

# Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen<sup>1</sup>

*Is het mogelijk in het kader van circulair bouwen een recht van erfpacht te vestigen ten behoeve van een gevelleverancier, waarbij het genot van de erfpachter beperkt is tot dat van de gevel? Deze vraag staat in deze bijdrage centraal. Besproken zal worden of het mogelijk is om door middel van instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht tegemoet te komen aan de wens in de praktijk om een recht van erfpacht te vestigen ten behoeve van een beperkt gedeelte van een gebouw.*



Mw. mr. dr. P.J. van der Plank\*



Mr. D. de Jong\*\*

## 1. Circulair bouwen

Waarom zou een gevelbouwer rechthebbende willen blijven van een door hem geplaatste gevel? Enerzijds is de reden hiervoor om de grondstoffen/onderdelen waaruit een gevel is opgebouwd te kunnen hergebruiken. Het aantal grondstoffen is beperkt en de voorraad is eindigend.<sup>2</sup> De gevelbouwer is degene voor wie het hergebruiken van onderdelen en grondstoffen van de gevel de meeste waarde vertegenwoordigt. Door gevels te ontwikkelen, waarvan de grondstoffen en onderdelen op een zeker moment hergebruikt kunnen worden, wordt kapitaalvernietiging voorkomen. Anderzijds wordt bij de ontwikkeling van gebouwen nog lang niet altijd gekozen voor de hoogste kwaliteit. Waarom zou een opdrachtgever kiezen voor de kwalitatief beste (of althans: betere) en duurzame gevel, terwijl ook gekozen kan worden voor een goedkopere en minder duurzaam alternatief dat eveneens aan de eisen van de markt (lees: beleggers) voldoet?

Kwalitatief betere gevels hebben vaak lagere onderhouds- en vervangingskosten, zodat deze op de lange termijn goedkoper voor zowel gebruiker als eigenaar van het gebouw kunnen zijn. Vervanging van de gevel is in het huidige 'klassieke overdracht-model'<sup>3</sup>, waarbij een opdrachtgever na ontwikkeling het gebouw (met huurder) overdraagt aan een belegger, veelal de zorg van laatstgenoemde. Bij opdrachtgevers bestaat in dit model om die reden niet altijd de motivatie te kiezen voor een duurder, maar wel kwalitatief hoogwaardigere en duurzamere optie, indien dit prijsverschil niet verdisconteerd zit in de prijs die hij bij overdracht verkrijgt.

Het idee achter circulair bouwen is dat de focus verschuift van bezit naar gebruik en daarmee van aankoopprijs naar gebruikskosten.<sup>4</sup> Een gevel wordt in zo een geval door de gebruiker van een gebouw geleased van de gevelbouwer (lees:

\* Professional support lawyer werkzaam bij Houthoff. ([p.van.der.plank@houthoff.com](mailto:p.van.der.plank@houthoff.com))

\*\* Kandidaat-notaris werkzaam bij Houthoff. ([d.de.jong@houthoff.com](mailto:d.de.jong@houthoff.com))

1. Het onderzoek waarop dit artikel gebaseerd is, is mede mogelijk gemaakt door Stichting Fundatie Bachiene, welke stichting onder meer ten doel heeft het stimuleren van onderzoek en andere werkzaamheden van wetenschappelijke en praktijkgerichte aard op het gebied van het vastgoedrecht.
2. Zo werd op 24 januari 2017 door 180 partijen het Nationaal Grondstoffenakkoord getekend in Den Haag. De ambitie van dit akkoord is blijkens de tekst van de overeenkomst, om gezamenlijk een circulaire economie te realiseren, waarmee efficiënt en slim omgegaan wordt met grondstoffen en materialen om het verdienvermogen van de Nederlandse economie te versterken en het duurzaam omgaan met kapitaal en klimaat- en andere milieudoelstellingen te realiseren. Dit tegen de achtergrond van het programma 'Nederland Circulair in 2050'. Zie over de juridische uitdagingen die dit oplevert eveneens: A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2018, p. 71.
3. Dit is geen algemeen gebruikte term, maar is door ons gekozen als duiding en beschrijving van de bestaande manier van gebouwontwikkeling en daaropvolgende overdracht.
4. Zie over circulair bouwen: R. Koolhoven, 'Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht', in: *Circulair bouwen* (VBR Preadvies), Den Haag: IBR, N.C. Streep, 'De eigendom voorbij', *Ars Aequi* 2018/612, R. Koolhoven, 'Worden 'slimme' zaken ook nagetrokken in de circulaire economie?', *WPNR* 2018/7194, M.A.B. Chao-Duivis, 'Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel I)', *TBR* 2017/154, A.M. Schmidt, 'Diensten in de circulaire economie en enkele mogelijke privaatrechtelijke belemmeringen', M en R 2017/120.A.J. Mes, H.D. Ploeger, B.A.M. Janssen, *Eigendom van onroerende zaken, met name natrekking*, in: *Boek 5 van de Toekomst* (KNB Preadvies) Den Haag: Sdu 2016, p. 158 en M. van der Veen, M. Hulshof, H.D. Ploeger, *Cascokoop: wenkend perspectief binnen een circulaire economie*, *WPNR* 2014/7033.

