

## Het erfpachtsrecht in het Nieuw BW – wat maakt het voor verschil?

*A. J. H. Pleysier\**

1. In de MvT op de Aanvulling van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW (elfde gedeelte)) is van artikel tot artikel aangegeven of het NBW daar afwijkt van de regeling in het oude recht, met daarbij gevoegd het overgangsrecht. Onderaan elk artikel in de Editie-Cremers vindt men een bloemlezing uit de parlementaire geschiedenis. In het boek Nieuw Burgerlijk Wetboek, Tekst en Commentaar, onder redactie van Nieuwenhuis, Stolker en Valk, in de wandeling reeds aangeduid als „Nieuwenhuis”, is onder elk artikel onder meer het verschil tussen NBW en het huidige BW aangegeven, en wat het overgangsrecht is. Erfpacht en opstal zijn daar in handen van Stolker. Vaak is „Nieuwenhuis” uitgebreider, soms echter vindt men in Cremers iets dat in Nieuwenhuis niet staat. Neemt men beide werken tezamen dan heeft men bij elk artikel al een schat van gegevens.

Wat valt er dan nog te zeggen over het verschil tussen de regeling van het erfpachtsrecht<sup>1</sup> in het oude recht en naar NBW? Niettemin hoop ik dat het onderstaande, dat uitgaat van de „Allgemeine Lehre”, en minder op de afzonderlijke artikelen van de titel van erfpacht is toegesneden, een bijdrage kan leveren tot een verstaan van dit stukje nieuw recht. Ik behandel in het onderstaande alleen maar wat mij het meest frappeerde, er kan geen sprake van zijn dat ik een uitputtende opsomming geef.

2. Wanneer wij het erfpachtsrecht in het NBW vergelijken met dat

\* Mr A. J. H. Pleysier is kandidaat-notaris en als wetenschappelijk hoofdmedewerker verbonden aan de vakgroep Notariële vakken van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Ik zal in het onderstaande hooguit naar het opstalrecht verwijzen als het niet analoog met het erfpachtsrecht geregeld is. Vergelijk art. 5:104 (5.8.4).

van het BW van 1838 moeten wij in de eerste plaats bedenken dat het erfpachtsrecht zoals dat geldt niet alleen gekend wordt uit de wet maar ook uit de praktijk. Het NBW daarentegen is thans alleen maar recht-op-papier.

Dat een beperkt recht op papier er anders kan uitzien dan in het „recht der werkelijkheid” kan fraai gedemonstreerd worden aan de regeling omtrent vergoeding van melioraties. Volgens artikel 762 BW krijgt de opstaller zijn melioraties dat wil zeggen de door hem aangebrachte gebouwen, werken en beplantingen vergoed, de erfpachter heeft alleen maar volgens artikel 772 BW het recht het door hem aangebrachte weg te nemen. Aangezien een erfpachter meestal niet gebaat is met een hoop stenen, balken en dakpannen komt hij er aldus bekaaid af. Hoe anders is de werkelijkheid vaak! Aangezien in het huidige recht op grond van de artikelen 764 en 782 BW de bepalingen ten aanzien van erfpacht en opstal van regelend recht zijn, kan de erfpachter evenzeer een recht op vergoeding der melioraties worden toegekend, en dat gebeurt dan ook vaak.

3. Ik geef een voorbeeld van een regeling in een andere wet die onder het NBW net zo min zal werken als thans. Ik doel hier op artikel 1 van de Pachtwet. Onder d. van dat artikel wordt onder pachtovereenkomst verstaan „elke overeenkomst, in welke vorm en onder welke benaming ook aangegaan, waarbij de ene partij zich verbindt om de andere partij tegen voldoening van een tegenprestatie een hoeve of los land in gebruik te verstrekken ter uitoefening van de landbouw”. De „erfpachtgunning”, het onbenoemde contract dat meestal als *causa* dient voor de vestiging van een erfpachtsrecht valt naar de letter rechtstreeks onder deze definitie. Niemand trekt zich daar iets van aan. De Pachtwet is pas van toepassing als artikel 59 van de Pachtwet in werking treedt, namelijk bij erfpachten van 25 jaar of korter. In het nieuwe recht zal dat in principe niet anders zijn, ook niet als artikel 7.5.1.1 geldend recht geworden is.

