



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Vergoedingsrechten bij het eindigen van een recht van erfpacht of opstal en het overgangsrecht

Es, P.C. van

Citation

Es, P. C. van. (2022). Vergoedingsrechten bij het eindigen van een recht van erfpacht of opstal en het overgangsrecht. *Juridische Berichten Voor Het Notariaat*, 2022(11), 4-7.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3513734>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513734>

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

43. Vergoedingsrechten bij het eindigen van een recht van erfpacht of opstal en het overgangsrecht

P.C. VAN ES

In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan de vergoedingsrechten die de erfpachter en de opstaller toekomen bij het eindigen van hun recht. Naar aanleiding van HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:628 wordt hierbij tevens aandacht besteed aan het overgangsrecht en aan de vraag of strijd met de dwingendrechtelijke bepaling van art. 5:99 BW vernietigbaarheid of nietigheid tot gevolg heeft.

1. Inleiding

Op 22 april 2022 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen over de overgangsrechtelijke aspecten van het op grond van art. 5:105 jo. art. 5:99 BW aan de opstaller toekomende recht op vergoeding van de waarde van nog aanwezige gebouwen bij het einde van het opstalrecht (HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:628). De opstaller in deze zaak was tevens erfpachter. Het arrest (en de onderliggende uitspraken van de rechtbank en het hof) vormen voor mij aanleiding om in deze bijdrage meer in het algemeen in te gaan op de aan de voormalige erfpachter en opstaller toekomende vergoedingsrechten. Hierbij gaat de aandacht zowel uit naar het huidige recht als naar het oud BW. Ook komt de voor de praktijk belangrijke vraag aan de orde of een bepaling in de erfpacht- of opstalrechtvoorwaarden die strijdig is met de dwingendrechtelijke bepaling van art. 5:99 BW vernietigbaar is op grond van art. 3:40 lid 2 BW (zoals wordt aangenomen in de onderliggende uitspraak van Rb. Midden-Nederland 9 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2280) of dat het uitgangspunt is dat deze bepaling voor niet geschreven moet worden gehouden.

2. Vergoedingsrechten naar oud BW

Volgens het tot 1 januari 1992 geldende BW had een erfpachter geen recht om van de eigenaar te vorderen dat hij de waarde zou betalen van ‘gebouwen, werken, betimmeringen en beplantingen’ die zich bij het einde van de erfpacht op de grond bevinden (art. 773 BW (oud)). Beekhuis merkt op dat deze regeling verband houdt met het oorspronkelijke doel van erfpacht, te weten het ontginnen van woeste gronden (Asser-Beekhuis, *Zakenrecht II*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 265). Na de ontginning kan de erfpachter (die een relatief lage canon betaalt) langere tijd de vruchten plukken van de ontgonnen grond, maar op termijn – na het einde van de erfpacht – komt de vruchtbare grond in handen van de eigenaar. Ook bij

andere vormen van bedrijfseconomische erfpacht, bijvoorbeeld het ter exploitatie in gebruik geven van een haven-terrein, kan men met de regel van art. 773 BW (oud) uit de voeten. De havenexploitant kan gedurende de looptijd van de erfpacht winst maken en zal ervoor moeten zorgen dat de door hem aangebrachte werken en gebouwen in die periode volledig worden afgeschreven. Vergelijk VV II bij art. 5.7.1.11, *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 345-346. Bij stedelijke erfpacht met betrekking tot woonhuizen werd het ontbreken van een recht op vergoeding als onrechtvaardig ervaren. Zeer sprekend is het volgende voorbeeld van Meijers (*Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 339):

‘De eerste stedelijke erfpacht in Amsterdam dateert van ongeveer het midden van de 19de eeuw. Dat is de eerste stedelijke erfpacht geweest, naar ik meen, die er in ons land is geweest. Toen is een groot deel van wat men noemt ‘de Plantage’ in erfpacht uitgegeven. Toen die erfpacht afgelopen was en de gemeente zeide; ‘Nu, mijne heren, moet gij er uit, want de huizen zijn van ons en gij krijgt geen vergoeding’, heeft dat zo’n verontwaardiging gewekt, dat de gemeente heeft moeten inbinden. Zij heeft tenslotte toch, zij het onverplicht, vergoeding toegekend.’