erfpachter). Voor de eigenaar of gebruiker van het gebouw betekent dit dat hij voor een vast bedrag per maand het gebruik van een gevel heeft, die gedurende de volledige levensduur voldoet aan vooraf overeengekomen specificaties. De gevelbouwer is gedurende de lease verantwoordelijk voor het onderhoud en eventuele vervanging van de gevel. Hoewel dit wellicht als een omslachtige constructie kan klinken, wordt de roep in de praktijk om dit juridische mogelijk te maken luider. Om die reden in deze bijdrage een verkenning naar de mogelijkheden die het recht van erfpacht biedt.

## 2. Waarom een recht van erfpacht en geen opstalrecht?

In de literatuur wordt reeds jaren de discussie gevoerd in hoeverre bestanddelen van een gebouw verzelfstandigd kunnen worden middels het vestigen van een opstalrecht.<sup>5</sup> Art. 5:101 BW bepaalt dat een opstalrecht gevestigd kan worden om een 'gebouw of werk' (of beplanting) in eigendom te verkrijgen. Uit deze formulering wordt afgeleid dat hetgeen door middel van een opstalrecht verzelfstandigd wordt een zekere mate van zelfstandigheid, c.q. individualiseerbaarheid dient te hebben. Onduidelijkheid bestaat echter over de vraag hoe men bepaalt of iets voldoende individualiseerbaar is om het te kunnen verzelfstandigen met een opstalrecht. Algemeen wordt aangenomen dat natrekking op grond van art. 3:3 jo 5:20 lid 1 sub e BW in ieder geval doorbroken kan worden, maar of dat ook geldt voor zaken die op grond van art. 3:4 BW-bestanddeel zijn, bestaat discussie. Sommige auteurs zijn stellig in dat het kan,<sup>6</sup> anderen bepleiten dat het niet kan.<sup>7</sup> Een uitgebreide bespreking van deze discussie schiet echter voorbij aan het doel van deze bijdrage.<sup>8</sup>

Wat betreft een gevel zijn wij overigens van mening dat zeker verdedigd kan worden dat deze een voldoende mate van zelfstandigheid heeft. Zo heeft de Hoge Raad zeer recentelijk nog een arrest gewezen waarbij een bedrijfspand gesloopt werd, met uitzondering van de gevel. De gevel werd vervolgens geïntegreerd in het nieuwe gebouw.<sup>9</sup> Ook bij de verbouwing van het De La Mar Theater aan de Marnixstraat in Amsterdam werd de gevel uit 1880 behouden en aangevuld met een moderne gevel. Anderzijds zijn tegenargumenten ook mogelijk, beseffen wij. Gezien de onduidelijkheid die bestaat over de beperkingen die gelden voor de vestiging van het opstalrecht, wordt gezocht naar andere goederenrechtelijke mogelijkheden om circulair bouwen mogelijk te maken.

## 3. Toepassing van het recht van erfpacht ten behoeve van een gevel

De centrale vraag in deze bijdrage luidt of het mogelijk is een recht van erfpacht te vestigen ten behoeve van een gevelbouwer, opdat hem de bevoegdheid toekomt een gevel aan te brengen voor een gebouw, ten aanzien waarvan hij zich als eigenaar kan gedragen. Het idee is dat de gevel vervolgens geleased wordt door de eigenaar (of gerechtigde) van de rest van het gebouw. Gedurende de looptijd van het recht van erfpacht is de erfpachter verplicht de gevel te onderhouden.