#### WERKINGSGBIED VAN HET ERFPACHTSRECHT

4. Wanneer wij titel 7 van boek 5 in het NBW doorlezen valt het op dat in grote lijnen het oude recht is gehandhaafd. Te verwach-

ten is dus dat de praktijk in de toekomst net zoveel gebruik van de erfpacht zal maken als thans. Toch is dat op verschillende punten de vraag. Ik wijs hier vooral op het gebruik van het erf-pachtsrecht voor publiekrechtelijke doeleinden.<sup>2</sup>

Erfpacht vindt een belangrijke toepassing bij gronduitgifte door de Gemeenten waarbij deze via het burgerlijk-rechtelijke fenomeen erfpacht proberen zich sturingsbevoegdheden voor te behouden die hun via het publieke recht in hun ogen onvoldoende toekomt. Menige Gemeente kan er maar slecht aan wennen dat in een gedecentraliseerde eenheidsstaat als de onze aan die lagere corporatie alleen maar die bevoegdheden toekomen die haar van Hogerhand, meestal van Rijksweg, gegeven zijn. Dat zien we niet alleen als Gemeenten buitenlandse politiek willen bedrijven, we zien het ook, wat meer verborgen, als Gemeenten op het gebied van hinder of ruimtelijke ordening meer bevoegdheden willen hebben dan hun gegeven zijn.

De Gemeente treedt daartoe dikwijls op als erfverpachter. In principe legt voor het nieuwe recht artikel 3:14 (3.1.1.15) hier de bijl aan de wortel van de boom. Recente jurisprudentie geeft hoop dat dit artikel geen ijdele klank of valse schijn zal blijken.<sup>3</sup>

2. Zie reeds de inleidende opmerkingen van Polak in „De Overheid in het privaatrecht”, jubileumnummer WPNR 5067 (1970) p. 11-15, het artikel van Gerbrandy, De Overheid als eigenares van onroerende zaken, *ibid.* p. 17-22 en Treurniet in zijn bijdrage De Overheid en de erfpacht; *ibid.* p. 53-57. Zie voorts A. Bouwer, Enige opmerkingen over de erfpacht, WPNR 5587 (1981) p. 855-856 en Stolker, Een civielrechtelijke benadering van de gemeentelijke verkoopregulerende bepalingen in WPNR 5601/2 (1982) p. 181-187 en 197-201. Zie verder de noot van Kleyn onder HR 23 december 1976, NJ 1977, 409 en Kleyn, Uitgifte van bouwgrond door gemeenten, *Bouwrecht* 1974, p. 73-87 alsmede J. de Jong, Gemeentelijke gronduitgifte, p. 38-39.
3. Vergelijk HR 26 januari 1990, RvdW 1990, 36 (Staat/Windmill). De overheid heeft niet de vrijheid het privaatrecht – meer in het bijzonder het eigendomsrecht, het overeenkomstenrecht en de onrechtmatige daad – te gebruiken ter behartiging van belangen waarvoor ook een publiekrechtelijke regeling bestaat, wanneer daardoor de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. Deze beslissing is herhaald in HR 9 juli 1990, RvdW 1990, 142 (De Pina/Helmond). De gemeente Helmond had zich voor de verwijdering van woonwagens beroepen op haar eigendomsrecht. Zie voor een geval waarin een gemeente weer wel met succes via de onrechtmatige daad lozing van agressief afvalwater tegenging HR 20 april 1990, RvdW 1990, 87 (Glazen Rioolbuis).

## INDELING DER AKTE

5. Over de effecten van het NBW op de inrichting van de erfpachtsakte schreef ik al in De Notarisklerk 1271 (1990) p. 119-123. Ik heb mijzelf daarmee voor het thans te bespreken onderwerp wel enig gras voor de voeten weggemaaid. In principe verwijs ik naar die vindplaats.

