



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het verbod van stapeling van zakelijke rechten revisited

Huijgen, W.G.

Citation

Huijgen, W. G. (2021). Het verbod van stapeling van zakelijke rechten revisited. *Wpnr: Weekblad Voor Privaatrecht, Notariaat En Registratie*, 2021(7324), 374-380. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3246820>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3246820>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Het verbod van stapeling van zakelijke rechten revisited

W.G. Huijgen *

1. Inleiding

De problematiek van de stapeling van zakelijke rechten is bekend. Het uitgangspunt van het huidige BW waarin het goederenrecht is verdeeld over de Boeken 3 en 5 BW – al naar gelang goederenrechtelijke rechten kunnen worden gevestigd op goederen¹ dan wel slechts op zaken² - heeft in beginsel als consequentie dat zakelijke rechten niet op elkaar gestapeld kunnen worden omdat een zakelijk recht zelf geen zaak in de zin van stoffelijk object maar een vermogensrecht is. De juistheid van deze visie wordt nog eens expliciet bevestigd waar de toelichting Meijers opmerkt dat: ‘het ontwerp (bedoeld is het huidige BW; toev. W.H.) zich op het standpunt [stelt] dat onder de zakelijke rechten alleen vallen rechten op stoffelijke voorwerpen.’³

Het vorenstaande uitgangspunt moge wellicht duidelijk zijn, het leidde al voor het in werking treden van het nieuwe vermogensrecht in 1992 bij de wetgever zelf tot het inzicht dat uitzonderingen op de hoofdregel om meer praktische redenen noodzakelijk waren. Zo is vanaf het begin mogelijk gemaakt dat degene die een recht van erfpacht, opstal of vruchtgebruik op een onroerende zaak heeft een erfdienstbaarheid ten behoeve of ten laste van die zaak kan bedingen.⁴ In een wat later stadium van werkzaamheden aan het nieuwe vermogensrecht heeft de wetgever ook nog art. 5:93 BW inzake de mogelijkheid van ondererfpacht toegevoegd. Aangezien deze laatste regeling op grond van art. 5:104 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing is verklaard op een zelfstandig recht van opstal, is daarmee ook een onderopstalrecht mogelijk. Zowel in art. 5:84 BW inzake vestiging van erfdienstbaarheden door erfpachters, opstallers en vruchtgebruikers als in de regeling van het ondererfpachtrecht in art. 5:93 BW is daarbij de zgn. Constructie Beekhuis gevolgd. Die komt, kort gezegd, hierop neer dat de beperkt gerechtigde die een erfdienstbaarheid casu quo ondererfpacht vestigt dit formeel niet op zijn eigen beperkte recht vestigt maar op de zaak

* Hoogleraar Notarieel recht Universiteit Leiden

¹ Vgl art. 3:1 BW

² Vgl. Art. 3:2 BW

³ *Parl.Gesch. BW Boek 5 1981*, p.2.

⁴ Vgl. Art 5:84 BW.

waarop zijn beperkte recht rust. Daarmee vormt de regeling zoals opgenomen in art 5: 84 BW respectievelijk art. 5:93 BW geen inbreuk op het onderscheid tussen de goederenrechtelijke rechten van boek 3 BW en de zakelijke rechten van boek 5 BW. In dit verband is ook nog interessant dat de wetgever voor deze – althans indirecte⁵ - inbreuken op het stapelingsverbod met zoveel woorden, m.i. terecht, een rechtvaardiging zoekt in ‘de behoefte die in de praktijk aan deze figu[ur]r[en] bestaat.’⁶ In 2005 het stapelingsverbod door de invoering van een nieuw art. 5:118a BW in het appartementsrecht nog verder uitgehouden. De wetgever had reeds kort voor de inwerkingtreding van boek 5 BW bij de invoeringswet NBW in de toelichting opgemerkt dat een erfpachtrecht op een (in) appartementsrecht(en) gesplitste erfpacht of opstal mogelijk was.⁷ Nadien werd het met de in werking treding van art. 5:118a BW ook mogelijk om een erfpachtrecht op het privégedeelte⁸ van een appartementsrecht te vestigen alsook een opstalrecht op een appartementsrecht met betrekking tot nog niet in de splitsing betrokken gebouwen, werken en beplantingen. De wetgever heeft daarbij in de toelichting expliciet te kennen gegeven dat het vestigen van een opstalrecht ook mogelijk was indien het een in appartementsrechten gesplitst recht van erfpacht betrof.⁹ Daarmee kan langs die omweg in ieder geval een opstalrecht op een erfpachtrecht gerealiseerd worden.

Toch zijn er nog enkele bekende probleemfiguren die voortvloeien uit het verbod van stapeling van zakelijke rechten. Ik denk dan in de eerste plaats aan de onmogelijkheid van stapeling van een opstalrecht op een erfpachtrecht als ook – wellicht in mindere mate – van een erfpachtrecht op een recht van opstal. Ook de kruiselingse stapeling van onderrechten, d.w.z. een erfpachter vestigt een onderopstalrecht en een opstaller vestigt een ondererfpachtrecht, roept in dit verband vragen op. Hieronder zal eerst worden geïventariseerd wat de voornaamste opvattingen zijn in de bestaande literatuur over deze vragen en daarna zal ik met een meer praktische oplossing komen om de hier gesignaleerde vragen op te lossen.