5. Zie o.m. A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2018, p. 568-571; K.J.H. Hoofs, *Doorbreking van de natrekking in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Maastricht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 97-101; H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties. Koop*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 44-46; Pitlo/Snijders & Rank-Berenschot 2017, nr. 708; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/335-342, 362; H.D. Ploeger & J. de Jong, *Erfpacht en opstal*, Deventer: Kluwer 2008, p. 79-80. T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 627-632.; H.D. Ploeger & J.E. Stoter, '3D Kadaster en volumepercelen. Ruimtelijke verdeling van vastgoed', *WPNR* 2005/6609; G.E. van Maanen, 'Ondergronds en bovengronds bouwen. De juridische infrastructuur', *WPNR* 1998/6326; H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, nrs. 223-228; Asser/Davids, Mijnsen & Van Velten 3-II 1996, nr. 89; Asser/Beekhuis, Davids, Mijnsen & Van Velten 3-II 1990, nr. 310.
6. Zo is Kleyn zeer stellig dat het mogelijk is art. 3:4 BW-bestanddelen te verzelfstandigen met een opstalrecht, zie W.M. Kleyn, 'Wat is onroerend en wat is roerend?', *JBN* 1995/95. Zie eveneens in positieve zin: Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/249, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, 2012, nr. 668 en 708, Th.F. de Jong, *De structuur van het Goederenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.
7. E.C.M. Wolfert, 'Bestanddeel of zaak? Over het onderscheid en de samenhang tussen de artikelen 3:4 en 5:20 BW. (II, slot)', *WPNR* 2003/6525, p. 284-285. Zie eveneens: J. Th. Smalbraak, 'Opstalrecht of appartementsrecht', *WPNR* 1975/5292, p. 59. In zijn dissertatie was Ploeger stellig dat het niet kon (H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 218), maar lijkt minder stellig in J. de Jong en H.D. Ploeger, *Mon. BW B28, Erfpacht en Opstal*, Deventer: Kluwer 2008, p. 80.
8. Voor een uitgebreide bespreking van de discussie en de visie van auteurs hierop, verwijzen wij naar: P.J. van der Plank, 'Is het mogelijk art. 3:4 BW-bestanddelen te verzelfstandigen door middel van het vestigen van een recht van opstal?', *WPNR* 2016/7108 en P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016, p. 42-54.
9. HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1866. De vraag die aan de Hoge Raad voorgelegd werd was of een nieuw gebouw c.q. bouwterrein was geleverd, zodat de levering belast was met omzetbelasting en een beroep gedaan kon worden op de vrijstelling van overdrachtsbelasting ex art. 15.1.a WBR.

Bij het einde van het recht van erfpacht (of bij het einde van de levensduur van het gebouw) moet de mogelijkheid bestaan dat de erfpachter de gevel wegneemt, teneinde de grondstoffen te kunnen hergebruiken. De vraag is of de regeling omtrent het erfpachtrecht dit samenspel van rechten en verplichtingen mogelijk maakt.<sup>10</sup>

Op grond van art. 5:85 BW geeft het recht van erfpacht aan de erfpachter de bevoegdheid eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken. Uit art. 5:89 lid 1 BW kan afgeleid worden dat het genot van de erfpachter in de akte van vestiging beperkt kan worden. De erfpachter is ook bevoegd om op de zaak die hij in erfpacht heeft gebouwen, werken of beplantingen aan te brengen. Wat betreft de term 'gebouwen en werken' heeft de Hoge Raad in 2010 bepaald dat dit ruim uitgelegd dient te worden en dat dit ziet op constructies die door mensenhanden vervaardigd zijn.<sup>11</sup> Dat een gevel een werk is, staat derhalve buiten kijf. Op grond van art. 5:94 BW is de erfpachter bevoegd de zaak waarop het recht van erfpacht rust te verhuren, of verpachten, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald. Tot slot bepaalt art. 5:89 lid 3 BW dat de erfpachter, zowel tijdens de duur van de erfpacht als bij het einde ervan, de bevoegdheid heeft de aangebrachte gebouwen, werken en beplantingen weg te nemen.<sup>12</sup>

De regeling omtrent erfpacht maakt het gezien het bovenstaande mogelijk voor de erfpachter om de onroerende zaak waarvan hij het genot heeft, middels een leaseovereenkomst in gebruik aan een ander te geven. Ook biedt het erfpachtrecht voldoende mogelijkheden om afspraken te maken over de gevolgen van het tenietgaan van het recht. Men kan hierbij denken aan verleningsmogelijkheden, wegneemrechten of wegneemplichten, al dan niet met vergoedingsplichten voor de gebouweigenaar.

