alles zo weer weghalen en dan is het geen dakterras meer. De VvE kan ook een tijdelijke toestemming geven voor alleen die persoon, op deze manier kan je ook nog indekken dat het een tijdelijke maatregel is. Op het moment dat een dakterras een permanente bouwkundige verandering ondergaat dan ligt het anders en moet er toestemming van de gemeenschap van eigenaars komen.

Een volgende vraag is of een VvE ook bevoegd is om besluitvorming te nemen die niet zozeer gemeenschappelijk is, maar privégedeelten betreft. In de splitsingakte mag dit wel, maar de VvE is hiertoe niet zomaar bevoegd. Tegelijk heeft de Hoge Raad onderkend dat het gebruik dat mensen maken van hun privégedeelte heel vaak raakt aan het reilen en zeilen van het complex. De orde kan worden verstoord door wat jij in jouw appartement doet. Bijvoorbeeld met het creëren van geluid. Hier worden ook mooie procedures over gevoerd.

Waar kan de VvE dan wel over beslissen? Regels van orde met betrekking tot het feitelijke gebruik. *HR 10 maart 1995, NJ 1996/594*: hier was door de VvE bepaald dat als je wilde verhuren dan mocht dat uitsluitend met toestemming van de VvE. Een vakantiepark is nog wel eens zo opgezet dat je een eigen huisje op zo'n park kunt kopen en dat park zorgt er dan voor dat dit wordt verhuurd. In dit geval was dit echter via het huishoudelijk reglement geregeld dat er toestemming moest komen. De Hoge Raad zei dat de VvE best besluiten mocht nemen en mocht sturen, maar dan moet zo'n besluit wel betrekking hebben op het feitelijke gebruik en dus niet op juridische overeenkomsten. Het moet ook gaan om regels van orde, dus dan denk je aan geluidsoverlast, schotelantennes, of je een hond in je appartement mag hebben en of je een poster voor het raam mag hangen. Het verbieden van verkiezingsposters of het beperken van het hebben van honden op het terrein daar mag de VvE dingen over regelen. Is dit dan niet in strijd met de vrijheid van meningsuiting of nieuwsgaring als je geen posters op mag hangen of schotels neer mag hangen? Hierbij geldt altijd wel dat het bewerkstelligen van dat je zulke rechten kunt uitoefenen zelf moet regelen. Als het een katholiek complex is dan mag je geen andere geloven aanhangen. En als je van tevoren weet dat er geen schotelantenne mag hangen dan moet je maar niet in zo'n complex gaan wonen. Hier stelt de Hoge Raad nog een voorwaarde aan: er moet een basis in de splitsingsakte zijn gecreëerd wil de VvE hier regels over mogen stellen. Tegenwoordig staat dit gewoon in het modelreglement.

Redelijkheid en billijkheid

De eerste twee criteria gaan aan dit criteria vooraf. Vervolgens is er echter ook altijd nog een redelijkheids en billijkheidstoets. Hier komt het voorbeeld van het in gebruik geven van de in onbruik geraakte berging aan één deelgenoot van het vorige college weer terug. Hoofdregeel in een splitsingsakte is dat van gemeenschappelijke gedeelten iedereen het gebruik moet mogen hebben, maar dat is niet altijd

te realiseren, bijvoorbeeld bij een berging waar eerst een CV ketel heeft gehangen. In het doel van de splitsingsakte past dan dat zo'n ruimte van nut kan worden voor iedereen door het in gebruik te geven aan een van de eigenaren. Dit mag niet als een eigenaar wordt voorgetrokken ten omwille van de rest. Hoe kun je dit dan eerlijk doen? Door loten, een andere mogelijkheid is dat je er geld voor vraagt. Je kunt het ook een heel tijdelijk karakter geven zodat de ene keer jij het mag en de andere keer een ander, bijvoorbeeld als iemand even iets moet opslaan. De besluitvorming moet dus op een afgewogen manier plaatsvinden.

Wat is ook vaak in strijd met de redelijkheid en billijkheid? Wanneer er misbruik wordt gemaakt van meerderheidsposities in de VvE. Het arrest van de Hoge Raad en de uitspraak van rechtbank Utrecht gaan over hetzelfde probleem. Vaak wordt er een externe beheerder aangesteld. Hij moet er voor zorgen dat het complex goed beheerd wordt. Hij doet vaak heel veel complexen tegelijk.

In *HR 29 september 2006, NJ 2006/639* had een deelgenoot verreweg het grootste gedeelte van de stemmen en zij zorgde ervoor dat een managementovereenkomst werd afgesloten met een met haar gelieerde partij, maar die managementfee lag heel veel hoger dan wat in de markt gebruikelijk was. Was dit in strijd met de redelijkheid en billijkheid? Op zich is dit niet meteen in strijd met de redelijkheid en billijkheid, maar wel moet er gekeken worden of dit op een nette manier gaat. Als diegene ook veel beter is in zijn vak dan mag dit best besloten worden, maar iedereen moet het hier wel echt mee eens zijn.

Rb. Utrecht 30 maart 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ6989 ging over een eigenaar van een appartement die de meeste stemmen kreeg. Hij ging met zichzelf een overeenkomst aan om het management uit te voeren. Dit omdat hij vond dat hij dit het goedkoopst kon doen. Dit mag in principe gewoon, maar dan moeten de offertes van die anderen die het management zouden kunnen doen wel worden geopenbaard en moet je laten zien dat die overeenkomst met jezelf de beste deal is. Dit moet dus toetsbaar zijn voor iedereen en als dit niet zo is dan is dat in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Rb. Noord-Holland 13 augustus 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:7559: VvE-bestuurders hebben op zich geen sterkere stem in het collectief, maar kunnen wel een bepaalde machtspositie uitoefenen. Dit betrof een besluit van de VvE waarin stond dat je uitsluitend harde vloerbedekking mocht hebben, maar wel met een dempende ondergrond die 10 dB of meer moet dempen. Dit is een best ingrijpend besluit. Eén van de eigenaren kreeg gezeur van een andere buur die klaagde over de vloer van die eigenaar. Diegene die bij hem aan het klagen was over de vloer was de voorzitter van de VvE en hij leidde dan ook de vergadering. De voorzitter bracht dit punt naar voren in de vergadering en vroeg of hij hier actie tegen mocht ondernemen en wie tegen was, moest maar even zijn hand opsteken. Dit moet natuurlijk anoniem kunnen en niet op de manier van handen opsteken, dus de besluitvorming was in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Het gaat dus heel vaak om het proces van de totstandkoming.

Wijziging akte van splitsing

Op het moment dat je constateert dat een bepaalde gewenste beslissing niet in overeenstemming is met de beheerstaak van de VvE dan moet je de splitsingsakte wijzigen. Heel vaak gaat het dan om het wijzigen van het splitsingsreglement. Sommige VvE's zien dat er bijvoorbeeld een nieuw Modelreglement is dus dan willen ze dat nieuwe reglement invoeren. Dit heeft eigenlijk niet zoveel zin en is alleen maar heel duur, maar het is natuurlijk wel mogelijk. Als de VvE dit wil dan moet het splitsingsreglement gewijzigd worden.

Het kan ook dat men een stuk grond wil vergroten. Er is een stukje grond gelegen naast het appartementencomplex en dat moet erbij betrokken worden. Dan moet dit in de splitsingsakte gewijzigd worden. In heel veel gevallen gebeurt dan ook dat men niet de akte wijzigt, maar dat men dat gewoon koopt met de VvE. In Limburg was een kasteeltje gesplitst in appartementen en die eigenaars vreesden dat het vrij gekomen stukje grond ernaast opgekocht werd door een projectontwikkelaar en volgebouwd zou worden met een lelijk gebouw. Je kunt dan twee dingen doen, met de gemeenschap van eigenaars dat stukje grond kopen en dan zit je aan de wijziging van de splitsingsakte vast, maar je kunt ook het stukje grond met de VvE kopen en dan wordt het gewoon van de VvE net als dat de VvE pennen kan kopen bijvoorbeeld.

Wil je de grond verkleinen, dan is het wel van belang dat dit ook aan de splitsing worden onttrokken. Het stukje grond moet buiten de splitsing worden gehaald, dit wordt dan eerst een normale gemeenschap van iedereen en de gemeenschap kan dit overdragen aan de beoogde gegadigde.