⁵ Immers, door het toepassen van de Constructie Beekhuis is geen sprake van een rechtstreekse inbreuk op het stapelingsverbod.

⁶ *Parl.Gesch. BW Boek 5 1981*, p.316

⁷ Zie *Parl.Gesch. BW Boek 3, 5 en 6 1990*, p. 1055.

⁸ Ik deel hier overigens de kritiek van Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/215 dat het vestigen van een erfpachtrecht op het privégedeelte van het appartementsrecht dogmatisch onzuiver is omdat zo'n privégedeelte geen goed is in de zin van art. 3: 1 BW alsmede ook onpraktisch omdat de erfpachter ook gebruik zal willen en moeten maken van de gemeenschappelijke gedeelten van het in de splitsing betrokken goed.

⁹ Zie daarover: art. 5:118a BW alsmede daarover MvT, *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 614, nr. 3, p. 4.

2. De stand van zaken in de literatuur

Het kernprobleem bij de vraag naar de (on)mogelijkheid van stapeling van zakelijke rechten vindt men in de rechtsvraag of een erfpachter een opstalrecht kan vestigen. Deze vraag wil ik dan ook tot uitgangspunt nemen bij het ondernemen van een korte tour d' horizon langs de verschillende opvattingen dienaangaande in de juridische literatuur daarover. Daarna zal ik ook nog kort stilstaan bij de voornaamste opvattingen over de vraag naar de (on)mogelijkheid van het stapelen van een erfpachtrecht op een opstalrecht en op de hierboven sub 1 al gesignaleerde problematiek van het kruiselings stapelen van onderrechten. Ten slotte komt nog de vraag aan de orde of mandeligheid in het leven kan worden geroepen tussen meerdere erf-pachters, opstallers en vruchtgebruikers ten aanzien van een onroerende zaak. Bij de hierna te ondernemen verkenningstocht groepeer ik allereerst de bestaande opvattingen in de literatuur rond de vier belangrijkste visies die bestaan over de vraag of een opstalrecht door een erfpachter kan worden gevestigd. Verder zal ik, om niet te zeer in herhaling te vervallen van hetgeen reeds elders geschreven is, slechts de kern van de desbetreffende opvatting weergeven. De geïnteresseerde lezer kan aan de hand van de verwijzingen zo nodig dieper in de materie duiken.

Allereerst zijn er twee opvattingen die op grond van een volstrekt eigen visie op hetgeen een beperkt recht nu eigenlijk is tot de conclusie komen dat een erfpachter wel degelijk (ook) een opstalrecht kan vestigen op de zaak waarop zijn erfpachtrecht rust.¹⁰ Als eerste vermeld ik hier de opvatting van De Jong die van mening is dat een beperkt gerechtigde, ongeacht of hij zijn recht ontleent aan de eigenaar of aan een andere beperkt gerechtigde, steeds onmiddellijke macht heeft over de zaak en hiermee in concurrentie staat met andere (beperkt) gerechtigden waaronder de bloot-eigenaar. In feite doet De Jong hier aan een zekere vereenzelving van de beperkte rechten met de zaak zelf, zoals dat in de heersende leer algemeen wordt aangenomen voor het eigendomsrecht op een zaak. De Jong spreekt hier van een – gedifferentieerde - vorm van toebehoren (namelijk al naar gelang een zaak toebehoort aan een (bloot-)eigenaar of aan een of meer beperkt gerechtigden).¹¹ Aangezien er verschillende vormen van toebehoren bestaan, is het niet onmogelijk dat de ene beperkt gerechtigde, bijvoorbeeld een erfpachter, een ander beperkt recht op de zaak vestigt.¹²

¹⁰ Beide hierna te bespreken auteurs menen dat – meer in het algemeen – ook ieder die een zakelijk recht heeft op grond van boek 5 BW een ander beperkt recht kan vestigen.

¹¹ Zie hierover Th. F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht*, diss. RUG, 2006, p.145 e.v. en p.164.

¹² Zie Th. F. de Jong, a.w., p.67-74.

Bij Mollema vloeit het positieve antwoord op de vraag of een erfpachter een opstalrecht kan vestigen zowel voort uit haar visie op hetgeen een beperkt recht nu wezenlijk is, als uit het feit dat zij het eigendomsrecht dat voortvloeit uit een opstalrecht¹³, in navolging van H.W. Heyman, niet als volwaardige eigendom ziet.¹⁴ Volgens Mollema zijn de beperkte rechten eigensoortige in de wet omschreven rechten die niet zozeer zijn afgeleid uit het eigendomsrecht. Een erfpachter en opstaller hebben voor een aanzienlijk gedeelte dezelfde bevoegdheden.¹⁵ Om die reden kan een erfpachter zowel op basis van *afsplitsing* van een deel van die bevoegdheden rechtstreeks een opstalrecht op de zaak vestigen, als op grond van de gedachte van *stapeling* het opstalrecht op zijn recht vestigen. In beide gevallen zal de erfpachter zo veel '(eigenaars)bevoegdheden' moeten hebben dat hij op grond daarvan ofwel langs de weg van afsplitsing dan wel op grond van de gedachte van stapeling een opstalrecht kan vestigen.¹⁶ Deze opvatting van Mollema vloeit mede voort uit het feit dat het volgens haar nooit de opvatting van Meijers is geweest om de stapeling van zakelijke rechten onmogelijk te maken, maar slechts zijn bedoeling was om de zakelijke rechten uit boek 5 BW *niet* op alle type goederen - zoals op vorderingsrechten - mogelijk te maken.¹⁷