#### 4. Genot van een bestanddeel

Zo resteert in wezen één vraag en dat is: is het mogelijk middels een recht van erfpacht het genot te verschaffen van een bestanddeel van een gebouw, in dezen: de gevel? De vraag of de gevel nagetrokken wordt door het gebouw waarvan zij onderdeel uitmaakt, lijdt onzes inziens geen twijfel. Naar verkeersopvatting (art. 3:4 lid 1 BW) zal een gevel bestanddeel zijn van het gebouw waartoe het behoort.<sup>13</sup> Zoals reeds opgemerkt, bestaat er discussie over de vraag of een recht van opstal gevestigd kan worden ten behoeve van een 3:4 BW-bestanddeel. Maar geldt dit ook voor een recht van erfpacht? Is het mogelijk om middels de vestiging van een recht van erfpacht het genot te verschaffen van een 3:4 BW-bestanddeel? In het navolgende zullen wij uiteen-

zetten dat wij concluderen dat het antwoord op deze vraag bevestigend luidt.

#### 5. Horizontaal gelaagde erfpacht

Algemeen wordt aangenomen dat horizontaal gelaagd erfpacht naar huidige recht mogelijk is.<sup>14</sup> Hierbij worden meerdere rechten van erfpacht gevestigd op hetzelfde grondstuk, waarbij ieder recht van erfpacht het genot verschafft van een bepaalde bouwlaag. Van Velten geeft hierbij het voorbeeld dat een recht van erfpacht gevestigd wordt, waarbij het genot beperkt is tot het gebruik van de onder het maaiveld gelegen grond (voor de bouw van een parkeergarage) en een recht van erfpacht om boven de grond een multifunctioneel gebouw te hebben of een bepaalde verdieping daarvan.<sup>15</sup> Waarom zou dit anders zijn, indien het erfpachtrecht niet horizontaal, maar verticaal gelaagd is?

10. De gevellease werd in het kader van circulair bouwen reeds meermalen als voorbeeld genoemd, zie: R. Koolhoven, 'Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht', in: *Circulair bouwen* (VBR Preadvies), Den Haag: IBR, N.C. Streep, 'De eigendom voorbij', *Ars Aequi*, 2018/612, R. Koolhoven, 'Worden 'slimme' zaken ook nagetrokken in de circulaire economie?', *WPNR* 2018/7194, A.J. Mes, H.D. Ploeger, B.A.M. Janssen, *Eigendom van onroerende zaken, met name natrekking*, in: *Boek 5 van de Toekomst* (KNB Preadvies) Den Haag: Sdu 2016, p. 160 en M. van der Veen, M. Hulshof, H.D. Ploeger, *Cascokoop: wenkend perspectief binnen een circulaire economie*, *WPNR* 2014/7033.
11. HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236 (Dijkdoorbraak Wilnis).
12. Mits hij de in erfpacht gegeven zaak in de oude toestand terugbrengt.
13. Mocht het zo zijn dat een gevel op grond van de verkeersopvatting van art. 3:4 lid 1 BW geen bestanddeel is van het gebouw, zal natrekking plaatsvinden omdat de gevel als onroerende zaak moet worden aangemerkt (in de zin van art. 3:3 lid 1 BW) en daardoor op grond van art. 5:20 lid 1 sub e BW nagetrokken worden door de grond. Zie HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0813.
14. Zie o.m. A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2018, p. 77-82 en p. 578, Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/221, A.J. Mes, H.D. Ploeger en B.A.M. Janssen, *Onderdeel IV, Boek 5 van de Toekomst* (KNB Preadvies) Den Haag: Sdu 2016, p. 178. Anders B.C. Mouthaan, *Opstal en erfpacht als juridische instrumenten voor meervoudig grondgebruik*, Den Haag: IBR 2013, p. 66 en 153-154. Struycken is ook enigszins terughoudend in de vraag of dit kan, zie: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer Kluwer 2007, p. 450-451. Hij verwijst hierbij onzes inziens ten onrechte naar het Tandartspraktijkarrest.
15. A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2018, p. 578.

Mes, Ploeger en Janssen schrijven in het KNB-preadvies 2016 dat art. 5:89 lid 1 BW voldoende ruimte biedt aan partijen om een driedimensionale inhoud te geven aan het recht van erfpacht, maar dat de afgebakende gedeelten naar verkeersopvatting zelfstandige eenheden zijn (en dat de verschillende rechten elkaar inhoudelijk niet dienen te ‘bijten’). Zij doen een aanbeveling art. 5:89 BW aan te passen in die zin dat deze bevoegdheid expliciet gemaakt wordt in de wet.<sup>16</sup>

Ook Asser/Bartels & Van Velten stellen in dit kader dat het mogelijk is het genotsrecht van de erfpachter ruimtelijk te beperken tot een gedeelte van de bezwaarde zaak, mits het gedeelte “een voldoende mate van economische zelfstandigheid heeft”.<sup>17,18</sup> Dit is opvallend, omdat dit criterium in de wet noch in de Parlementaire Geschiedenis te vinden is. Onzes inziens geldt het vereiste van ‘voldoende zelfstandigheid’ wel indien een onroerende zaak gedeeltelijk bezwaard wordt met een recht van erfpacht, maar niet indien het recht van erfpacht rust op de gehele zaak, doch het genot beperkt wordt tot een bepaald gedeelte van de onroerende zaak.