Bij de wijziging van begrenzing van de privégedeelten zie je het starre van dit recht terug, want wil je een stukje tuin aan de ander verkopen dan moet daarvoor de akte worden gewijzigd en iedereen uit de gemeenschap moet het daar mee eens zijn. Als mensen het er niet mee eens zijn dan moet je daar over gaan procederen, daar zijn wel speciale voorzieningen voor zodat je een rechterlijke machtiging kunt krijgen, maar je moet wel door de hele splitsingsmolen heen om dit voor elkaar te krijgen.

Wil je het percentage wijzigen, dus wijziging van breukdelen dan moet hiervoor ook de akte worden gewijzigd. Meestal gaat hier echter ook nog wat anders mee gepaard. Bijvoorbeeld dat iemand die bovenin zit een verdieping bovenop zijn appartement wil bouwen. Waarom staat dit hier dan apart op? Als je breukdelen wilt wijzigen dan kun je namelijk niet zomaar gebruik maken van een bepaalde uitzonderingsregel die hier later wordt besproken.

Wijziging van de splitsingsakte

Art. 5:139 lid 1 BW geeft als uitgangspunt dat iedereen er mee in moet stemmen als de akte van splitsing gewijzigd moet worden. Tot 2005 was dit ook de enige regel. Dit gaat namelijk om de beschikking van het complex dus iedereen moet daar zijn instemming voor verlenen. Dit gaat nog verder, want iedereen die een beperkt recht heeft op zo'n appartement moet ook instemmen met de wijziging. Je moet dan denken aan hypotheekhouders. Je moet bij alle hypotheekhouders langs om daar toestemming te halen. Als zij dat niet willen dan gaat het hele feest gewoon niet door. Deze regeling is op een gegeven moment onder spanning komen te staan. Bijvoorbeeld bij complexen die ouder waren en waar nodig dingen aan moesten veranderen maar waar er altijd wel iemand was die daar geen zin in had.

Er was bijvoorbeeld een complex met een gemeenschappelijke verwarming en daar zat een gepensioneerde Spanjaard in en diegene wilde niet naar aparte verwarming, want dan zou hij veel hogere kosten hebben, omdat hij de verwarming altijd op de hoogste stand had. Ditzelfde kan ook gelden voor een gemeenschappelijke maaltijdservice. Dit heeft geresulteerd art. 5:139 lid 2 BW. Dit artikel regelt dat de splitsing ook kan worden veranderd door het bestuur van de VvE. Er moet een besluit zijn genomen in de VvE waaruit blijkt dat 80% van de stemmen voor het wijzigen van de splitsingsakte zijn. Als je over al die drempels gaat dan is het mogelijk om dit te wijzigen met een meerderheid van 80%. Kan dit nu in alle gevallen? Nee, er is een belangrijke beperking in art. 5:140b BW. Als er een tegenstemmer is, dan kan diegene vernietiging van het besluit vorderen en die vernietiging wordt door de rechter bij wijze van uitgangspunt toegewezen. De enige uitzondering die de wet daarop geeft is wanneer degene die de vernietiging verzoekt geen financiële schade lijdt door het besluit. Die financiële

schade kan ook worden voorkomen door dit meteen te vergoeden. Die Spanjaard zou bijvoorbeeld best schade kunnen lijden. Doet hij een beroep op vernietiging dan zou dit beroep op vernietiging dus in principe goedgekeurd worden, tenzij hij wordt uitgekocht. Wat levert dit nu voor voordeel op voor de VvE? Voor de toekomst weten kopers van appartementen beter waar ze aan toe zijn en wat voor kosten ze kunnen verwachten. Hier zit dus een belangrijke beperking op die 80% regel.

Een andere belangrijke beperking zit hem op die wijziging van breukdelen. Iedere appartementseigenaar is privé gerechtigd tot een bepaald aandeel in de appartementseigendom. Stel dat je allemaal een even groot aandeel in de splitsing hebt en dat er iemand een hoger aandeel wil krijgen, dan moet iedereen van wie dat breukdeel verandert daar wel aan meedoen en dan heb je niks aan dat 80% regime. Als je ervoor kiest om een splitsingscomplex te vergroten dan moet iedere gerechtigde een even groot stukje krijgen als wat ze hadden en dan moet dat wel naar hen toegebracht worden en dat is verandering van gemeenschappelijke eigendom. Als je dat extra percentage niet accepteert dan kunnen die anderen de splitsing niet wijzigen. Zodra je gaat schuiven met breukdelen of wanneer splitsingsoppervlakten vergroot of verkleind moeten worden dan zit je toch altijd nog aan die 100% regel vast. Daarom wordt er op een gekunstelde manier vaak voor gezorgd dat die breukdelen maar niet gewijzigd hoeven te worden.

Bijvoorbeeld bij een uitbouw in de tuin: dit is een permanente goederenrechtelijke verandering. De desbetreffende appartementseigenaar moet nu ook meer bijdragen in de gemeenschappelijke kosten, want hij heeft een groter deel in het complex. Meestal zijn de kosten ook gebaseerd op het bruto vloeroppervlak. Wat je in de praktijk vaak ziet is dat men die breukdelen zo laat als dat ze waren en dat alleen de kostenverdeling wordt aangepast: die gaat nu afwijken van de goederenrechtelijke gerechtigdheid. Het onverdeelde aandeel van de ander moet naar de bouwer en als mensen niet zouden willen meewerken dan lukt dat niet, op deze manier kan dit toch wel gerealiseerd worden.

Art. 5:140 BW gaat over de mogelijkheid dat je een unaniniteitsbesluit wilt nemen. Dan kan het ook zo zijn dat er een appartementseigenaar of beperkt gerechtigde niet wil meewerken en dan kan je naar de rechter gaan op grond van dit artikel. Dit is ook een toets of iemand wel of geen schade lijdt. Ook als je een 80% toets hebt dan moeten nog wel alle beperkt gerechtigden mee instemmen. Je kunt namelijk alleen appartementseigenaren de pas afsnijden. Dit leidt ook tot kromme dingen. Want in de Randstand zie je vaak dat stukken grond in erfpacht zijn gegeven. De erfpachter is dan de stemgerechtigde in de VvE. Tegelijkertijd is de erfpachter ook een beperkt gerechtigde, want hij heeft dat erfpachtrecht. Dit leidt ertoe dat er een besluit kan worden genomen in de VvE waarin hij kan worden overruled en vervolgens moet er naar de beperkt gerechtigden gegaan worden en daar staat dezelfde erfpachter en die houdt het dan tegen. Nu moet er toch naar de rechter gegaan worden.

Beperkte rechten

Wat is goederenrechtelijk?

Primair moet je hierbij denken aan opstal, erfpacht en erfdienstbaarheden. Hoe kunnen ze ook weer doorwerken naar de mensen die dit recht hebben? Je wilt allerlei dingen regelen in de erfpachtvoorwaarden die toekomstbestendig zijn. Heel veel dingen die je wilt regelen staan niet met zoveel woorden in de wet vermeld. Kan je dit dan wel zo regelen dat het goederenrechtelijke werking heeft? Dit staat dus niet in de wet, maar is wel in de rechtspraak gevormd. De rechtspraak hieromtrent is echter vaag, maar er zijn wel een aantal uitgangspunten uit af te leiden.

Wat betekent het als we iets 'goederenrechtelijk' noemen in plaats van verbintenissenrechtelijk?

Een normale consequentie van goederenrechtelijke werking is dat dit recht over gaat op de rechtsopvolger. Daarnaast heb je nog allerlei overige consequenties, want voor wie geldt dit recht allemaal? Aan wie kun je dit allemaal tegenwerpen? Betekent iets bij een goederenrechtelijke kwalificatie dat de curator dit ook moet nakomen in een faillissement?