Hiernaast is er de – hierboven reeds even aangestipte - met name door H.W. Heyman ontwikkelde opvatting die ervan uitgaat dat het eigendomsrecht van de opstaller dat het gevolg is van een daartoe gevestigd opstalrecht¹⁸ geen volwaardige eigendom is. In dit verband wordt - onder meer - gewezen op het feit dat beperkingen van de bevoegdheden van de opstaller op grond van art. 5:102 BW in de opstalakte in beginsel onbegrensd mogelijk zijn. Zulks is bij 'echte' eigendom niet mogelijk. Verder zal het eigendomsrecht dat het gevolg is van het gevestigde opstalrecht in afwijking van het 'echte' eigendomsrecht in beginsel van tijdelijke aard zijn. Voorts is het eigendomsrecht dat het gevolg is van het daartoe gevestigde opstalrecht zelf - in strijd met het karakter van het eigendomsrecht¹⁹ - niet overdraagbaar omdat dat eigendomsrecht geheel afhankelijk is van het opstalrecht.²⁰ Heyman

¹³ Zie daarover art. 5:101 lid 1 BW.

¹⁴ In dit laatste opzicht sluit zij zich aan bij de opvatting van H.W. Heyman. Zie daarvoor H.W. Heyman, Kan een opstalrecht worden gevestigd door een erfpachter of een appartementseigenaar? *WPNR* 1999/6342, p.52 e.v. alsmede in: Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller, in: W.G. Huijgen e.a., *2000 jaar eigendom en beperkte rechten*, *Ars Notariatus* 129, (Pleysier-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p.19 e.v.

¹⁵ Zie daarvoor zowel art. 5:89 lid 1 BW als art. 5:104 BW.

¹⁶ Zie A.F. Mollema, *Het beperkte recht, diss UL 2013*, , p.207/208.

¹⁷ Zie A.F. Mollema, a.w., p.203/204.

¹⁸ Zie daarvoor art. 5:101 lid 1 BW.

¹⁹ Zie daarover art. 3: 83 lid 1 BW dat eigendom juist in beginsel overdraagbaar verklaart.

²⁰ Zie H.W. Heyman, Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller, in W.G. Huijgen e.a., *2000 jaar eigendom en beperkte rechten*, *Ars Notariatus* 129, (Pleysier-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 26-28.

merkt dan ook op dat het beter lijkt het opstalrecht te zien als een beperkt recht dat een aantal (eigenaars)bevoegdheden verleent aan de opstaller en dat ook als een vorm van economische eigendom zou kunnen worden geduid.²¹

Hoewel de hier kort weergegeven opvatting van Heyman geleidelijk door een fors aantal auteurs – waaronder ikzelf²² – met instemming is begroet, moet toch worden geconstateerd dat deze opvatting (nog) *niet* als heersende leer kan worden bestempeld.²³ Het niet bestaan van zo'n heersende leeris bij de hier besproken vraag van stapeling van zakelijke rechten extra relevant omdat juist in het goederenrecht met betrekking tot onroerende zaken doorgaans grote belangen op het spel staan. Daar komt nog bij het feit dat wanneer - achteraf gezien - talloze opstalrechten door erfpachters niet rechtsgeldig zouden zijn 'gevestigd' de openbare registers tot in lengte van jaren met dit soort niet tot stand gekomen opstalrechten zouden zijn vervuild. Daarmee zou ongetwijfeld verwarring worden gesticht waardoor ook de rechtszekerheid in het gedrang zou komen.

Dit brengt mij bij de laatste opvatting in de literatuur ten aanzien van de vraag of een erfpachter een opstalrecht kan vestigen. Na het vorenstaande zal het niet verbazen dat de laatste opvatting over deze vraag negatief oordeelt. Centraal argument om de mogelijkheid van een opstalrecht dat gevestigd is door een erfpachter te verwerpen, is in die visie het *nemo plus*-beginsel. Kort samengevat, is het door de hier bedoelde auteurs ondenkbaar dat iemand die zelf geen eigenaar is – te weten de erfpachter - eigendom zou kunnen verschaffen in de vorm van een opstalrecht. De drie voornaamste auteurs in dit verband zijn Van Velten resp. Ploeger en Bounjouw.²⁴ Ik sluit hier af met de opmerking dat zowel de hier genoemde auteurs die vestiging van een opstalrecht door een erfpachter onmogelijk achten als de auteurs die menen dat een erfpachter wel een opstalrecht zou kunnen vestigen omdat het eigendomsrecht van de opstaller geen volwaardige eigendom zou zijn, menen dat (desondanks) een

²¹ Zie H.W. Heyman, a.w., p. 28-30 ; een enigszins vergelijkbare opvatting is te vinden bij A.A. van Velten, *Kopers en economische eigenaars van onroerend goed*, diss. UvA 1982, p. 117 e.v.