## 6. Het vereiste van ‘voldoende zelfstandigheid’

De Hoge Raad heeft zich tot op heden niet uitgesproken over eventuele grenzen aan het beperken van het genot van een erfpachter in de door ons besproken zin. Wel is door de Hoge Raad reeds meermalen bevestigd dat het mogelijk is om een gehele (onroerende) zaak te bezwaren met een recht van vruchtgebruik, waarbij in de akte van vestiging het gebruik van de vruchtgebruiker beperkt is tot slechts een gedeelte van de onroerende zaak.<sup>19</sup> In deze arresten was het gedeelte waartoe het gebruik strekte naar verkeersopvatting niet aan te merken als een zelfstandige zaak, nu het zag op het gebruik van enkele kamers in een woning.

Hiervan moet onderscheiden worden de casus die speelde in het Tandartspraktijkarrest.<sup>20</sup> Daar was een praktijkruimte verbonden aan een woning en was een recht van vruchtgebruik gevestigd enkel op het gedeelte van de grond waarop de praktijkruimte stond. In dat geval bepaalde de Hoge Raad dat om een beperkt recht te vestigen op een gedeelte van de zaak, dit gedeelte zich moest lenen tot verticale splitsing. Voor de overdracht van de eigendom van een gedeelte van een gebouw en derhalve ook voor vestiging van een vruchtgebruik op een gedeelte, moet volgens de Hoge Raad sprake zijn van twee onafhankelijk van elkaar te gebruiken bouwsels. Dit is anders dan de vraag of een (gehele) onroerende zaak bezwaard kan worden met een beperkt recht, waarbij het genot van het beperkte recht

beperkt is tot een gedeelte van de onroerende zaak. Dit stelt de Hoge Raad expliciet:

“Het overwogene onder 3.5 brengt niet noodzakelijkerwijs mee dat geen geldig recht van gebruik en bewoning is gevestigd. Het is immers geenszins uitgesloten dat - zo niet krachtens uitleg van de vestigingsakte, dan toch in elk geval krachtens artikel 3:42 BW - aan de akte de werking moet worden toegekend dat het recht van gebruik en bewoning is gevestigd op de gehele onroerende zaak, waarbij echter bij de akte nader is bepaald dat belanghebbende slechts het in de akte omschreven gedeelte daadwerkelijk gebruikt en de eigenaren het andere gedeelte.”<sup>21</sup>

Wat betreft het recht van gebruik en bewoning geldt derhalve geen beperking dat het genot moet zien op een gedeelte dat ‘voldoende zelfstandig is’. Met Pleysier zijn wij van mening dat dit evenmin geldt indien een erfpachtrecht op de gehele zaak gevestigd wordt, maar het genot van de erfpachter beperkt wordt tot een gedeelte van de zaak.<sup>22</sup>

## 7. De ratio van het vereiste van voldoende zelfstandigheid bij het opstalrecht

Zoals in het bovenstaande is besproken, wordt ten aanzien van de vestiging van een recht van opstal ten behoeve van een gedeelte van een gebouw wel aangenomen dat dit gedeelte voldoende zelfstandigheid, c.q. individualiseerbaarheid dient te hebben. Waarom geldt dit vereiste wel voor het recht van opstal en niet indien het genot van een erfpachter beperkt wordt tot een gedeelte?

16. Heyman merkt hierover kritisch op dat het hem overdreven voorkomt de wetgever aan het werk te zetten omdat twee auteurs een andere mening zijn toegedaan. Zie H. W. Heyman, ‘Boekaankondiging: KNB-preadviezen 2016 Onderdelen IV, V en VIII’, WPNR 2016/7095.

17. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/221.

18. Vonck lijkt van mening te zijn dat indien het genot van het recht van erfpacht beperkt is tot een gedeelte van de onroerende zaak, hiervoor wel een enige mate van zelfstandigheid vereist is. Heel stellig is hij hierover niet. Hij voegt hieraan toe dat het de vraag is hoe strak de Hoge Raad aan dit principe vasthoudt. F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het erfrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 64-65.

19. Zie: HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3550, BNB 2006/22 en HR 10 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:5, BNB 2014/68.

20. HR 29 mei 1985, NJ 1986/274 (Tandartspraktijk).

21. HR 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2380, BNB 2007/48.

22. A.J.H. Pleysier, ‘Iets over appartementsrecht en erfpacht’, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1990/1, p. 1-2.