Wat een normale consequentie is, is dat als jij een erfpacht koopt van een ander dat je daaraan gebonden bent. Maar moet hangende het faillissement de curator zelf ook uitvoering geven? Bijvoorbeeld dat er een winkel open gehouden moet worden of dat er een fabriek draaiende moet worden gehouden ten koste van de overige schuldeisers in de boedel. Dit zou een veel grotere impact betekenen in het rechtsverkeer dan wanneer het een kwalitatieve verbintenis zou betreffen. Naarmate auteurs grotere consequenties verbinden dan zijn ze terughoudender in het accepteren van een goederenrechtelijke verhouding. De Hoge Raad heeft zich hier echter nog niet over uitgelaten.

Waarom gesloten?

Waarom een gesloten systeem van beperkte rechten? Niet alles kan met goederenrechtelijke werking worden overeengekomen. Waarom is dat? Dit heeft een ethische achtergrond. En het heeft ook een economische dimensie. Het moet niet zo zijn dat er zoveel goederenrechtelijke verplichtingen zijn dat een zaak daarna niet meer overdraagbaar is. Vroeger ging men van het tegenovergestelde uit. Het feodale leven. Dan werden er heel veel verplichtingen opgelegd. Dat willen we niet meer, tot een paar jaar geleden gold nog in Utrecht het recht van de dertiende penning en dat brengt de handel in gevaar. Er waren ook allemaal rechten die nog wel voort mochten bestaan maar niet meer konden ontstaan. Zoals het beklemrecht dan moet je een schamel bedrag betalen aan een bepaald kerkgenootschap of een Schotse graaf. Dit bestaat nog wel, maar mag nu niet meer worden afgesloten.

HC 17, 29-05-2018, registergoederenrecht

Beperkte rechten

Bijvoorbeeld: het recht van erfpacht

Het meest gebruikte recht om onroerend goed te sturen is het recht van erfpacht. Dit is geregeld in titel 5.7 BW vanaf art. 5:85 t/m 5:100 BW. In art. 5:89 lid 1 BW staat dat een erfpachter hetzelfde genot heeft als een eigenaar tenzij anders is bepaald. Een erfpachter hoeft in principe niet periodiek te betalen voor zijn recht, maar je kunt wel een canonverplichting opnemen in de erfpachtvoorwaarden zodat hij wel degelijk periodiek moet betalen aan de grondeigenaar. In principe kan een erfpachter zijn recht ook overdragen, maar er kan geregeld worden dat dit uitsluitend kan met toestemming van de eigenaar.

Het komt er dus op neer dat je erfpacht als twee druppels water kan maken als eigendom. Dit komt nog weleens voor in Den Haag. Daar heb je een eeuwig durend erfpacht met een afgekochte canon en bijna geen erfpachtvoorwaarden. Je denkt nu of het wel zin heeft om dan erfpacht te gebruiken, dan had toch net zo goed de eigendom van de grond over kunnen gaan? Je kunt echter ook een sterk gereguleerde erfpacht maken. Je kunt zelfs regelen dat je iedere maandagochtend een koprol in de tuin van de erfpachter mag maken als gronduitgever.

De stedelijke erfpacht zie je vooral in steden als Groningen, Amsterdam en Den Haag. Amsterdam is er 120 jaar geleden al mee begonnen, omdat ze via de erfpacht regelingen kunnen treffen omtrent het

toegestane gebruik van de grond. De gemeente wil het liefst alles regelen, dus maakt de gemeente dankbaar gebruik van dit systeem, omdat ze zo de controle hebben.

Wat je ook ziet is erfpacht uitgegeven door de Rijksoverheid langs snelwegen voor benzinstations. Hier gaat men heel erg ver om te regelen hoe het betreffende benzinstation geëxploiteerd moet worden. Bijvoorbeeld een benzinstation met allerlei faciliteiten. Zo kan er geregeld worden dat je tot 10 uur 's avonds nog een warme hap moet kunnen halen of dat het benzinstation om 5 uur 's ochtends geopend moet worden. Zoals je ziet, gaat dit dus erg ver.

Een bekende variant is ook de agrarische erfpacht, dit heeft zich gevormd tot een puur financieringsmiddel. De gedachte hierachter is dat de agrariër grond koopt en daarna verkoopt hij onmiddellijk de blote eigendom door aan een belegger. Je behoudt je dan een erfpachtrecht voor bijvoorbeeld 30 jaar. Na 30 jaar zou de volle eigendom dan terecht komen bij de financier, maar dat is niet de bedoeling, want die boer moet nog steeds gebruik kunnen maken van dat land en eigenlijk is het de bedoeling dat het van hem is, dus vaak zie je dat de boer de grond dan terug koopt. Gedurende de erfpacht zal hij echter wel canon moeten betalen. De canon gaat dan elk jaar omhoog overeenkomstig de inflatie. Dit doe je bij hypothecaire leningen niet de rente blijft voor een bepaalde periode vaststaan. Aan het einde van de rit gaat de boer de grond kopen en daar betaalt hij ook een bedrag voor. Wat betaalt hij daarvoor? Hetzelfde bedrag als wat destijds door de financier betaald is plus de inflatie. Als je in 30 jaar tijd 100% inflatie hebt behaald dan betaal je bijvoorbeeld niet 70 terug maar 140. In het begin kon hij zijn terugbetalingsverplichting waarden op 70. Hij ziet gedurende de tijd dat het bedrag steeds hoger wordt, deze verhoging kan hij nemen als kosten. Die belegger haalt een deel van zijn rendement niet uit de rente maar uit wat hij aan het eind van de rit krijgt, namelijk een hoger bedrag. Dit is dus een financieringsstructuur die weer heel anders werkt dan die stedelijke erfpacht, maar het laat zien wat je in de praktijk aan variërende erfpachten tegenkomt.

Je hebt ook erfpacht als koopgarant. Daarmee proberen woningcorporaties een tussenstap te creëren van huur naar een eigen woning. Ze geven dan een flinke korting op de waarde van de onroerende zaak. Zo'n koper zou dit natuurlijk mooi kunnen doorverkopen, maar dat wil de woningcorporatie niet, want daarvoor bieden ze dit niet zo goedkoop aan. Dus ze willen het wel doen, maar ze willen wel zeker weten dat je dat bedrag niet gaat verzilveren. Daarom krijgt de koper geen eigendom, maar een erfpachtrecht dat heel erg lijkt op eigendom, maar in de voorwaarden staat dat als er verkocht wordt eerst toestemming gevraagd moet worden en dat er eerst aangeboden moet worden aan de woningcorporatie voor een prijs waarin die korting ook zit. Het is ook niet de bedoeling dat je gaat verhuren, want dan kun je daar weer geld mee binnen harken, dus ook dit staat in de voorwaarden dat dit niet mag.

Woonbron had ook een mevrouw die zo een woning had gekregen en die vrouw had wel verhuurd aan iemand anders, omdat ze was gaan samenwonen. De woningcorporatie had gezegd dat ze daar weer moest gaan wonen, want verhuur was niet toegestaan. Een week nadat ze ging samenwonen was die relatie echter stuk gelopen. Zij was dus zelf ook al bezig om de huur terug te draaien alleen dit was niet binnen de termijn dus wilde Woonbron alsnog dat ze er uit ging. Woonbron ging toen naar de rechtbank om op te zeggen. De wet zegt dat je alleen mag opzeggen wanneer er ernstig tekort wordt geschoten. De rechtbank zei dat dit hier niet het geval was. De woningcorporatie ging echter in hoger beroep en daar vond het hof Den Haag dat er wel sprake was van een ernstig tekortschieten, dus was die arme mevrouw toch haar huis kwijt.

Nog een voorbeeld is het Waagstracomplex in Groningen. Het complex staat op grond van de gemeente Groningen en is van een belegger. Daar zitten winkeltjes in en in de voorwaarden staat dat 30% van de winst naar de gemeente moet. Dit is een soort van meefinancieren door de gemeente door de grond in erfpacht te geven en vervolgens de winst die daarmee behaald wordt voor een gedeelte als afbetaling te krijgen.

Het genot van de erfpachter

Het genot kan ook worden beperkt tot een bepaald gedeelte van het complex, bijvoorbeeld uitsluitend tot de eerste verdieping met de toegang die daarvoor nodig is, maar de rest van het gebouw heb jij niet in genot. Overige delen van het complex kun je zo weer aan iemand anders in genot geven zonder dat je zit met een vereniging van eigenaars, omdat je nu niet hebt gesplitst in appartementen.