De titel van de vestiging van het erfpachtsrecht is meestal het in BW en NBW onbenoemde contract van „erfpachtsgunning”. Dat betekent dat de wet geen „confectieregeling” van het contract geeft, alleen het algemeen deel van het vermogensrecht en het algemeen deel van het verbintenissenrecht zijn van toepassing.<sup>4, 5</sup> Onder het huidige recht is door sommigen wel betwijfeld of bij overdracht van een onroerend goed of bij vestiging van een zakelijk recht daarop in de akte de *causa* oftewel titel vermeld moet worden. Twijfel terzake had echter niet kunnen rijzen gezien de letterlijke bewoordingen van bijvoorbeeld artikel 742, 760 en 767 lid 1.<sup>6</sup> In het NBW stelt artikel 3:89 lid 2 (3.4.2.4) thans buiten twijfel dat de akte van levering de titel moet bevatten, en wel nauwkeurig. Dat geldt dus ook voor het ter overschrijving aangeboden afschrift en volgens lid 2 geldt dat eveneens voor een aangeboden uittreksel.

De in dit artikel bedoelde titel moet overigens niet worden verward met de in de notariële praktijk wel zo genoemde „aankomsttitel” oftewel „oude titel”, dat is de transportakte die, als het goed is, mede houdt de rechtsgrond op grond waarvan de

4. Geval waarin een kortdurend zakelijk recht, gevestigd ter omzeiling van de bepalingen op het stuk van huur en verhuur, op grond van gebrek in de titel nietig werd verklaard. Volgens de President was een huurrecht tot stand gekomen (Rb. Arnhem (KG) 30 december 1982, KG 1983, 37).
5. Legaat is een titel in de zin van art. 3:84 (3.4.2.2). Het testament zelf kan niet in de „daartoe bestemde openbare registers” worden ingeschreven omdat lid 2 van art. 3.4.2.4 spreekt van een „titel van overdracht tussen partijen. . . opgemaakt”, zodat de erfgenamen een akte afgifte legaat waarbij zijzelf partij zijn moeten doen inschrijven. A fortiori geldt zulks voor een niet-openbaar testament, zoals een holograaf, omdat dit geen notariële akte is. Vergelijk Rb. Amsterdam 25 januari 1949, NJ 1949, 502: De legaratis moet afgifte van den eigenaar vragen, waartoe de medewerking van den erfgenaam wordt vereist.
6. Vergelijk Pleysier, Iets over het notariaat en de transportakte sinds 1 oktober 1838, in: Notariaat en 150 jaar BW, Ars Notariatus XXXVIII, Zwolle 1988, p. 89-97.

vervreemder destijds zijn recht verkreeg. De vermelding van die „aankomsttitel” is ook in het NBW niet verplicht. Terecht vermeldt het Notariaat die „oude titel” in de transportakte wel degelijk, tenzij zoals bijvoorbeeld bij Gemeentegronde de eigendom al dateert van voor de invoering der registers.

6. In de praktijk pleegt men thans inderdaad de titel oftewel *causa* van de akte houdende vestiging erfpacht te verwaarlozen, maar dat er een contract is geweest (meestal erfpachtgunning) en wat de inhoud van die overeenkomst was kan men goeddeels gemakkelijk afleiden uit de bepalingen die volgens de omschrijving in de akte van het zakelijke recht het erfpachtsrecht zullen regeren.<sup>7</sup> In het nieuwe recht zal men echter in de akte reeds in de verbintenisrechtelijke sfeer man en paard moeten noemen.

Ik geef een voorbeeld:

„Comparanten zijn overeengekomen dat de comparant sub 1 gemeld op na te melden onroerend goed een recht van erfpacht ten behoeve van de comparant sub 2 gemeld zal vestigen welk recht door de comparant sub 2 zal worden aanvaard. Dit erfpachtsrecht zal worden geregeerd, behalve door de wet, door de volgende bepalingen: . . .”.

Vervolgens komen dan de „voorwaarden” zoals bijvoorbeeld te vinden in WPNR 5844 (1987), p. 536 e.v. Daarna komt wat door velen „zakelijke overeenkomst” wordt genoemd: „De comparant sub 1 gemeld verklaart derhalve te vestigen een recht van erfpacht hetwelk de comparant sub 2 verklaart derhalve te aanvaarden”. Eigenlijk ten overvloede (wij blijven leven in een causaal stelsel dus het zakelijke recht hangt met huid en haar af van het contract)<sup>8</sup> kan men daaraan toevoegen „welk erfpachtsrecht geregeerd zal worden door bovengenoemde voorwaarden”.