Bij het opstalrecht is deze beperking gelegen in het eenheidsbeginsel van art. 5:3 BW: je kan geen eigenaar zijn van een gedeelte van een zaak dat geen enkele mate van zelfstandigheid heeft.<sup>23 24</sup> Het erfpachtrecht verschaft echter geen eigendom.

De Jong/Ploeger bespreken drie essentiële kenmerken van het recht van erfpacht: (1) het recht moet rusten op een onroerende zaak, (2) de erfpachter dient het genot te hebben van de in erfpacht verkregen zaak, (3) de erfpachter dient met betrekking tot het recht in relatie te staan tot een hoofdgerechtigde.<sup>25</sup> Het tweede kenmerk ziet er op dat de erfpachter *genot* van de zaak dient te hebben. Niet dat het genot de gehele zaak dient te betreffen, of dat het genot dient te zien op een gedeelte dat een voldoende mate van zelfstandigheid heeft. Het feit dat een erfpachter wel enig gebruik van de zaak moet hebben, wordt door Meijers expliciet bepaald in zijn toelichting bij art. 5:89 BW. Een beding dat de erfpachter het recht ontzegt om de zaak te houden of een beding dat hem elk recht om de zaak te gebruiken ontnemt, heeft volgens hem, tot gevolg dat een recht van erfpacht niet tot stand komt.<sup>26</sup> Dit betekent niet dat het genot niet beperkt mag worden volgens Meijers:

“Het laat partijen vrij om te bepalen tot welk gebruik van de zaak een erfpachter bevoegd zal zijn. Het meest beperkte en het meest uitgebreide genot kunnen dus beide inhoud zijn van het erfpachtsrecht.”<sup>27</sup>

Wat kan nu uit het bovenstaande afgeleid worden? Naar onze mening kan uit de wettekst omtrent het erfpachtrecht, noch uit de Parlementaire Geschiedenis afgeleid worden dat voor een ruimtelijke afbakening van het genot van de erfpachter het vereiste geldt van een ‘voldoende mate van zelfstandigheid’.

Ook het goederenrechtelijk systeem vereist niet zo een beperking: het recht rust immers op de gehele onroerende zaak (met de grond als startpunt), zodat dit geen strijd oplevert met het specialiteitsvereiste, c.q. uniciteitsbeginsel.<sup>28</sup> Uit de akte van vestiging blijken de (eventuele) beperkingen aan het genotsrecht van de erfpachter. Of dit nu een ruimtelijk afbakening is, of een inhoudelijke maakt onzes inziens geen verschil.<sup>29</sup>

Dit staat uiteraard los van het feit dat het gedeelte van de onroerende zaak waarop het genot van de erfpachter ziet, wel precies beschreven dient te worden in de akte van vestiging, met oog op het door art. 3:84 lid 2 BW vereiste, dat de titel met voldoende bepaaldheid omschreven moet zijn. Het is niet mogelijk een beperkt recht

te vestigen waarvan het genot ziet op een niet nader omschreven gedeelte van het gebouw. Dit is echter iets anders dan dat het gedeelte waartoe het genot van de erfpachter ziet fysiek een bepaalde mate van zelfstandigheid dient te hebben.

## 8. Opgeworpen bezwaren verticaal gelaagd erfpacht

Uiteraard zijn er bezwaren op te werpen tegen de mogelijkheid om een recht van erfpacht te vestigen voor een gevel. Streep bespreekt er in een recente bijdrage in *Ars Aequi* drie.<sup>30</sup>

### Het recht van erfpacht geeft een gebruiksrecht en geen eigendom

Het recht van erfpacht geeft op grond van art. 5:85 BW inderdaad het recht eens anders onroerende zaak ‘te houden en te gebruiken’. Door het recht van erfpacht enkel als een gebruiksrecht aan te duiden, doet men onzes inziens geen recht aan het gebruik ervan in de praktijk. Daar waar het erfpachtrecht historisch bedoeld was om een zakelijk recht te verlenen voor het gebruik van grond, heeft het erfpachtrecht zich ontwikkeld tot een alternatief voor het recht van opstal.<sup>31</sup> Het feit dat het recht van erfpacht een genotsrecht is, wordt bovendien niet als tegenargument gebruikt voor horizontaal gelaagd erfpacht. Waarom zou dit anders zijn voor verticaal gelaagd erfpacht?

23. Zie ook Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/221.

24. Voor de vraag in hoeverre de opstaller daadwerkelijk eigenaar wordt van de opstallen, zie: 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.