Het gebruik van erfpacht voor time share doeleinden is ook mogelijk, bijvoorbeeld die koprol op de maandagochtend die je in erfpacht kan geven aan iemand, de rest van de dagen kun je dan aan iemand anders in erfpacht geven. Bijvoorbeeld een zomerhuisje dat je in erfpacht geeft. Voor de maand augustus geef je het aan die en voor de maand september aan een ander.

Afwijkingen van de wet

Hoever kun je hiermee gaan? Het kneden van de erfpachtvoorwaarden?

Ten eerste moet je kijken in de wet. In veel gevallen staat er in de wet dat er in de akte van vestiging iets anders kan worden geregeld. De wet bepaalt dan uitdrukkelijk dat afwijkingen zijn toegestaan. Als zoiets er staat en je maakt van die bevoegdheid gebruik, dan heeft de afwijking van de regel goederenrechtelijke werking. Dus ook faillissementscuratoren moeten zich eraan houden hangende het faillissement.

De tweede categorie van gevallen betreft een situatie waarin de wet uitdrukkelijk zegt dat iets nietig is. Art. 5:87 lid 3 BW: 'Een beding dat ten nadele van de erfpachter van het vorige lid afwijkt is *nietig*. In de akte van vestiging kan aan de eigenaar de bevoegdheid worden toegekend tot opzegging, behoudens op grond van tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen.' Afwijkingen hebben geen verbintenissenrechtelijke werking en geen goederenrechtelijke werking, omdat het nietig is.

Ten slotte de derde categorie: de wet geeft een regeling, maar de wet geeft geen sanctie op afwijking daarvan. Een voorbeeld hiervan is art. 5:88 BW. In dit artikel staat dat opzegging bij deurwaardersexploot moet. Dit is goederenrechtelijk, maar derden hebben hier niks aan, want er staat geen sanctie op dus kunnen ze het moeilijk tegenwerpen.

Mensen willen ook dingen waar helemaal niks over is vastgelegd in de voorwaarden vastleggen. Bijvoorbeeld een exploitatieverplichting. Je regelt bijvoorbeeld dat in het pand een restaurant moet komen, dat het open moet zijn en ook wanneer. Je zult in de wet nergens tegenkomen dat dit in de voorwaarden mag. Ook zie je weleens een bouwplicht: twee jaar na de vestiging van erfpacht moet de grond zijn bebouwd en na bijvoorbeeld een half jaar moet met de bouw zijn begonnen. Hierover is in de wet helemaal niets geregeld. Maakt dit dan wel deel uit van de erfpacht of is het slechts een contractuele verplichting?

HR 16 maart 1977, NJ 1977, 399

Kernarrest hierbij is *HR 16 maart 1977, NJ 1977, 399*. De grond voor de erfpacht ligt gelegen naast een openbaar vaarwater. Zowel de grond als het vaarwater zijn in eigendom van de gemeente Rotterdam. In de erfpachtvoorwaarden was vastgelegd dat de grond gebruikt moest worden als haventerrein. Verder was de grondeigenaar verplicht om het water ernaast op acht meter diepte te houden zo stond het in de erfpachtvoorwaarden. Als het water namelijk niet diep genoeg is, kunnen niet de juiste schepen aanmeren. In ruil voor die verplichting was ook een extra financiële verplichting opgenomen voor die erfpachter. Daar rees de vraag of die verplichting tot op diepte houden van het water behoorde tot de goederenrechtelijke verhoudingen. Waarom doen die mensen dat, hier een procedure over voeren? Dit was een puur fiscale discussie. Op het moment dat je grond in eigendom krijgt dan betaal je overdrachtsbelasting, maar bij een hoge canonverplichting ben je niet bereid om de hoofdprijs voor dat genotsrecht te betalen. Als je een huis koopt met het recht van hypotheek er al op en je neemt die hypotheekschuld over van de ander, ga je dan minder of meer betalen voor dat huis? Je gaat er natuurlijk veel minder voor betalen, want het overnemen van die schuld kost al het nodige, dan ben je niet bereid om ook nog de prijs die het huis normaal waard is te betalen. Het kopen van een stuk grond met een erfpachtrecht erop houdt dit min of meer in. De Belastingdienst wil overdrachtsbelasting heffen over de waarde van het genotsrecht en dat financieringselement moet daarvan afgehaald worden. Bij een hoge canon betaal je ook meer overdrachtsbelasting. In deze procedure beweerde men dat hetgeen je betaalde voor het op diepte houden van het water geen canon was. Voor het kopen van de grond van de gemeente Rotterdam betaalde de koper een bepaald bedrag. De afspraak van het op diepte houden van het vaarwater maak je als erfpachter dan met de partij van de grond onder het water en niet met de eigenaar van de erfpachtgrond. Toevallig is dit hier wel dezelfde eigenaar, maar de erfpachtvoorwaarden zien gewoon alleen op de grond zelf en niet op de grond die er naast ligt, in dit geval het vaarwater. Wat vindt de Hoge Raad hier nu van?

Aanvullingen op de wet

Nee, zegt de Hoge Raad, dit maakt onderdeel uit van de goederenrechtelijke verhouding, omdat er geen strijd is met het 'wezen' van het erfpachtrecht. Het gaat dan met name om het criterium: "...dat deze verplichtingen [...] 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 gegeven, in rechtstreeks verband staan". Is dit een verplichting die verband houdt met het genot hetwelk de erfpachter van de grond zal kunnen trekken? Je hebt er weinig aan dat het een goederenrechtelijke verplichting is. Het is gek om dit te zien als onderdeel van de erfpachtverhouding. Het is een gekke casus maar het criterium is wel heel bruikbaar. Bijvoorbeeld bij de exploitatie van windmolens met een opstalrecht, in die voorwaarden kan staan dat degene van wie de grond is een verbod heeft op het bouwen van hoge gebouwen die de wind weg houden.

Duur van de erfpacht

Erfpacht kan men vestigen voor een bepaalde tijd (art. 5:98 BW). Ineens is dan een erfpacht afgelopen en daar gaan mensen eigenlijk niet vanuit. Ze heersen dan al die tijd als eigenaar over het erf, maar dat is dan ineens afgelopen, omdat het erfpachtrecht eindigt.

Vestiging voor onbepaalde tijd daarmee bedoelt men over het algemeen eeuwigdurend erfpacht. Zo'n erfpacht houdt nooit meer op. Wel is er de mogelijkheid tot *imprévision* volgens art. 5:97 BW. Lid 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 geleverd.

De voortdurende erfpacht is ook een belangrijke variant, ook dit recht houdt nooit weer op, maar na ieder tijdvak van bijvoorbeeld 50 jaar kan de regeling weer worden herzien. Na 50 jaar loopt de erfpacht door maar voor bijvoorbeeld een nieuwe canon en nieuwe voorwaarden, zo gaat dit in Amsterdam. Hiervoor moet de hoogte van de canon worden bepaald en dit gebeurt door taxateurs. Dit is echter heel moeilijk om te bepalen, want de hoogte van een canon wil men berekenen via de waarde van de grond. Een erfpachter is in economische zin eigenaar van het opstal en de grond is van de erfpachtgever. De waarde van grond zonder gebouw is echter moeilijk te vergelijken met grond waarop al een gebouw staat. Het waarderen van bebouwde grond zonder het gebouw is dus moeilijk te waarderen en hier is geen markt voor, maar dit is in ieder geval minder waard dan grond zonder gebouw. Dit is een lastige taxatieafweging. Hier bestaat veel discussie en debat over tussen taxateurs en dat leidt tot verschillende erfpachtgebieden. Dit leidt natuurlijk ook tot politiek rumoer. De gemeente Amsterdam heeft er nu dan ook voor gekozen om erfpachters van woningen te laten kiezen voor een eeuwigdurend erfpacht, zodat er niet elke 50 jaar weer getaxeerd hoeft te worden.

Grond in Amsterdam is niet zo duur omdat de huizen zo mooi zijn, maar omdat de voorzieningen er zo goed zijn en daarom moet de canon ook periodiek verhoogd kunnen worden. Je had ook nog weleens erfpachters die erfpacht kochten alsof het grond was en zich überhaupt niet druk maakten over het feit dat de gemeente na 50 jaar weer langs zou komen, dus dit was ook erg sneu voor de kopers van zo'n erfpacht.