²² Zie W.G. Huijgen, Artikel 5:20 lid 2 BW en het opstalrecht, *WPNR* 2008/6771, met name sub 3; voorts wijs ik nog op Bartels, Sagaert, Tweehuysen & Vonck, in : *Boek 5 van de toekomst*, Preadvies KNB 2016, p.301/302 en voorts alle overige auteurs vermeld bij Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/248a, waaronder ook T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen 2007, p.381/382.

²³ Zie in die zin eveneens Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/248a

²⁴ Zie in dit verband A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, *Ars Notariatus* 120, 2018, nr. 12.11 alsmede H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom*, diss. Leiden 1997, p. 189 en Ploeger & Bounjouw, *Erfpacht en opstal*, *Mon. BW B* 28, Kluwer: Deventer, nrs. 45 en 65.

wetswijziging nodig is om deze vorm van stapeling van zakelijke rechten in de praktijk mogelijk te maken.²⁵ Zonder zo'n wijziging zou hierover te veel onzekerheid blijven bestaan.

Tot slot signaleer ik nog twee situaties van stapeling van zakelijke rechten waarover in de literatuur maar weinig te vinden is. Allereerst betreft dat de vraag of een opstaller zijn opstalrecht kan bezwaren met een erfpachtrecht. Daarover wordt wisselend gedacht. Enerzijds zou men kunnen oordelen dat de opstaller eigendom heeft van de opstallen, d.w.z. gebouwen, werken of beplantingen,²⁶ die voorwerp zijn van zijn opstalrecht en dat hij die eigendom derhalve zou kunnen bezwaren met een erfpachtrecht. Anderzijds valt te betogen dat het eigendomsrecht van de opstaller afhankelijk is van diens opstalrecht en derhalve niet apart kan worden vervreemd en in het verlengde daarvan ook niet afzonderlijk kan worden bezwaard met een beperkt recht, zoals het erfpachtrecht.²⁷ Dat een bezwaring van opstal met erfpacht zoals hier geschetst mogelijk zou zijn, lijkt echter te volgen uit de parlementaire geschiedenis van boek 5 BW waar wordt opgemerkt dat het bezwaren van opstallen met een erfdienstbaarheid wel mogelijk zou zijn en hiervoor geen aparte wettelijke regeling nodig zou zijn omdat de opstaller immers eigenaar is.²⁸ In aansluiting daarop meent de parlementaire geschiedenis met zoveel woorden ook dat het recht van erfpacht op een gebouw dat in eigendom toekomt aan een opstaller op grond van diens opstalrecht als object voor een te vestigen erfpachtrecht kan worden bestemd.²⁹ Asser/Bartels & Van Velten merkt hierover op dat de parlementaire geschiedenis onzuiver is omdat niet de opstal – zijnde de eigendom van het desbetreffende gebouw - voor bezwaring met een erfpachtrecht vatbaar is maar slechts het opstalrecht zelf. Over de mogelijkheid tot vestiging van een erfpachtrecht op een opstalrecht is Asser/ Bartels & Van Velten overigens negatief.³⁰

In het verlengde van het vorenstaande nog de vraag naar de (on)mogelijkheid van het kruiselings stapelen van zgn. onderrechten. Daarmee wordt bedoeld de vraag of een opstaller een ondererfpachtrecht zou kunnen vestigen respectievelijk een erfpachter een

²⁵ Ik volsta hier met een verwijzing naar A.A. van Velten, t.a.p. alsmede Bartels, Sagaert, Tweehuysen & Vonck, a.w., p. 320/321.

²⁶ Zie art. 5:101 lid 1 BW.

²⁷ Zie GS Zakelijke rechten (F.J. Vonck), Kernoverzicht opstal, aant. 14.2.

²⁸ Zie in die zin: *Parl. Gesch. BW Boek 5 1981*, p. 290.

²⁹ Zie *Parl. Gesch. BW Boek 5 1981*, p. 300.