7. Terzijde merk ik op dat men in de erfpachtgunning (of welk contract maar titel van de vestiging van het recht is) behalve de „voorwaarden” die het erfpachtsrecht zullen gaan begrenzen ook bepalingen kan opnemen die bestemd zijn alleen maar tussen de

7. Vergelijk Pleysier, Enige opmerkingen over de verhouding tussen titel en transportakte, De Notarisklerk 1222 (1986) p. 102-103.

8. Vergelijk het dus eigenlijk overbodige lid 4 van art. 3:84 (3.4.2.2).

erfverpachter en de eerste erfpachter te werken of die, sterker nog, bestemd zijn hun werking te verliezen na het passeren der akte houdende vestiging erfpacht.<sup>9</sup> Zulk een bepaling valt dan mijns inziens onder de „bijkomstige bedingen” waarvan artikel 3:89 lid 2 (3.4.2.4) spreekt.

Men bedenke bij dit alles dat een contract in zoverre dat als titel dient voor een zakenrechtelijke verschuiving na het tot stand komen van die verschuiving, in casu dus na het tot stand komen van het erfpachtsrecht, is uitgewerkt.<sup>10</sup> Wil men dat bepaalde gedeelten van dat contract ook na het passeren der akte hun werking behouden, dan zal men dat in het algemeen in de akte uitdrukkelijk moeten regelen. Bij de gemelde „voorwaarden” volgt dat echter in het algemeen wel uit de aard der materie. Giet men de verplichtingen van de erfpachter in het vat van een kettingbeding of een beding van artikel 6:252 (6.5.3.4) dan is zulks te meer evident.

8. Artikel 3:89 lid 2 (3.4.2.4) geeft als sanctie: nietigheid.<sup>11</sup> Het zal me zeer benieuwen of de rechter inderdaad de vestiging van het erfpachtsrecht voor nietig zal houden als de oude praktijk gehandhaafd wordt.<sup>12</sup>

#### BEPERKING VAN HET RECHT VAN DE ERFPACHTER

9. Verplichtingen van de erfpachter tot een dulden of nalaten die verder gaan dan reeds uit de wettelijke regeling van het erfpachtsrecht voortvloeien komt men dikwijls in akten tegen. Uiteraard kan net als in het oude recht de erfverpachter met de erfpachter in principe afspreken wat hij wil. Op grond van het arrest Blaauboer-Berlips<sup>13</sup> zal een volgende erfpachter die zijn recht onder bijzonde-

9. Ik denk daarbij aan de betaling van een som ineens in plaats van het op zich nemen van een verplichting canon te betalen. Ik zou alsdan overigens eerder aan het contract van koop en verkoop denken dan aan een erfpachtsgunning.

10. Vergelijk Hof Amsterdam 27 oktober 1938, NJ 1939, 242 en reeds HR februari 1865, W 2668. In gelijke zin Meijers, Algemene Begrippen p. 270 en 290.

11. TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 376.

12. Vergelijk over het „doorlopen” van de praktijk Pleysier in bovengenoemde bijdrage in *Ars Notariatus* XXXVIII.

13. HR 3 maart 1905, W 8191.

re titel aan de oude erfpachter ontleent daaraan niet gebonden zijn, vergelijk artikel 6:249 (6.5.3.2) a contrario. Men kan echter een erfpachter vaak dwingen tot een dulden van wat hij normaliter niet hoeft te dulden, of tot een nalaten van wat hij normaliter wel mag door hem bij het vestigen van het erfpachtsrecht minder bevoegdheden te geven dan een erfpachter normaliter heeft. Een „gemutileerd” recht dus.

Deze beperkingen zijn zakenrechtelijk van karakter: de erfverpachter kan ze met zijn revindicatie afdwingen.<sup>14</sup> Men denke daarbij ook aan in de wet genoemde beperkingen van de bevoegdheid tot het genot en gebruik van de erfpachter. Te denken is aan artikel 5:89 lid 2 (5.7.1.3). Voor vervreemdingsverboden zie artikel 5:91 (5.7.1.5). Ook deze beperking is zakenrechtelijk van aard: de beschikkingsbevoegdheid van de erfpachter wordt beperkt.