Opzegging

Het is gebruikelijk om allerlei verplichtingen vast te leggen en men wil de voorwaarden zo inrichten dat je ook weer van de erfpacht afkunt. Dit is vrij strak geregeld in art. 5:87 BW. Als de erfpachter ervan af wil dan moet dit op elk moment kunnen. Hij moet misschien wel een termijn van een jaar in acht nemen, maar dan is hij er ook vanaf. Opzegging door de erfpachter is echter wel iets wat vrij geregeld kan worden, bijvoorbeeld dat de erfpachter zijn recht nooit kan opzeggen. Ook heb je bij die tijdvakerfpachten dat bij de nieuwe canon het ook mogelijk is om de erfpacht op te zeggen.

Het wordt ingewikkeld bij de opzegging door de grondeigenaar, de erfverpachter. Onder het oude recht gold dat de grondeigenaar om het minste en geringste kon opzeggen. Voordeel onder het oude regime was dan nog wel dat het door de rechter moest en die wilde dan nog weleens zeggen dat het in strijd was met de redelijkheid en billijkheid om op te zeggen, maar uiteindelijk was het makkelijk om de erfpacht te beëindigen. Bij de nieuwe wet wilde men dat dit moeilijker moest worden. Dit heeft geresulteerd in art. 5:87 BW. Je mag als grondeigenaar pas opzeggen als de erfpachter 2 jaar lang zijn canon niet betaalt. Er is ook een andere manier, maar dit kan alleen als er ernstig te kort wordt geschoten door de erfpachter (art. 5:87 lid 2 BW). Die toets kan soms best gemakkelijk behaald worden. Wel is er bescherming voor de erfpachter tegen lichtzinnig tekortschieten.

Een grondeigenaar neemt echter ook vaak op dat er opgezegd kan worden als het algemeen belang dit vordert. Gemeenten doen dit ook vaak, opzeggingen onder algemeen belang. Daarom was er een vereniging van allemaal gemeenten die dit hadden en die vereniging heeft het ministerie bestookt dat deze reden behouden moest blijven. Dit heeft geresulteerd in art. 5:87 lid 3 BW. Opzegging onder andere redenen is dus prima. Bij tekortschieten moet dus voldaan worden aan de strenge eisen van lid 2, maar

is er sprake van een andere reden, iets wat niet te maken heeft met tekortschieten dan kan dat zonder al te strenge eisen. Maar daar moet wel een regeling voor zijn opgenomen in de akte. Dit is dan ook het enige criterium. Zo moet je die verhoudingen tussen die bepalingen zien. Dit was zo cryptisch omschreven dat er na twee weken meteen al een toelichting werd gegeven in de WPNR (WPNR (1992) 6034, p. 89-90). In dat speelveld wordt gezocht naar allerlei grensgevallen.

Je komt nog weleens tegen dat opzegging mogelijk is vanwege het faillissement van de erfpachter. Is dit nu opzegging wegens tekortschieten of wegens een andere reden? Hier kun je heel ingewikkeld over doen, maar de gedachte is dat een rechter heel strak moet kijken waarom er nu precies wordt opgezegd, want als iemand failliet is en hij betaalt zijn canon nog dan is er toch geen sprake van tekortschieten, maar valt het onder een andere reden. Wanneer er echter al een jaar niet betaald is en iemand gaat failliet dan wordt er waarschijnlijk opgezegd wegens tekortschieten van de erfpachter en dan moet je kijken naar lid 2.

Vergoedingsrechten

Het idee bij het eindigen van de erfpacht is dat de erfpachter een vergoeding moet krijgen voor hetgeen hij heeft gebouwd op de erfpachtgrond (art. 5:99 BW). Je moet nu de waarde van de stenen taxeren. Dit is vrij lastig natuurlijk, want hoe zou je verf van een schilderij moeten taxeren zonder het doek daarbij te betrekken? Hoe waardeer je een gebouw zonder de grond in ogenschouw te nemen waarop het gebouw staat?

Als er wordt opgezegd wegens tekortschieten dan moet de waarde van het hele erfpachtrecht vergoed worden en dus niet alleen de waarde van de opstal. Je betaalt dan ook de bijbehorende overdrachtsbelasting nog een keer. Dit kost dus nogal wat. Hier vindt men ook wel weer oplossingen op. Bijvoorbeeld dat de grondeigenaar meteen een nieuw erfpachtrecht creëert en die op de executoriale verkoop te koop aan te biedt. Wat dat opbrengt is het gehele erfpachtrecht waard en dat moet worden betaald aan de erfpachter.

Overdracht

Uitgangspunt is dat je het erfpachtrecht gewoon kunt overdragen, maar heel veel voorwaarden zijn er ook op gericht om juist daarop te sturen. Voor welke doelen wordt dit gebruikt?

Het landgoed de Horsten in Wassenaar daar woont onze koning. Dit is nogal een terrein en was vroeger in eigendom van koningin Juliana. Ze wilde dit overdragen aan haar vier dochters, maar ze wilde voorkomen dat dit landgoed werd versnipperd. Dat ieder zijn stukje ging overdragen. Om dit te voorkomen is dit geregeld door de grond in eigendom te geven aan haar oudste dochter Beatrix (die heeft het inmiddels geschonken aan Willem Alexander), de rest werd in erfpacht gegeven aan de andere dochters. Er kan dan in de erfpachtvoorwaarden worden geregeld dat als ze de erfpacht willen overdragen dat hiervoor eerst toestemming moet worden gekregen van de bloot eigenaar en die heeft ook het recht van eerste koop.

Je ziet ook vaak dat een toestemmingsregeling puur gericht is op wie de gebruiker is van jouw grond. Je wilt voorkomen dat die erfpachter maar kan overdragen aan wie hij allemaal maar wil. Deze bepaling (art. 5:91 lid 1 BW) is tot stand gekomen toen de polders werden gecreëerd. De overheid wilde daar flink sturen over wie er mochten wonen. Dit was ook wel logisch want daarvoor werd het Haarlemmermeer op de executie geveild en daardoor kwamen er allemaal mensen die er helemaal geen

verstand van hadden. Daarom moest dit anders, dus kwamen er mensen langs om de eerste bewoners van de polders te screenen. De gedachte was dat bij elke opvolgende overdracht dit ook moest gebeuren. In dit speelveld is art. 5:91 BW in de wet gekomen. In de polders is dit echter nooit gebruikt. Maar bij Schiphol vervult deze bepaling wel een functie.

Splitsing in appartementsrechten

De combinatie van erfpacht en appartementen zie je heel vaak. In de eerste plaats is het mogelijk om grond uit te geven in erfpacht waarop een flat wordt gerealiseerd en de erfpacht wordt dan gesplitst in appartementsrechten. Een vrij nieuwe variant is dat grond wordt gesplitst in appartementsrechten en die appartementsrechten worden vervolgens uitgegeven in erfpacht.

Wil je in het eerste geval iets wijzigen aan je appartement dan moet daarvoor de appartementseigenaar meewerken maar ook de erfpachter en dat zijn dus alle appartementseigenaren, want die zijn allemaal gezamenlijk erfpachter.

Andersom is het veel praktischer, maar die mogelijkheid is pas sinds 2005 in de wet opgenomen. Je zou zeggen dat een erfpacht voor het gehele gebouw een canon heeft die maar moet worden verdeeld over alle gerechtigden. Dit is echter niet zo, de canon is gesplitst als ware het gemeenschappelijke kosten en iedereen is daar verantwoordelijk voor, maar het is wel zo dat de VvE aansprakelijk is voor het de gehele canon.

Je kunt ook in de erfpachtvoorwaarden zetten dat voor de eerste verdieping een bepaald bedrag aan canon verschuldigd is. Je kunt dus al voorsorteren met het oog op de toekomstige splitsing in appartementen (*Hoge Raad 6 november 1998, NJ 1999, 131 (Schoonheidssalon Aphrodite/gemeente Rotterdam)*). In de erfpacht kan dus al wat worden geregeld wat niet meer anders kan worden georganiseerd tussen de appartementseigenaren.