In de praktijk werd in stedelijke erfpachtvoorwaarden sindsdien dan ook vrijwel steeds een vergoedingsrecht opgenomen voor het geval waarin de erfpacht eindigde door tijdsverloop. Deze mogelijkheid bestond omdat art. 773 BW (oud) op grond van art. 782 BW (oud) van regelend recht was.

De regeling van de vergoedingsrechten met betrekking tot het recht van opstal verschildte onder het oud BW wezenlijk van die van het erfpachtrecht. Art. 762 BW (oud) bepaalde, bij wijze van regelend recht (art. 764 BW (oud)), dat de grondeigenaar bij het eindigen van het recht van opstal gehouden was de waarde te vergoeden van de nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen.

3. Vergoedingsrechten naar huidig recht

In het nieuw BW is het roer volledig omgegooid ten aanzien van de vergoedingsrechten van de erfpachter bij het eindigen van de erfpacht. Een van de vraagpunten van Meijers had op deze materie betrekking en de Tweede Kamer stemde ermee in dat er in ieder geval bij verplichte bebouwing dwingende voorschriften gesteld moesten worden ten aanzien van het vergoedingsrecht van de erfpachter bij het einde van de erfpacht (zie *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 335 en 342). Uiteindelijk is in art. 5:99 BW een genuanceerde regeling opgenomen die inhoudt dat de voormalige erfpachter na het einde van de erfpacht in beginsel recht heeft op vergoeding van de waarde van de nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen. Het gaat hierbij niet alleen om *verplicht* aangebrachte gebouwen (en werken en beplantingen). Toch is van belang of een gebouw verplicht is aangebracht of niet. Bij onverplicht aangebrachte gebouwen die de erfpachter bij het einde van de erfpacht mocht wegnemen (waarover art. 5:89 lid 3 BW) bestaat namelijk de mogelijkheid om in de akte van vestiging te bepalen dat de erfpachter geen recht heeft op vergoeding. Zie art. 5:99 lid 2 onder d BW. Ten aanzien van deze gebouwen ontbreekt dus het dwingende karakter van het vergoedingsrecht. Het dwingende karakter van het vergoedingsrecht ontbreekt op grond van art. 5:99 lid 2 onder a BW ook indien de in erfpacht gegeven grond een andere bestemming heeft dan die van woningbouw.

Aandacht verdient ook nog het feit dat art. 5:99 lid 1 BW spreekt over de waarde van ‘de nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen, die door hemzelf [de erfpachter] of een rechtsvoorganger zijn aangebracht of van de eigenaar tegen vergoeding der waarde zijn overgenomen’. De woordkeuze in het gecursiveerde zinsdeel is in mijn ogen wat ongelukkig. Wanneer een stuk grond met daarop een gebouw in erfpacht wordt uitgegeven kan men toch moeilijk zeggen dat de erfpachter het gebouw ‘overneemt’, aangezien de grondeigenaar na vestiging van de erfpacht eigenaar blijft van het gebouw.

De regeling van de vergoedingsrechten in art. 5:99 BW heeft in ieder geval betrekking op de situatie waarin het erfpachtrecht eindigt door tijdsverloop. Zij ziet ook op de situatie waarin het erfpachtrecht eindigt door opzegging door de erfpachter, zij het dat in de akte van vestiging kan worden bepaald dat de erfpachter in dat geval geen recht heeft op vergoeding (art. 5:99 lid 2 onder c BW).

Een bijzondere vergoedingsregeling is opgenomen in art. 5:87 lid 2 BW. Deze heeft betrekking op de situatie waarin het erfpachtrecht eindigt door opzegging door de eigenaar wegens tekortschieten van de erfpachter. De voormalige erfpachter heeft in dat geval recht op de waarde die *de erfpacht* dan heeft en dat is natuurlijk wat anders dan de waarde van de nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen.