³⁰ Zie Asser/Bartels & Van Velten 5, 2017/215 in verbinding met *Parl. Gesch. BW Boek 5 1981*, p. 355/356 waar wordt opgemerkt dat hypotheek kan worden gevestigd op het zelfstandige recht van opstal en niet op de opstal zelf omdat het eigendomsrecht dat het gevolg is van het gevestigde opstalrecht daarmee onverbreekelijk verbonden is en de opstaller ten gevolge daarvan niet afzonderlijk kan beschikken over dit eigendomsrecht. Vgl. in algemene zin hierover Asser 3-VI 2020/282.

onderopstalrecht. In het algemeen wordt met een beroep op het systeem van boek 5 BW – waarbij als uitgangspunt geldt dat de zakelijke rechten slechts op stoffelijke voorwerpen kunnen worden gevestigd – deze vraag negatief beantwoord.³¹

3. Een praktische oplossing

Alvorens hier een oplossing te schetsen voor het antwoord op de vraag of en, zo ja, hoe een erfpachter een opstalrecht kan vestigen en – in het verlengde daarvan – andere vormen van stapeling van boek 5 BW-rechten praktisch kunnen worden opgelost,³² wil ik wijzen op twee passages uit de toelichting Meijers die mijns inziens laten zien dat Meijers zelf niet erg dogmatisch naar het onderscheid tussen de boeken 3 en 5 BW keek. In de eerste plaats is er de passage waar hij stelt:

“In vele bepalingen van de titels Erfdienstbaarheden, Erfpacht, Opstal en Grondrente vindt men de woorden: “tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald”. Deze woorden geven te kennen, dat partijen vrij zijn aan het zakelijk recht een andere inhoud te geven dan het volgens de betreffende bepaling zou hebben, mits zij deze inhoud aangeven in de akte van vestiging (...) welke akte in de openbare registers moet worden ingeschreven. Ontbreken deze woorden in een artikel, dan wil dat, zoals reeds hierboven onder 3 is opgemerkt, in beginsel zeggen, dat de betreffende bepaling dwingend de inhoud van het zakelijk recht bepaalt. Dit brengt echter niet mede, dat aan partijen de vrijheid is ontnomen om bij obligatoire overeenkomst hun rechtsverhouding anders te bepalen, eventueel met werking ten aanzien van hun rechtsopvolgers volgens de regels van het contractenrecht. Volgens het beginsel van contractsvrijheid kunnen partijen immers iedere contractuele verhouding scheppen die hun goeddunkt, mits zij niet met de wet, de goede zeden of openbare orde in strijd komen.”³³

En in de tweede plaats treft men in de toelichting Meijers ten aanzien van art. 5.7.1.1. (nu genummerd art. 5:85 BW) de in dit verband interessante volgende passage aan:

“De onroerende zaak die in erfpacht wordt uitgegeven, kan een al of niet bebouwd stuk grond zijn, doch ook een afzonderlijk gebouw dat ten gevolge van een recht van opstal voorwerp

³¹ Zie Asser/Bartels & Van Velten 5, 2017/248b.

³² Ik bedoel hier dan met name de vormen van stapeling van rechten waarvoor de wetgever in boek 5 BW geen oplossing heeft geboden, zoals de vraag van erfpacht gevestigd door een opstaller.

³³ Zie zowel: *Nieuw BW, ontwerp Meijers, Toelichting, Eerste gedeelte (Boek 1-4) en Tweede gedeelte (Boek 5)* (Groene boeken), SDU 's-Gravenhage 1954/1955, p.379 alsmede TM, *Parl. Gesch. BW Boek 5 1981*, p. 4.

van afzonderlijke eigendom is. Aangezien nooit behoefte is gebleken aan erfpacht op rechten, is dit recht beperkt tot zaken.”³⁴

Hoewel ik beseft dat beide hierboven geciteerde passages niet rechtstreeks de hier aan de orde zijnde vraag betreffen, moet toch duidelijk zijn dat Meijers enerzijds duidelijk voor ogen had dat wanneer uit het systeem van het goederenrecht een onmogelijkheid lijkt voort te vloeien partijen bij overeenkomst anders kunnen bepalen op grond van het beginsel van de contractsvrijheid. Anderzijds blijkt Meijers een vorm van ‘een stapelingsverbod’ dat uit zijn eigen keuze voor een onderscheid tussen goederenrechtelijke respectievelijk zakelijke rechten op grond van boek 3 en boek 5 BW voortvloeit heel praktisch te verstaan, in die zin dat hij opmerkt dat zijn keuze voor erfpacht als een zakelijk recht voortvloeit uit het feit dat – destijds – in de praktijk nooit behoefte aan erfpacht op rechten is gebleken!

Een laatste opmerking vooraf is dat uit art. 3:8 BW volgt dat beperkte rechten zijn afgeleid uit een meer omvattend recht (zgn. moederrecht), hetwelk met een beperkt recht (zgn. dochterrecht) is bezwaard. Het moederrecht wordt weer een volledig recht wanneer het dochterrecht eindigt.³⁵ Dit laatste is met name aan de orde bij het tenietgaan van het beperkte recht, bijvoorbeeld door opzegging, afstand of vermenging.

Mede in het licht van het vorenstaande kom ik tot de volgende oplossing van de problematiek. Ik onderscheid daarbij twee situaties.