De andere variant is de splitsing door de grondeigenaar en vervolgens het uitgeven in individuele erfpacht. Dit staat geregeld in art. 5:118a BW. Normaal is het niet mogelijk om een opstalrecht te vestigen op een erfpachtrecht. De erfpachter kan namelijk ook geen eigendom geven aan iemand anders, omdat hij geen eigendom heeft, maar er kan wel een opstalrecht worden gevestigd op een appartementsrecht. Je hebt tegenwoordig erfpachters die een huis hebben met een tuin. Er komt iemand bij je langs ten behoeve van een opstalrecht voor een elektriciteitshuisje. Normaal kan je dit als erfpachter niet geven, omdat je erfpachter bent. Wat doen ze dan? De erfpachter splitst zijn erfpachtrecht in appartementsrechten en op dat losse appartementsrecht kan vervolgens wel een opstal gevestigd worden.

HC 18, 30-05-2018, registergoederenrecht

Beperkte rechten

Opstal

Onmiddellijk na het erfpachtrecht volgt in de wet het opstalrecht in titel 5.8 BW. Dit is maar een karig geregelde rechtsfiguur, maar je moet wel voor ogen houden dat het bijna op dezelfde manier is geregeld als het erfpachtrecht. Bijna alle dingen die je met erfpacht kunt maken kun je ook met opstal maken en andersom. Het kenmerkende van het opstalrecht is dat de opstaller eigenaar wordt van de opstallen op

grond van iemand anders. Dit doorbreekt de verticale natrekking, want normaal ben je als grondeigenaar ook eigenaar van alle werken, gebouwen en beplantingen. Maar bij opstal is dit dus niet zo. Dit klinkt als heel wat, maar dat valt eigenlijk vies tegen. Normaal gesproken mag je als eigenaar alles doen met je spullen, maar dit is bij opstal heel erg beperkt, want het is gebruikelijk dat het voor bepaalde tijd wordt vastgesteld en na die looptijd verliest die opstalgerechtigde zijn recht. Het is mogelijk dat de opstal beperkt overdraagbaar is of dat het alleen voor bepaalde dingen gebruikt mag worden of dat er periodiek vergoedingen betaald moeten worden. Alle beperkingen die mogelijk zijn bij een erfpachtrecht zijn dus ook mogelijk bij een opstalrecht. Een erfpachter is alleen geen eigenaar van de opstal. Theoretisch is een opstalrecht iets wat de natrekking doorbreekt, maar in de praktijk is er maar heel weinig verschil tussen een opstalrecht en erfpachtrecht.

Als je een opstal vestigt met het gevolg dat je eigenaar wordt van dat huis op andermans grond dan heb je daar maar weinig aan, want die grond is niet van jou. Bij de Amsterdamse praktijk had men dus net zo goed kunnen kiezen voor opstalrechten, omdat daar ook alles mee geregeld zou kunnen worden.

Eén belangrijke uitzondering op het voorgaande is dat een opstalrecht afhankelijk kan worden gemaakt van een ander recht. Met afhankelijkheid wordt bedoeld dat een bepaald recht niet kan bestaan zonder een ander recht (art. 3:7 BW). De eigendom die de opstaller heeft is afhankelijk van het opstalrecht. Dat is bijna altijd zo. Met het eindigen van het opstalrecht gaat die eigendom ook weer weg bij de opstalgerechtigde. De eigendom van de opstalgerechtigde volgt het opstalrecht. Het kan ook zijn dat iemand al eigenaar is van onroerend goed op grond van iemand anders en dat het opstalrecht er komt om dat te legaliseren. Dit is het geval bij overbouw in geval van grensoverschrijding van een erf, dus bij horizontale natrekking. De andere mogelijkheid staat in art. 5:20 lid 2 BW, de eigendom van een netwerk ligt bij de bevoegde aanlegger en dat kan best iemand anders zijn dan de eigenaar van de grond. Als je dan toch een opstalrecht vestigt dan vloeit de eigendom voort uit horizontale natrekking of 5:20 lid 2 BW en door het opstalrecht mag je eigendom hebben op de grond van iemand anders. Nu is de eigendom dus niet afhankelijk van het opstalrecht. Als je het opstalrecht overdraagt dan gaat de eigendom niet over op die ander, want bij het netwerk moet je het hele netwerk overdragen wil je de eigendom overdragen.

Art. 5:20 lid 2 BW zorgt ervoor dat je uitsluitend eigenaar wordt, maar het regelt niet de ligrechten van het netwerk. Je hebt ook toestemming nodig om die netwerken daar te mogen houden. Dit is echter niet logisch om te regelen met een opstalrecht, beter zou zijn om dit met een erfdienstbaarheid te regelen net als bij de overbouw. Bij een opstalrecht heb je namelijk steeds twee verschillende dingen: een eigendomsrecht en een opstalrecht, dit heb je niet bij een erfdienstbaarheid. De tweede reden waarom je hierbij veel opstalrechten ziet, is dat die netwerkregeling er nog niet zo lang is en die bepaling is in werking getreden ook voor alle netwerken die daarvoor in de grond zijn gelegd. Als je voor 1 februari 2007 een netwerk hebt gelegd dan moest je die natrekking doorbreken en dan zag je vaak dat dat gebeurde door een opstalrecht te vestigen. Op 1 februari 2007 is dit veranderd. Er is een andere eigendomsgrondslag nu en dat maakt systematisch nogal een verschil.

Je hebt afhankelijke eigendom die is redelijk standaard, maar je hebt ook het afhankelijke opstalrecht. Dit zijn twee heel verschillende dingen. Als je een opstalrecht afhankelijk maakt dan creëer je een zodanig opstalrecht dat dit uitsluitend kan bestaan als diegene ook een ander recht in zijn vermogen heeft. Je kunt dan denken aan een huuropstalrecht. Je hebt een huurder van een pand en die wil een garage bouwen in de tuin en daar wil hij eigenaar van worden dus dan kan je hem daarvoor een opstalrecht geven. Als de huur eindigt dan is het gevolg daarvan dat het opstalrecht blijft bestaan. Dit is natuurlijk niet de bedoeling dus de wetgever zegt dat dit niet hoeft, want je kunt het opstalrecht

afhankelijk maken van de huur en als de huur afloopt dan houdt ook het opstalrecht op te bestaan. Als de huur overgaat op iemand anders dan gaat ook het opstalrecht mee over, dit kun je allemaal zo regelen. Wat heeft een huurder nu echt aan een opstalrecht? Waarom zou een huurder dit nu graag willen hebben? Hier kan je namelijk helemaal niks mee. Er is maar een reden waarom je dit zou doen en dat is vanuit het perspectief van de verhuurder. Als je een huurder hebt die graag wil klussen, maar dit niet kan doordat hij twee linkerhanden heeft en dus een gebrekkige opstal realiseert dan is de bezitter van de opstal aansprakelijk voor gebrekkige opstal en die bezitter is de verhuurder. Om het bezit en daarmee de aansprakelijkheid van de opstal bij de huurder te krijgen kun je een opstalrecht voor de huurder vestigen.

Waar zie je dit terug in de praktijk? Je hebt Staatsbosbeheer die heel veel bossen bezit en daar heb je soms van die klimparken in en die locaties worden nogal eens verhuurd door Staatsbosbeheer. Zij willen echter niet aansprakelijk zijn mocht het misgaan. Daarom wordt er nog weleens een opstalrecht gevestigd op zo'n klimpark om de afspraak van de aansprakelijkheid goederenrechtelijk vast te leggen bij de huurder.

Een ander voorbeeld is de Jumbo die grote supermarkten en bedrijfshallen heeft en die daken zijn buitengewoon geschikt voor zonnepanelen. Vaak worden die panden gehuurd, maar de verhuurder wil niet aansprakelijk zijn voor zonnepanelen die van het dak afwaaien en daarom wordt daar dan een afhankelijk opstalrecht op gevestigd.