Een volgend, gecompliceerd middel om de erfpachter tot een dulden of nalaten te nopen is, net als in het oude recht, het vestigen van een beperkt zakelijk recht op het erfpachtsrecht dat in de hand van de erfverpachter is. Men zou kunnen denken aan een servituut.<sup>15</sup> Dat recht kan echter gezien het karakter van de erfdienstbaarheid niet voor alle verplichtingen tot een dulden en nalaten gebruikt worden. Ook deze beperking is uiteraard zakenrechtelijk van aard.

Verder kan men denken, en dat is nieuw, aan de kwalitatieve verbintenissen van artikel 6:252 (6.5.3.4). Hiermee kan men ten aanzien van de betrokken zaak in principe alle verplichtingen tot een dulden of nalaten scheppen. Deze verplichting is verbintenissenrechtelijk van aard.

Tenslotte zou men nog aan een kettingbeding kunnen denken. Een uit een kettingbeding voortvloeiende verplichting is niet kwalitatief: iedere volgende hand belooft zelf.

14. Sommige verplichtingen tot een dulden of nalaten zijn niet te construeren via een beperking van de bevoegdheden. Bijvoorbeeld: het verbod op zondag de in erfpacht uitgegeven akker te bewerken kan wèl zo geconstrueerd worden, het verbod op zondag in het algemeen te werken echter niet.
15. Ik ga hier nu maar voorbij aan de problemen die ontstaan door de verdeling in boek 3- en boek 5-rechten.

## VERPLICHTINGEN TOT EEN DOEN

10. Het is goed dat wij ook kijken naar kwalitatieve verplichtingen tot een doen of geven die op de erfpachter moeten komen te drukken. Uiteraard kan ook hier de erfverpachter met de erfpachter afspreken wat hij wil. Op grond van het gemeld arrest Blaauboer-Berlips zal wederom een volgende erfpachter die zijn recht onder bijzondere titel van de vorige erfpachter ontleent daaraan niet gebonden zijn.

Soms kan men echter „aanhaken” aan in de wet genoemde verplichtingen tot een doen of geven die op een opvolgende erfpachter onder bijzondere titel overgaan. Te denken is aan de betaling van de canon (art. 5:85 lid 2 (5.7.1.1)) en de verplichting lasten te betalen (art. 5:96 lid 1 (5.7.1.8)) en onderhoud te plegen (art. 5:96 lid 2 (5.7.1.8)). Jurisprudentie, doctrine en parlementaire geschiedenis zijn, als bekend, nogal snel geneigd dit aanhaken toe te staan: nodig is een „zodanig verband met het zakelijk recht dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is”.<sup>16</sup>

Bedingen die niet aan de hierboven gestelde vereisten voldoen „maken geen deel uit van het zakelijke recht en hebben dus geen zakelijke werking”.<sup>17</sup> Ik zou het als volgt zeggen: binden de opvolgende erfpachter onder bijzondere titel niet. Deze verplichtingen zijn verbintenisrechtelijk van aard.<sup>18</sup>

Niet bruikbaar zijn uiteraard de kettingbedingen-nieuwe stijl van artikel 6:252 (6.5.3.4). Hiermee kan men alleen maar verplichtingen tot een dulden of nalaten scheppen.

16. Vergelijk VV II Parl. Gesch. Boek 5, p. 297: „Aan de rechter is overgelaten in individuele gevallen na te gaan of aan deze maatstaf voldaan is. Met de in het voorlopig verslag aangeduide verplichtingen (het betalen van boete, het verdelen van ratten. . .) zal dit in de regel het geval zijn, eveneens met bedingen omtrent het betalen van zakelijke belastingen, bedingen omtrent de bevoegdheden tot wegneming van (verplicht aangebrachte) gebouwen, bedingen, waarin een bepaald gebruik van de grond wordt voorgeschreven e.d.” In wezen betekent dit dat geen wijziging gebracht wordt in het bestaande recht.

17. Hartkamp, Comp. NBW no. 43.

18. Cf. Parl. Gesch. Boek 5, p. 297 en 302. Ik hoop dat bizarre bepalingen, zoals in Rotterdam voorgekomen schijnen te zijn, nl. dat een erfpachter in zijn op erfpachtsgrond gevestigd bedrijf een minimum-aantal werknemers moest aanhouden, niet meer terugkomen. Vergelijk ook het onder 4 over art. 3:14 (3.1.1.15) opgemerkte.