In de *eerste* plaats denk ik aan de situatie dat gronden – bij voorbeeld voorafgaand aan een bouwproject waarbij gebouwd wordt volgens de laatste standaarden wat betreft duurzaamheidsvereisten – worden uitgegeven in erfpacht aan particuliere kopers. De betrokken partijen – de gemeente als erfverpachter en de ontwikkelaar(s) - willen vooraf duidelijkheid dat voor eventuele werken t.b.v. openbare nutsvoorzieningen en installaties op het gebied van duurzame energievoorziening (bijv. WKO) opstalrechten kunnen worden gevestigd. Naar mijn mening verzet zich dan niets tegen (algemene) erfpachtvoorwaarden die vooraf de mogelijkheid scheppen dat de erfpachter met medewerking van de erfverpachter ten behoeve van die nader genoemde doeleinden opstalrechten kunnen vestigen op de in erfpacht uit te geven onroerende zaak en daarbij de regeling van art 5:93 BW zo veel

³⁴ Zie *Parl. Gesch. BW Boek 5 1981*, p. 300.

³⁵ Ik laat nu buiten beschouwing dat een beperkt recht ook uit een ander beperkt recht kan zijn afgeleid. Zie over de hier besproken materie eveneens Asser/Bartels & Van Velten 5, 2017, nr. 9 en Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht*, 2019, nr. 588.

mogelijk van overeenkomstige toepassing verklaren. Dat laatste geldt niet voor het bepaalde in de tweede zin van art 5:93 lid 1 en lid 2 BW. Wel dient uitdrukkelijk het bepaalde in de eerste volzin van art 5:93 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing te blijven. Het is immers juist van belang dat indien het erfpachtrecht bij een mogelijke latere erfpachtconversie – d.w.z. de erfverpachter verkoopt en levert de bloot-eigendom aan de erfpachter en daardoor eindigt dat erfpachtrecht door vermenging – het opstalrecht t.b.v. de nutsvoorziening e.d. onomstotelijk blijft gelden. Desgewenst kan men aan een bepaling zoals hier geschetst nog toevoegen dat in dat verband de erfverpachter reeds nu voor alsdan een onherroepelijke volmacht verstrekt aan de erfpachter om opstalrechten zoals aangegeven mede namens de erfverpachter tot stand te brengen.³⁶ Ik besluit mijn oplossing voor de hier geschetste eerste situatie met de opmerking dat een bepaling in erfpachtvoorwaarden zoals hier bedoeld naar mijn mening onderdeel gaat uitmaken van het zakelijk recht van erfpacht omdat het daarmee voldoende verband heeft. Immers, het feit dat erfpachter en erfverpachter tezamen een opstalrecht op de zaak kunnen vestigen zal niemand willen betwisten en is van belang om wat betreft openbare nutsvoorzieningen en duurzame energievoorziening e.d. het volle genot als erfpachter van de zaak te kunnen krijgen.³⁷

De *tweede* situatie die ik hier wil noemen is die waarbij op grond van reeds geldende erfpachtvoorwaarden geen enkele juridische voorziening voor situaties zoals in de vorige alinea geschetst in die erfpachtvoorwaarden geregeld zijn. Ook dan zal een erfpachter met medewerking van een erfverpachter een opstalrecht kunnen vestigen maar bestaat geen grondslag voor de gehoudenheid van de erfverpachter tot medewerking aan de vestiging van zo'n opstalrecht. Is de erfverpachter – doorgaans de gemeente – bereid tot medewerking aan de vestiging van het opstalrecht, dan valt het opnieuw aan te bevelen art. 5:93 BW op dezelfde manier zoals hierboven al uitgewerkt van overeenkomstige toepassing te verklaren en – zo men dat wil – daartoe eveneens een (onherroepelijke) volmacht tot vestiging van het opstalrecht af te laten geven.

In dit geval rijst echter nog een bijzonder aandachtspunt. Dit betreft – anders dan in de eerste situatie waarin de (bouw) gronden voor het eerst in erfpacht worden uitgegeven – het feit dat er veelal reeds een of meer hypotheek op de betrokken onroerende zaak gevestigd zullen zijn. Dat zijn dan oudere rechten en op zichzelf behoeven die op grond van de prioriteitsregel

³⁶ Zo'n onherroepelijke volmacht is ook mogelijk gezien in het licht van de Algemene voorwaardenproblematiek gelet op het bepaalde in art. 6: 237 sub n BW.

³⁷ Zie in dit verband art 5:89 lid 1 BW en Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht*, 2019, nr. 644.

bij een mogelijke executoriale verkoop het later gevestigde opstalrecht niet te dulden. Dit behoeft echter geen probleem te zijn. Zo merken Reehuis & Heisterkamp op dat een opstaller die opstallen aanbrengt *na* de vestiging van zijn opstalrecht - zoals nu juist het geval zal zijn bij openbare nutsvoorzieningen en installaties t.b.v. duurzame energie – die opstallen zal mogen wegnemen ook al is zijn opstalrecht jonger dan het hypotheekrecht op de zaak, omdat er in die situatie geen reden is de hypotheekhouder extra zekerheid te bieden ten koste van die opstaller.³⁸ De hypotheekhouder zou dan ongerechtvaardigd worden verrijkt.³⁹ Overigens zal het in de hier bedoelde gevallen op grond van de meeste hypotheekvoorwaarden nodig zijn vooraf de (obligatoire) toestemming van de betrokken hypotheekhouder(s) voor de vestiging van het opstalrecht te verkrijgen. In dat verband lijkt het aan te bevelen om met die hypotheekhouder(s) schriftelijk vast te leggen dat zij bij een eventuele executie het opstalrecht zullen respecteren.⁴⁰ Van de uitoefening van een wegneemrecht van nutsvoorzieningen en installaties voor duurzame energie door de opstaller wordt immers – kort gezegd – niemand beter.⁴¹ Uiteraard zal bij vestiging van hypotheekrechten na de vestiging van het opstalrecht dit gehele probleem niet spelen op grond van de prioritetsregel.⁴²