Een andere rechtsfiguur waar zo'n afhankelijk opstalrecht wel aan wordt gekoppeld is de erfdienstbaarheid. Iemand had een pand en wilde graag zonnepanelen realiseren, maar op zijn eigen dak had hij daar geen plek voor. De buurman had wel plek en wilde geen zonnepanelen. Hoe kun je regelen dat de buurman gerechtigd is tot het houden van zonnepanelen op jouw dak? Normaal regel je dat met een erfdienstbaarheid. Het punt is alleen dat die erfdienstbaarheid niet tot gevolg heeft dat de verticale natrekking wordt doorbroken. Jij wordt gewoon eigenaar van de zonnepanelen van je buurman. Wil je dit anders dan moet je aan die erfdienstbaarheid nog een afhankelijk opstalrecht koppelen. Zo heb je ook een opstalrecht op diezelfde onroerende zaak en dat kun je aan die erfdienstbaarheid koppelen. Als de buurman zijn pand overgaat op iemand anders dan gaat automatisch de erfdienstbaarheid mee met het heersend erf en het opstalrecht gaat mee met de erfdienstbaarheid. Zou je alleen een opstalrecht vestigen dan houdt die eigenaar als hij zijn pand overdraagt nog wel de eigendom van de zonnepanelen, maar door dit te koppelen aan de erfdienstbaarheid hoort alles bij dat huis en gaat alles mee over.

Je had ook een arrest Stok/Staat: je bent eigenaar van een stuk grond en je hebt aan een ander een recht gegeven om een olietank in jouw grond te hebben. De consequentie van die erfdienstbaarheid is dat de buurman alleen die olietank daar mag hebben, maar als dat ding gaat lekken dan is de grondeigenaar aansprakelijk, omdat hij ook eigenaar is van de olietank door verticale natrekking. Om dit te voorkomen moet er ook een opstalrecht op gevestigd worden, want dan is die ander wel eigenaar en dus aansprakelijk voor de lekkende tank.

Mogelijkheden

Voor kabels en leidingen was veel opstal, maar dat is nu niet meer nodig door de nieuwe wetgeving en je ziet het nu dus veel bij huurders, de huurafhankelijke opstalrechten.

Afhankelijk opstalrecht

Huurders willen die opstallen echter nog weleens hypotheek financieren. Wat is nu het probleem? Art. 3:228 BW zegt dat je uitsluitend hypotheek kunt vestigen op overdraagbare goederen en een afhankelijk opstalrecht is nu eenmaal niet echt overdraagbaar, want het is gekoppeld aan het huurrecht. Het laat zich niet bij een executoriale verkoop vervreemden, dus om er een hypotheek op te vestigen is een opstalrecht helemaal niet een handig middel. Dus wat doe je dan? Niet een huurafhankelijk recht geven, maar een huuraanvullend opstalrecht geven. Stel je hebt een huurder van een terrein van een onbebouwd stuk grond en de huurder wil daarop een bouwspel realiseren, een loods bijvoorbeeld op een haven terrein. Om dit te kunnen doen krijgt hij een zelfstandig opstalrecht met het risico dat hij het overdraagt aan iemand die niet de huurder is. Wat men vervolgens in de huurovereenkomst regelt, is dat als dat gebeurt, het huurrecht onmiddellijk kan worden beëindigd. Het opstalrecht kan dus worden overgedragen, maar dat heeft onmiddellijke consequenties voor de huurrelatie. Ook staat er in de voorwaarden van het opstalrecht dat de opstaleigenaar verplicht is om een huurrelatie te hebben met de grondeigenaar. Dus de ene huur wordt meteen opgezegd en dan komt er een nieuwe opstalgerechtigde en die moet meteen een huurovereenkomst aangaan met de grondeigenaar. Huuraanvullende opstalrechten zijn dus gewoon zelfstandige opstalrechten.

Gebruiksrecht opstaller

Niet het gebruik van de grond staat centraal, maar de eigendom van de opstal. In heel veel gevallen wordt echter wel in de voorwaarden geregeld dat de opstaller wel degelijk het gebruik van de grond heeft. Het is dus best mogelijk om een terrein te hebben, stel landbouwgrond en iemand wil daar windmolens op hebben. Je kunt dan regelen dat de opstaller het genot krijgt van het hele terrein als uitvloeisel van zijn opstalrecht. Voor zover dat dit opstalrecht voldoende verband houdt met de kern van de eigendom van die opstal. Vaak zie je ook dat de eigenaar van de grond zijn schapen en koeien nog wel op die grond mag hebben, maar er niet op mag bouwen, omdat het genot bij de opstaller ligt. Dit heeft de Hoge Raad bepaald in: Hoge Raad 11 maart 1981, NJ 1982, 76 (Opstalrecht).

Tenietgaan opstalrecht

Dit kan ook hetzelfde als bij een erfpacht. Bij een afhankelijk opstalrecht geldt daarbovenop nog dat het automatisch eindigt wanneer het hoofdrecht eindigt. Dus als een huurovereenkomst eindigt dan eindigt daarmee ook het afhankelijk opstalrecht. Om dit te laten blijken in de openbare registers moet dit echter wel ingeschreven worden in de openbare registers. Art. 3:24 BW is hier ook op van toepassing, maar rechtsopvolgers onder bijzondere titel kennen we helemaal niet bij afhankelijk opstalrechten, want een afhankelijk opstalrecht kun je helemaal niet los kopen, dan moet je het huurrecht ook overnemen. Het niet inschrijven van het eindigen van het opstalrecht voegt dus niet heel veel toe aan bijvoorbeeld het inschrijven van het eindigen van de erfdienstbaarheid.

Erfdienstbaarheden

In titel 5.6 BW staat de erfdienstbaarheid geregeld, de befaamde rechten van overpaden zijn dit vaak. Vroeger hield dit heel veel in. Bijvoorbeeld het recht van goot en ook het recht van drop dat je jouw water mocht laten druppelen op het buurerf. Ook had je het recht op een gemeen secreteet. Met een secreteet bedoelt men een toilet en met gemeen gemeenschappelijk. Dus dan had je een recht op een gemeenschappelijk toilet. Je had ook het recht op inbalking dat een ondersteunende balk van jouw huis op het erf van de ander mocht staan.

Tegenwoordig als je in het BW kijkt zie je een heel algemene definitie van de erfdienstbaarheid. Een erfdienstbaarheid is een last, waarmee een onroerende zaak - het dienende erf - ten behoeve van een andere onroerende zaak - het heersende erf - is bezwaard (art. 5:70 BW). Je hebt 2 erven, het heersende erf en het dienende erf. De eigenaar van het dienende erf moet iets dulden of niet doen en de eigenaar van het heersende erf heeft daarmee corresponderende rechten. De eigenaar van het dienende erf heeft bijvoorbeeld een gemeen secreet en moet dulden dat degene van het heersende erf daar gebruik van maakt. Al de bovenstaande dingen kunnen worden verankerd in een erfdienstbaarheid. Bijzonder hieraan is dat het een beperkt recht is. Ten aanzien van welk erf is het een beperkt recht? Op het dienende erf drukt het, dit is een verplichting die rust op dat erf. Per definitie is het ook een afhankelijk recht, het is namelijk afhankelijk van het heersende erf. Als het heersende erf namelijk overgaat op iemand anders, dan gaat het mee naar de nieuwe eigenaar, want het rust op het heersende erf.

Het zou ook kunnen dat je met een erfdienstbaarheid afwijkt van bepalingen die geregeld zijn in het burendrecht. De ene buur wil bijvoorbeeld ramen maken in zijn huis en dat geeft uitzicht op het dienende erf dan moet dat dienende erf dat dulden als daar een erfdienstbaarheid op wordt gevestigd.

Ontstaan erfdienstbaarheid

Allereerst kan een erfdienstbaarheid ontstaan door vestiging, maar ook door verjaring en dat staat expliciet in art. 5:72 BW. Ten aanzien van een recht van overpad werd in het oude BW geregeld dat dit uitsluitend kon bestaan als dit voortdurend en zichtbaar uitgeoefend werd. Dit moest dan gedurende 30 jaar. Dit was praktisch gezien uitgesloten dat het door verjaring zou ontstaan, want dan zou je de hele tijd heen en weer moeten lopen gedurende 30 jaar. Hier heeft de Hoge Raad één keer een uitzondering op gemaakt. Het betrof drie onroerende zaken, de buitenste twee van het rijtje waren van A en het middelste van B aan de kanten van B zat aan beide stukken grond van A een deur en daartussen liep een pad. Hier vond de Hoge Raad door de uiterlijke kenmerken dat er wel sprake was van een erfdienstbaarheid.