Tenslotte kan men nog denken aan een kettingbeding-oude stijl. Waarschijnlijk zal deze figuur in het nieuwe recht weinig of niet aan praktisch belang inboeten.

#### REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID

11. In de verhouding tussen bloot eigenaar en beperkt gerechtigde, of in de verhouding tussen zakelijk gerechtigde en stoorder speelt de redelijkheid en billijkheid naar oud BW-recht op het eerste gezicht geen rol: de enige breidel die de zakelijk gerechtigde is aangelegd is dat hij geen misbruik van recht mag maken. Ik ga daarmee uiteraard voorbij aan de klassieke beperkingen van de bevoegdheden van de eigenaar (en dus van de beperkt gerechtigde) zoals te vinden in artikel 625 en thans verwoord in artikel 5:1 lid 2 (5.1.1).

Dat in het zakenrecht de redelijkheid en billijkheid geen rol zou spelen berustte eigenlijk op gezichtsbedrog. De wetgever gaf in het zakenrecht een bepaalde regeling omdat de wetgever dacht dat, als men nu maar die regels toepaste, het resultaat redelijk en billijk zou zijn. Te vrezen is dat via het „ongeschreven recht” waarover dat artikel 5:1 lid 2 rept de redelijkheid en billijkheid onder het NBW het gebied van het zakenrecht verder zal binnenstromen op een wijze die de wetgever niet gewild kan hebben.<sup>19</sup>

In het NBW wordt de onderscheiding tussen zakenrecht te ener zijde en verbintenissenrecht (waar de „goede trouw” van oudsher de scepter zwaaide) te anderzijde verder verwaterd doordat artikel 6:248 (6.5.3.1) jo. 6:216 (6.5.1.6) met zich meebrengt dat de redelijkheid en billijkheid onder meer ook van toepassing wordt op de vestiging van beperkte rechten, en menigeen leest dat dan zo dat de verhouding tussen bloot eigenaar en beperkt gerechtigde zelf geregeerd wordt door de „goede trouw”. (Cf. Hartkamp<sup>20</sup> die zelfs bij een door verjaring ontstaan beperkt recht de redelijkheid en billijkheid toepasselijk acht.) Die onderscheiding werd toch al voortdurend aangevochten.<sup>21</sup>

19. Zie terzake de noot van Kleyn op Rechtbank Assen 17 juni 1986, NJ 1987, 844.

20. Comp. NBW no. 238.

21. Vergelijk HR 26 januari 1979, NJ 1979, 452, HR 19 februari 1982, NJ 1982, 571, vooral Rb. Assen 17 juni 1986, NJ 1987, 844 (m.nt. WMK), HR 4

In het nieuwe recht is een nieuwe concretisering van de redelijkheid en billijkheid in de verhouding erfpachter-erfverpachter de mogelijkheid wijziging van de erfpacht te vragen op grond van veranderde omstandigheden op de voet van artikel 5:97 (5.7.1.8a).<sup>22</sup> Men zou voor de kwalitatieve verplichtingen tot een doen of geven die men zich bij een erfpachtsrecht soms kan voorstellen ook nog kunnen denken aan de mogelijkheid tot wijziging gegeven in artikel 6:259 (6.5.3.12).<sup>23</sup>

Afspraken tussen erfverpachter en erfpachter (eventueel in het kader van een kettingsbeding) worden uiteraard van oudsher door de „objectieve goede trouw” geregeerd.

#### ALGEMENE VOORWAARDEN

12. De regeling van de van de algemene voorwaarden zal van grote invloed kunnen zijn op het erfpachtsrecht.<sup>24</sup> Zeker bij Gemeenten kan het zich gemakkelijk voordoen dat standaard-erfpachtsvoorwaarden (soms in een „verordening” neergelegd!) onder de definitie van algemene voorwaarden vallen. Weinig soelaas zal het bieden dat artikel 191 van de Overgangswet de regeling van die algemene voorwaarden pas toepasselijk verklaart na 1 januari 1993. In de eerste plaats lopen erfpachten over het algemeen zeer lange tijd, en in de tweede plaats is het te verwachten dat de rechter, bij het toetsen of een bepaalde voorwaarde redelijk en billijk is zich reeds nu mede zal laten inspireren door de zwarte en de grijze lijst.