25. J. de Jong en H.D. Ploeger, Mon. BW B28, *Erfpacht en Opstal*, Deventer: Kluwer 2008, p. 18.

26. TM, PG Boek 5, p. 308.

27. TM, PG Boek 5, p. 308.

28. V. Tweehuysen, *Hel uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016, p. 10-12.

29. Deze manieren ter afbakening van het erfpachtrecht zijn besproken door Struycken, die in zijn dissertatie naast deze wijze van afbakening van een beperkt recht ook niet een afbakening in tijd noemt. Zie T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 447-453.

30. N. Streep, ‘De eigendom voorbij’, *Ars Aequi* 2018/612.

31. Zie in dit kader ook H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer: Kluwer 1997, p. 174-175.

### De erfpachter heeft geen wegneemrecht aan het einde van het recht van erfpacht

Volgens Streep heeft een erfpachter aan het einde van het erfpachtrecht slechts recht op vergoeding van de waarde van hetgeen hij aangebracht heeft en niet tot wegneming ervan. Wij zien dit anders. Art. 5:89 lid 3 BW bepaalt dat voor zover de akte van vestiging niet anders bepaalt, een erfpachter de door hem onverplicht aangebrachte gebouwen, werken en beplantingen weg mag nemen, mits hij de in erfpacht gegeven zaak in oude toestand terugbrengt. Dat de bepaling is geschreven op 'onverplicht' aangebrachte gebouwen en werken laat onverlet dat in de akte van vestiging ook bepaald kan worden dat de erfpachter bevoegd is gebouwen, werken en beplantingen die de erfpachter verplicht aangebracht heeft, weg te nemen bij het einde van de erfpacht. Dit wordt door Meijers expliciet bepaald in zijn toelichting bij art. 5:89 BW.<sup>32</sup>

### Financiering en (bouw)hypotheek

Tot slot werpt Streep de financiering als barrière op. Volgens haar is zeer ongebruikelijk dat een gebouw wordt gebouwd zonder (bouw)financiering en zonder (bouw)hypotheek. Indien het hypotheekrecht gevestigd wordt vóór vestiging van het erfpachtrecht, gaat het recht van erfpacht bij uitwinning door de hypotheekhouder teniet. Het zal dus 'de nodige wendbaarheid van financiers vragen om akkoord te gaan' met dit soort juridische constructies, stelt zij. Dit laatste is onzes inziens primair een praktisch bezwaar en geen reden om de besproken beperking van het genot van de erfpachter naar huidig recht ontoelaatbaar te achten. Daarenboven is de rangorde problematiek niet iets onoverkomelijks. Art. 3:273 BW bepaalt dat bij executie door de hypotheekhouder alle beperkte rechten vervallen (tenietgaan) die niet tegen de hypotheekhouder ingeroepen kunnen worden. Indien het recht van erfpacht eerder gevestigd is dan het recht van hypotheek, kan dit recht wel ingeroepen worden tegen de hypotheekhouder. Bij een nieuw te ontwikkelen gebouw is het mogelijk het recht van erfpacht ten behoeve van de gevelbouwer te vestigen, alvorens het recht van hypotheek gevestigd wordt. Daarnaast staat het de eerste hypotheekhouder vrij om de onroerende zaak te veilen met behoud van een beperkt recht, ook als dat later gevestigd is dan zijn hypotheekrecht.<sup>33</sup> Indien de hypotheekhouder akkoord gaat met het erfpachtrecht voor de gevel,<sup>34</sup> kan middels het inschrijven van een akte van rangwisseling, het behoud van het erfpachtrecht bij executie verzekerd worden.

Een andere optie is om voordat een hypotheekrecht gevestigd wordt, ten aanzien van het gebouw (verticaal) meerdere rechten van erfpacht

te vestigen.<sup>35</sup> Zo kan de gevel toekomen aan de gevelbouwer, terwijl een tweede recht van erfpacht bijvoorbeeld ziet op het overige gedeelte van het gebouw. In dat geval kan ieder recht van erfpacht afzonderlijk bezwaard worden met een hypotheekrecht, zodat een eventuele executie de andere erfpachtgerechtigden niet raakt.