Tegenwoordig moet je gewoon ondubbelzinnig bezit hebben van een erfdienstbaarheid. Wanneer kan dit bezit begonnen zijn? Hier is overgangsrecht van toepassing, je mag voor de duur van het bezit ook de periode voor 1992 hierin meenemen, maar wat nu bezit is, was toen niet per definitie bezit. Als voor die tijd geen sprake was van zichtbaar en voortdurend bezit dan was er geen bezit en pas vanaf het moment van 1992 zou er pas bezit zijn. Dus de verjaringstermijn zal pas voltooid zijn op 1 januari 2012. Vanaf dan was het mogelijk om echt erfdienstbaarheden te krijgen door verjaring zonder extreme omstandigheden als in het geval van het arrest. Maar wat gebeurde er 1 januari 2012? Helemaal niks. Het is nog steeds dubieus hoe het tegenwoordig is geregeld als je bezit hebt. We weten dus nog steeds niet goed wat er nu nodig is om het bezit van zo'n erfdienstbaarheidpad uit te oefenen.

Er moeten machtsuitoefeningen plaatsvinden die niet gebaseerd zijn op de toestemming van de ander. Is het voldoende om af en toe over het terrein van de buuren te gaan? Is het voldoende om een pad te realiseren op je eigen erf dat heel duidelijk uitkomt op het pad van je buuren? Je creëert een bepaalde feitelijke situatie die ervan uit gaat dat het zo is als dat het eruit ziet. Dit is best omstreven, maar je kunt het best corresponderen met het bezit van een erfdienstbaarheid, maar nog niet duidelijk is of dit nu zo is.

Erfdienstbaarheid: rechten en plichten

Het krachtens jouw eigendomsrecht dingen doen volgens verplichting dat is iets wat niet hoort bij een erfdienstbaarheid, maar het kan wel. Zoals het betalen van retributie aan de eigenaar van het dienende erf (art. 5:70 lid 2 BW). Dit is dan periodiek. Wat ook kan (art. 5:71 lid 2 BW) is de eigenaar van het dienende erf te verplichten tot het aanbrengen van gebouwen en werken die voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid nodig zijn voor zover deze op het dienende erf liggen. Je moet bijvoorbeeld een pad aanleggen en onderhouden waarover degene van het heersende erf mag lopen. De verplichting tot onderhoud kan echter ook een zelfstandige erfdienstbaarheid zijn. Dus een uitsluitende onderhoudsverplichting zonder dat daar een dulden of niet doen tegenover staat.

'Recht van overpad met kar en paard?'

Een heel praktisch probleem betreft dat heel veel erfdienstbaarheden heel erg oud zijn. Bijvoorbeeld dat het al in 1850 is gevestigd en in de notariële akten moet je dan proberen te ontcijferen wat het nu precies inhoudt. Bijvoorbeeld dat een recht van overpad wordt gegeven voor kar en paard. Wat betekent zo'n erfdienstbaarheid nu tegenwoordig? Kan de eigenaar van het dienende erf nu zeggen dat kar en paard prima is, maar die BMW van de buurman mag niet? Wat zou men hier toen naar objectieve maatstaven bedoeld hebben? Dat je er langs mag met je voertuig. Maar als je een heel zwaar landbouwvoertuig eroverheen laat gaan, mag dit nu ook? Het hangt ervan af wat men hiermee bedoeld heeft, dat moet je afleiden uit de context van de stukken, maar meestal zul je zien dat het de bedoeling is dat men alleen met een licht vervoermiddel eroverheen mag, dus bijvoorbeeld met je auto en niet alleen met je fiets of te voet. Ook bij zulke omschrijvingen moet je kijken naar wat men redelijkerwijs heeft bedoeld te organiseren met deze erfdienstbaarheid.

Inhoud erfdienstbaarheid (art. 5:73 BW)

Aan de inhoud van een erfdienstbaarheid refereert art. 5:73 BW. Als de tekst onduidelijk is biedt art. 5:73 BW je de mogelijkheid om dit te verruimen. Je mag ook kijken naar de plaatselijke gebruiken en naar hoe deze erfdienstbaarheid gedurende lange tijd zonder gezeur altijd gebruikt is. Meestal zie je dat heel lang die auto eroverheen is gegaan zonder dat daarover gezeurd werd en dan krijgen de burens ruzie over iets anders en dan haalt één van die burens die oude akte erbij en daarin staat kar en paard, dus geen auto! Hier speelt art. 5:73 BW dus op in, als het lange tijd zo is gegaan dan moet je constateren dat de erfdienstbaarheid dit gewoon toestaat.

Wijze van uitoefening (art. 5:74 BW)

De rechten die je krijgt mag je uitoefenen, maar meer dan dat ook niet. Wil je meer bevoegdheden dan moet je dat maar regelen in je erfdienstbaarheid.

Een mooi voorbeeld hiervan is de afsluiting van het dienende erf. Dit mag namelijk, zoals staat in het burensrecht. Burens van het heersende erf hebben een recht van overpad over het dienende erf. Het heersende erf was helemaal omheind met een hek naar het erf van de burens en dan zat er een pad naar de weg. Mevrouw van het dienende erf wilde echter ook een hek om haar tuin, maar dat vond die andere mevrouw niet leuk, want het was al 50 jaar zo. Hier is gewoon kernjurisprudentie over van de Hoge Raad en daarin zegt de Hoge Raad dat de afsluiting van het dienende erf mag als er maar de mogelijkheid wordt gegeven aan het heersende erf om daaroverheen te blijven gaan, bijvoorbeeld door een sleutel te geven (*HR 23 juni 2006, NJ 2006, 352*).

Er mag echter geen verbod van verzwaring bestaan. Als je uitsluitend regelt dat het heersende erf over het dienende erf mag en verder niks dan kan het zo zijn dat er later een zwaardere last komt te rusten op het dienende erf. Bijvoorbeeld dat er eerst een iemand woont op het heersende erf en alleen die gaat over het pad heen, dan wordt het verkocht aan een gezin met vier kinderen en die mogen er dan allemaal overheen. Wat ook maar al te vaak voor komt is dat er op het heersende erf bijvoorbeeld een Q-park komt en de bezoekers daarvan mogen er dan ook allemaal overheen, want het dienende erf moet dit maar dulden. Je moet dus specifiek aangeven dat het uitsluitend om een huis moet gaan, of dat er niet meer dan een auto overheen mag. Met een vaag omschreven erfdienstbaarheid riskeer je dat de last mettertijd steeds groter wordt.

Verleggingsrecht

Art. 5:73 lid 2 BW: er mag geen vermindering van het genot van het heersende erf plaatsvinden. Dus als je wilt verleggen dan moet het verlegde gedeelte op het dienend erf blijven. Hier wordt het belang van het dienende erf ontzien. Als een erfdienstbaarheid gevestigd is op een heel groot terrein dan zal het in aanvang vrij duidelijk zijn waar de eigenaar van het heersende erf overheen mag lopen. Maar de eigenaar van het dienende erf heeft ook de mogelijkheid om het pad te gaan verleggen, mits dit geen afbreuk doet aan de erfdienstbaarheid. Je moet dit wel zeggen dat je dit gaat doen, maar vervolgens mag je dit wel gewoon regelen.

Kwalitatieve bedingen

Art. 6:252 BW met daarin een kwalitatieve verplichting, lijkt op een erfdienstbaarheid, maar is een verplichting die rust op een registergoed dat moet dulden of nalaten een handeling met betrekking tot dat registergoed. Hier wordt in het volgende college nader op in gegaan.

Een kwalitatief recht is dat iemand een aanspraak heeft en dit is vaak een garantie. Die rechten die je hebt horen bij dat goed. Die gaan automatisch over op opvolgende gerechtigden. Dit is een kwalitatief recht, hier zorgt art. 6:251 BW voor. In vastgoed heb je dat ook. Garanties ten aanzien van aannemers of bouwers. De rechten zijn voor overgang vatbaar en hebben een specifieke verbondenheid met het goed. Je hebt uitsluitend aanspraak op dat recht zolang je dat goed hebt. Zulke aanspraken gaan in principe over op de ander.