Ik denk daarbij in de eerste plaats aan artikel 6:237 sub a (6.5.2A.4): de verplichtingen van de erfverpachter jegens de erfpachter worden wezenlijk beperkt ten opzichte van wat de erfpachter zonder dat beding op grond van de wettelijke regeling mocht verwachten. Ik acht het verdedigbaar dat een erfpachtsrecht dat

<sup>22</sup> november 1988, NJ 1989, 260 (m.nt. WMK), orthodox echter Hof 's-Gravenhage 11 december 1963, NJ 1965, 319 en Hof Arnhem 30 september 1981, NJ 1983, 52).

22. Uit de uittaling van Snijders in de Openbare Commissievergadering II put ik de hoop dat de rechter hier terughoudend zal zijn.
23. Zie daarover Valk, De rechter, het nieuw BW en voortdurende verplichtingen op registergoederen, BW-krant Jaarboek 1990, p. 121 e.v.
24. Vergelijk voor de hypotheek Berger, Iets over de Algemene Hypotheekvoorwaarden in het NBW, WPNR 599 (1990), p. 68 e.v.

slechts bepaalde bevoegdheden aan de erfpachter geeft onder dat artikel valt.

Ik denk ook aan alinea f van dat artikel waar gesproken wordt van een bevrijding van de erfverpachter van een wettelijke schadevergoedingsverplichting: te denken is dan aan het beding dat de erfpachter aan het eind van de rit geen recht heeft op vergoeding der melioraties (vergelijk artikel 5:99 (5.7.1.11)).

#### ERFPACHT ALS GESTAPELD RECHT

13. Het bezwaren van een erfpachtsrecht met een ander beperkt recht levert in het NBW problemen op. Onder bezwaren versta ik het afsplitsen van een beperkt(er) recht van een moederrecht.<sup>25</sup> De verdeling van de oude zakelijke rechten in boek 3-rechten en boek 5-rechten is in principe ingrijpend.<sup>26</sup>

De erfpachter is volgens artikel 3:83 (3.4.2.1) jo. 3:98 (3.4.2.11) bevoegd zijn recht te bezwaren. Onder „bezwaren” valt in de eerste plaats het afsplitsen van een recht van vruchtgebruik (het recht van gebruik en bewoning daaronder begrepen vergelijk artikel 3:226 (3.8.24)) of hypotheek. Dat is uiteraard in overeenstemming met de verdeling tussen boek 3- en boek 5-rechten. Het geldt nu krachtens uitdrukkelijke wetsbepaling ook voor het afsplitsen van een recht van erfpacht (art. 5:93 (5.7.1.5b)), zodat een ondererfpacht ontstaat. Is daar echter een afsplitsing van het erfpachtsrecht dan wel een belasting van de zaak zelf, dat wil zeggen een afsplitsing van de eigendom bedoeld? Het laatste is de mening van Hartkamp,<sup>27</sup> maar zou in strijd zijn met de *nemo-plus* regel. De

25. Vergelijk art. 3:8 (3.1.1.7) en reeds Meijers, *Algemene Begrippen* p. 280.

26. Anders Vranken, *Themis en het vermogensrecht Nieuw BW*, NJB 1988, p. 675 e.v.: Inhoudelijk is het zakenrecht in het NBW meer veranderd dan qua grondstructuur. Vergelijk daarentegen Pleysier, *De definitie van het opstalrecht in het NBW*, de *Notarisklerk* 1188 (1983), p. 127-129. Voor de dogmatische problemen die rijzen bij het vestigen van boek 5-rechten op boek 5-rechten zie Pleysier, *Gestapelde rechten in het nieuwe burgerlijke wetboek WPNR 5651* (1983) p. 297-302, cf. *WPNR 5685* (1983), p. 432, bestrijdend de leer-Beekhuis dat in principe alle boek 5-rechten op alle boek 5-rechten te vestigen zijn. Vóór die leer: Kleyn en Olthof, *Enige beschouwingen over het nieuw burgerlijk wetboek*, *WPNR 5561* (1981), p. 252 lk.