4. Een kort zijpad: erfpacht en mandeligheid

Hoewel bij de vraag of – in afwijking van de tekst van art 5:60 BW – niet slechts een onroerende zaak gemeenschappelijk kan worden gemaakt maar ook een beperkt recht, zoals erfpacht, geen sprake is van de problematiek van stapeling van zakelijke rechten, is deze vraag daaraan wel verwant. Ook deze vraag vloeit immers voort uit de systematiek en bewoordingen van boek 5 BW. Wat er zij van de verschillende opvattingen over deze vraag, zeker is wel dat verschil van mening bestaat over de problematiek of ook beperkte rechten zich lenen voor mandeligheid en dat dit tot rechtsonzekerheid leidt.⁴³ Wordt veelal nog wel verdedigd dat een opstalrecht mandelig zou kunnen worden gemaakt, omdat dan sprake is van mandelige eigendom, bij erfpacht is dit niet het geval. Kortom, ook hier is een oplossing

³⁸ Zie Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht*, 2019, nr. 865.

³⁹ Zie art. 6:212 BW.

⁴⁰ Desgewenst te versterken met een kettingbeding.

⁴¹ Immers, bij uitoefening van het wegneemrecht door de opstaller zal de waarde van de te veilen onroerende zaak aanzienlijk dalen.

⁴² Zie Reehuis & Heisterkamp, *Pitlo Goederenrecht*, 2019, nrs. 857 en 865.

⁴³ Zie N.C. van Oostrom-Streep, L.C.A. Verstappen en L.P.W. van Vliet, Burenrecht, mandeligheid en erfdiensbaarheden (titels 4, 5 en 6), in: *Boek 5 BW van de toekomst*, Preadvies KNB 2016, p.249/250 en L.C.A. Verstappen, Een verbeterde regeling van mandeligheid, WPNR 2018/7227, p. 140/141.

die de genoemde rechtsonzekerheid wegneemt, gewenst. Uiteraard zou een wetswijziging die een en ander verduidelijkt de problemen oplossen,⁴⁴ maar daar is het voorsnog niet van gekomen.

Wanneer we ons realiseren dat het bij veel mandeligheden krachtens rechtshandeling zoals bedoeld in art. 5:60 BW gaat over vrij eenvoudige praktijksituaties, zoals een mandelig(e) achterpad, groenstrook of kinderspeelplaats, dan kan, indien het om mandelige erfpacht gaat waarbij veelal de gemeente de enige erfverpachter is van het perceel, de rechtszekerheid van die constructie sterk worden bevorderd door ook de erfverpachter bij het aangaan van de mandeligheid te betrekken. De erfverpachter zal met medewerking/instemming van de erfverpachter het betrokken erfpachtrecht in die zin mandelig kunnen maken dat, gesteld al dat een rechter zou oordelen dat geen mandelige erfpacht tot stand is gekomen, de blooteigenaar gebonden is aan de mandelighheidsbepalingen - die tussen de erfverpachters dan zullen gelden als beheersregeling in de zin van art. 3:168 BW⁴⁵ - op grond van bij de bedongen medewerking met de erfverpachter gemaakte afspraken, desgewenst versterkt met een kettingbeding. Overigens lijkt me goed verdedigbaar dat ook als de erfverpachter uitsluitend zijn medewerking - voor zoveel nodig - heeft verleend aan de totstandkoming van de mandeligheid tussen de erfverpachters – zonder nadere afspraken in dat verband - het in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn⁴⁶ indien hij die mandeligheid achteraf niet zou accepteren mede gezien het feit dat in de literatuur door vele auteurs sowieso wordt aangenomen dat mandeligheid tussen erfverpachters en opstallers mogelijk is.⁴⁷ Een aanpak zoals hier geschetst zou ook kunnen worden gevolgd indien de rechthebbenden van de betrokken erven als bedoeld in art. 5:60 BW (eveneens) erfverpachter of opstaller zijn.

Ook wat betreft de gevolgen van het einde van het erfpachtrecht voor de mandeligheid zou men inspiratie kunnen putten uit art. 5:93 BW. Vooral de regel uit art 5:93 lid 2 BW dat bij het einde van de erfpacht in casu de mandeligheid teniet zou gaan, tenzij de erfpacht eindigt door vermenging of afstand, lijkt in aanmerking te komen voor overeenkomstige toepassing. Met name wanneer bij erfpachtconversie een erfpachtrecht tenietgaat door vermenging zal

⁴⁴ Zo'n wetswijziging met concreet voorgestelde aanpassing van de wettekst treft men aan bij N.C. van Oostrom-Streep, L.C.A. Verstappen en L.P.W. van Vliet, a.w., p. 253 e.v., na maatschappelijke discussie verder uitgewerkt in: L.C.A. Verstappen, Een verbeterde regeling van mandeligheid, WPNR 2018/7227.