Heyman merkt onzes inziens terecht op, dat stapeling van erfpachtrechten waarbij de rechten van erfpacht zien op een driedimensionaal verdeeld genot van een gebouw, vraagt om een regeling met betrekking tot het beheer en het onderhoud van het bouwkundig geheel en de daarmee gemoeide kosten. De oplossing hiervoor wordt echter ook door hem aangedragen door dit te regelen middels een kwalitatief lidmaatschap van een beheersvereniging, zoals voorgesteld door Van Velten in het KNB Preadvies 2016.<sup>36</sup> Het belang van zo een kwalitatief lidmaatschap wordt door ons onderschreven.<sup>37</sup>

### Conclusie

Bij nieuwe ontwikkelingen, rijst altijd de vraag in hoeverre ideeën en ontwerpen gefaciliteerd worden door een wetboek dat in een geheel andere tijd ontworpen werd. Vaststaat dat bij het ontwerp van de regeling omtrent het erfpachtrecht niet stil is gestaan bij de vraag of wellicht expliciet bepaald diende te worden of het mogelijk is hiermee een driedimensionale verdeling van bevoegdheden mogelijk te maken. De praktische behoefte hieraan is immers veel later ontstaan. Om die reden spitste ons onderzoek zich toe op de vraag of de huidige regeling, inclusief de ratio erachter, het goederenrechtelijk systeem, de Parlementaire Geschiedenis, of de jurisprudentie zich verzet tegen het vestigen van een recht van erfpacht, waarbij het genot van de erfpachter beperkt is tot een bestanddeel van het gebouw, in ons voorbeeld de gevel. Onze bevindingen zijn dat het antwoord op deze vraag ontkennend luidt.

32. TM, PG Boek 5, p. 308.

33. Zie Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 588.

34. Omdat zijn onderpand hierdoor een technische vernuftige gevel krijgt.

35. Indien de grond uitgegeven is in erfpacht zou dit ook kunnen geschieden middels ondererfpachtrechten die zien op een (verticale) verdeling van het gebouw.

36. H.W. Heyman, 'Boekaankondiging: KNB-preadviezen 2016 Onderdelen IV, V en VIII', *WPNR* 2016/7095.

37. A.A. van Velten, Onderdeel VIII in: *Boek 5 van de Toekomst* (KNB Preadvies) Den Haag: Sdu 2016.

Anders dan voor de vestiging van een opstalrecht ten behoeve van een bestanddeel van een gebouw, geldt voor het recht van erfpacht niet het vereiste dat het gedeelte waarop het genot ziet een voldoende mate van zelfstandigheid moet hebben. Daar waar de rechtvaardiging van deze beperking voor het opstalrecht gelegen is in het feit dat men eigenaar wordt, is dit voor het recht van erfpacht anders nu het recht van erfpacht ziet op het verschaffen van genot van de onroerende zaak. Wij concluderen dat de wettekst, de Parlementaire Geschiedenis, noch de rechtspraak aanleiding geven om dit vereiste eveneens toe te passen op het erfpachtrecht, indien het genot van de erfpachter in ruimtelijke zin beperkt wordt. Uiteengezet is dat uit de jurisprudentie hieromtrent is af te leiden, dat bij splitsing van een onroerende zaak door overdracht of bezwaring van een gedeelte ervan vereist is, dat het af te splitsen gedeelte een voldoende mate van zelfstandigheid heeft, maar dat dit anders ligt wanneer de gehele onroerende zaak bezwaard wordt, terwijl het genot beperkt is tot een gedeelte of bestanddeel van die onroerende zaak.

Het bovenstaande laat onverlet dat op grond van art. 3:84 lid 2 BW de beperking geldt dat de titel met voldoende bepaaldheid omschreven moet zijn. In de door ons besproken constructie betekent dat, dat het gedeelte waarop het (ingesnoerde) genot van de erfpachter ziet, duidelijk omschreven dient te worden in de vestigingsakte. Bij voorkeur aangevuld met – tezamen met de akte in de openbare registers in te schrijven – tekeningen, waarop de demarcatie tussen het gebouw en de gevel duidelijk is weergegeven. Dit zal, indien het genot van de erfpachter ziet op een gevel, een liftinstallatie, of bepaalde stalen constructies, geen onoverkomelijke moeilijkheden opleveren. Dit kan echter anders liggen, indien het genot van de erfpachter beperkt wordt tot een gedeelte van het beton dat gebruikt is voor de fundering bijvoorbeeld.

Andere in de literatuur opgeworpen bezwaren zijn onzes inziens niet van dien aard dat instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht ontoelaatbaar moet worden geacht. Daarbij willen wij geenszins ontkennen dat toepassing van deze constructie ongetwijfeld nog (vele) vragen op zal werpen, bijvoorbeeld met betrekking tot op te nemen contractuele bedingen. Daar ligt ontegenzeggelijk een belangrijke taak voor juristen. De mogelijkheid dit goederenrechtelijk vorm te geven, betekent onzes inziens echter een belangrijke eerste stap in de richting van circulair bouwen.