27. *Mon. Nieuw BW A-1*, blz. 31. In gelijke zin reeds *TM, Parl. Gesch. Boek 5*, p. 290.

eerste oplossing is waarschijnlijker, vergelijk het Romeinse recht D. 8.3.11 bij analogie. Zie voor een op het erfpachtsrecht gevestigd recht van servituut het artikel 5:84 (5.6.10) dat dezelfde dogmatische vraag oproept.

Wanneer men het splitsen in appartementsrechten als bezwaren ziet kan men die mogelijkheid, ondanks het feit dat het appartementsrecht in boek 5 geregeld is, uiteraard doen steunen op artikel 5:106 lid 1 (5.10.1.1). Dat artikel leert ons: „Een. . . erfpachter. . . is bevoegd zijn recht op een gebouw. . . te splitsen in appartementsrechten.” Dit artikellid derogeert aan de regel dat boek 5-rechten alleen maar van de eigendom kunnen worden afgesplitst. Vergelijk artikel 3:8 (3.1.1.7). Terecht definieert de wet in artikel 5:106 (5.10.1.1) het appartementsrecht dan ook niet als een zakelijk recht.

14. Opstalrecht op erfpacht of erfpacht op een opstalrecht is, strikt dogmatisch gesproken, niet mogelijk. Weliswaar heeft de wetgever artikel 5:93 (5.7.1.5b) bij analogie in artikel 5:104 (5.8.4) van overeenkomstige toepassing verklaard, maar dat lijkt alleen maar te slaan op onderopstal. Als de praktijk erom blijkt te vragen zou de jurisprudentie deze combinatie echter wel dienen te erkennen.<sup>28</sup> De figuur van erfpacht op een appartementsrecht levert eveneens problemen op. Het is eigenlijk niet mogelijk dat de eigenaar eerst splitst en daarna de appartementen niet overdraagt maar in erfpacht uitgeeft. Erfpacht is immers een boek 5-recht.<sup>29</sup>

#### AFSTAND

15. Nieuw is in het NBW de regeling van de afstand. Op grond van artikel 3:98 (3.4.2.11) is eenzijdige afstand niet meer mogelijk. De erfverpachter zal dus moeten meewerken. Indien een erfpachter tegen de wil van de erfverpachter van zijn recht af wil, kan hij op grond van artikel 5:87 lid 1 (5.7.1.2a) opzeggen, maar die bevoegd-

28. Anders waarschijnlijk J. De Jong, Beantwoording rechtsvraag, AA XXXV (1986), p. 796 ev.

29. Anders Van Velten, Projectontwikkeling en bouwpraktijk p. 92 en P. B. A. Swart en P. H. M. Gerver, Het appartement van de erfpachter en de erfpacht van het appartement, WPNR 5829 (1987), p. 284 en passim.

heid zal hem in de meeste gevallen in de akte van vestiging wel ontnomen zijn. Afstand zal meestal voorkomen indien de verplichting tot het betalen van de canon overtreft het nut dat de erfpachter aan zijn recht toekent: „door zijn canon zakken”.

#### AANSPRAKELIJKHEID UIT ONRECHTMATIGE DAAD

16. Ik eindig voor wat betreft de erfpacht met een verschil tussen de huidige en de komende regeling dat in de praktijk een enkele keer toch wel van belang kan zijn. Niet de erfpachter, maar de erfverpachter is thans aansprakelijk op grond van artikel 1405 BW.<sup>30</sup> In het nieuwe recht is de „bezitter van het erfpachtsrecht” aansprakelijk ex artikel 6:174 lid 2 (6.3.2.7).

#### OPSTALRECHT

17. Nog een enkel woord over het opstalrecht. Voor het opstalrecht zou een uitbreiding van het werkingsterrein te verwachten zijn. Levert iemand een machine aan een bedrijf, en vormt die machine op grond van artikel 3:4 (3.1.1.3) een bestanddeel van de grond waarop de machine geplaatst is, dan valt die machine onder het hypotheekrecht. Door de wat ruimere formulering van artikel 5:101 lid 1 (5.8.1) kan vaker dan thans die machine aan de natrekking onttrokken worden zodat een eigendomsvoorbehoud van de leverancier zinvol wordt. Vergelijk artikel 3:92 (3.4.2.5b).

30. Hof 's-Gravenhage 7 december 1983, NJ 1984, 641.