⁴⁵ Het is immers niet aan twijfel onderhevig dat een beperkt recht in een eenvoudige gemeenschap als bedoeld in afdeling 3.7.1 BW gebracht kan worden en de deelgenoten in het gemeenschappelijke erfpachtrecht het genot, gebruik en beheer in een beheersregeling als bedoeld in art 3: 168 BW nader kunnen regelen.

⁴⁶ Zie in dit verband art. 6: 216 BW jo art. 6: 248 BW.

⁴⁷. Zie voor die opvatting bijvoorbeeld Asser/Bartels & Van velten 5 ,2017, nr. 162.

het immers de bedoeling zijn dat de mandelighedsbepalingen zullen blijven gelden en indien de deelgenoten in de erfpacht dan eveneens mede gerechtigd worden in de blooteigendom kan dat ook worden bereikt indien daartoe op de hier bedoelde wijze reeds vooraf afspraken zijn genaakt en het perceel bestemd is tot gemeenschappelijk nut.⁴⁸

5. Conclusie

Stapeling van zakelijke rechten blijft in beginsel problematisch bij het huidige onderscheid tussen de boeken 3 en 5 BW en de opmerking in de toelichting Meijers dat de wetgever zich op het standpunt stelt dat onder de zakelijke rechten slechts rechten op stoffelijke voorwerpen vallen. Anderzijds blijkt uit de toelichting Meijers bij de regeling van de zakelijke rechten ook dat – kort gezegd – partijen steeds de mogelijkheid behouden om in afwijking van de wettelijke regeling obligatoir iets anders af te spreken. Voorts blijkt expliciet dat Meijers bepaalde vormen van stapeling van zakelijke rechten in boek 5 BW niet met zoveel woorden mogelijk heeft gemaakt ‘omdat in de praktijk van enige behoefte daaraan nooit is gebleken.’ Kortom, Meijers gaf blijk van een weinig dogmatische houding wat betreft de verdeling van de beperkte rechten over boek 3 en boek 5 BW en had juist ook oog voor de behoeften van de praktijk.⁴⁹

Mede gelet op het vorenstaande en op het feit dat juist in het goederenrecht weinig ruimte is voor rechtsonzekerheid – men denke in dit verband onder meer aan het belang van een zekere rechtstoestand in het goederenrecht voor het verschaffen van zekerheidsrechten op de betrokken zaken/goederen – kom ik tot de volgende benadering wat betreft de problematiek van stapeling van zakelijke rechten. Voor sommige vormen van stapeling van zakelijke rechten als bedoeld in boek 5 BW – zoals bij de vraag naar een ondererfpacht of een onderopstalrecht⁵⁰ – heeft de wetgever een oplossing gegeven en is die stapeling mogelijk tenzij bij de vestiging van het eerste beperkte recht (het erfpacht- respectievelijk opstalrecht) anders is bepaald.

Bij de vraag naar stapeling van zakelijke rechten die niet mogelijk is volgens het wettelijk systeem van boek 5 BW – bijvoorbeeld opstal gevestigd door een erfpachter – is de situatie

⁴⁸ In dit opzicht deel ik niet de opvatting van J.G. Gräler, *Mandeligheid*, 2007, Deventer: Kluwer, p. 147 die stelt dat er bij het tenietgaan van het erfpachtrecht geen probleem is omdat bij het tenietgaan van dat recht ook de mandeligheid zal eindigen. Bij tenietgaan van het erfpachtrecht door vermenging en afstand zal dat bij de veelvuldig voorkomende erfpachtconversies immers meestal juist niet de bedoeling zijn.

⁴⁹ Zie hierover sub 3 hierboven.

⁵⁰ Vgl. Art 5: 93 BW resp. Art 5: 104 jo 5: 93 BW. Zie voor de erfdiensbaarheden gevestigd door een beperkt gerechtigde ten behoeve of ten laste van de zaak de regeling in art. 5: 84 BW.

juist andersom. In dat geval mag men er – mede op grond van de eerder vermelde passages uit de toelichting Meijers – vanuit gaan dat partijen op grond van een rechtshandeling, te weten de medewerking van de bloot-eigenaar aan de vestiging van het desbetreffende beperkte recht of aan het tot stand komen van de mandeligheid ervan en in dat kader enkele met hem gemaakte afspraken, ook die vormen van stapeling⁵¹ van zakelijke rechten tot stand kunnen brengen.

⁵¹ Zoals in de aanhef sub 4 van deze bijdrage besef ik dat het mandelig maken van een beperkt recht geen werkelijke vorm van stapeling van zakelijke rechten is maar die problematiek is er wel verwant aan en wordt er in deze conclusie korthedshalve mede onder begrepen.