Voor de vergoedingsrechten van een voormalig opstaller geldt dat deze nu in de pas lopen met die van een erfpachter.

Art. 5:105 lid 3 BW verklaart art. 5:99 BW namelijk van overeenkomstige toepassing op de opstaller.

De wetgever heeft zich gerealiseerd dat de radicale breuk met het oud BW ten aanzien van de vergoedingsrechten van de voormalige erfpachter noopt tot een ‘deugdelijke overgangsregeling met het oog op reeds lopende erfpachtscontracten’ (*Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 348). Deze regeling komt hieronder in paragraaf 4 aan de orde.

4. Overgangsrecht

Ten aanzien van het recht van erfpacht bepaalt art. 170 Ow NBW dat art. 5:99 BW niet van toepassing is op ‘een erfpacht die ten tijde van het inwerking treden van de wet bestaat’.

In de MvT bij deze bepaling leest men het volgende (*Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Overgangsrecht* 1991, p. 147):

‘Artikel 5.7.1.11 [art. 5:99 BW] legt, anders dan artikel 773 thans, op de eigenaar een vergoedingsplicht bij afloop van de erfpacht. Deze bepaling kan daardoor lasten leggen op de eigenaar waarmede hij bij de vestiging van de erfpacht geen rekening heeft kunnen houden, en waarvoor hij tijdens de duur van de erfpacht geen voorzieningen heeft getroffen. Het is daarom billijk in dezen het oude recht te handhaven en dus voor de lopende erfpachten het recht op vergoeding te laten afhangen van de geldende voorwaarden.’

De schakelbepaling van art. 171 Ow NBW verklaart art. 170 Ow NBW niet van overeenkomstige toepassing op een recht van opstal. Dat betekent dat art. 5:99 BW ten aanzien van een onder oud BW gevestigd opstalrecht (langs de weg van art. 5:105 BW) onmiddellijke werking heeft (art. 68a Ow NBW). In de parlementaire geschiedenis wordt hierover opgemerkt dat art. 5:105 BW ‘zonder bezwaar van toepassing [kan] worden met betrekking tot lopende opstalrechten’ (*Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Overgangsrecht* 1991, p. 295).

Bij deze benadering valt wel een kanttekening te plaatsen. Op het eerste gezicht lijkt art. 5:99 BW (jo. art. 5:105 BW) niet op onaanvaardbare wijze in te breken in lopende opstalrechtcontracten omdat art. 762 BW (oud) ook al bepaalde dat de grondeigenaar bij het eindigen van het recht van opstal gehouden was de waarde te vergoeden van de nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen. Zoals opgemerkt in paragraaf 2 ging het hier echter om een bepaling van regelend recht, waardoor het ook bij oude opstalcontracten mogelijk is dat een grondeigenaar voor een onaangename verrassing komt te staan. Een onder oud recht rechtsgeldig overeengekomen uitsluiting van een vergoedingsplicht heeft onder het huidige recht zijn betekenis verloren wanneer het gaat om grond die bestemd is voor woningbouw. Vergelijk ook A-G Rank-Berenschot onder 3.49 van haar conclusie voor HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:628.

5. Het arrest van de Hoge Raad van 22 april 2022

In het bovenstaande arrest ging het kort weergegeven om het volgende. Stichting het Utrechts Landschap (hierna: ‘de Stichting’) heeft op 14 november 1978 bij notariële vestigingsakte een perceel grond in erfpacht uitgegeven aan X. Op dit perceel bevindt zich onder meer een restaurant annex theeschenkerij en een woning. De erfpacht heeft een duur van dertig jaar en kan volgens de vestigingsakte nog een keer met tien jaar verlengd worden. Art. 6 van de vestigingsakte bepaalt dat het erfpachtrecht tevens het zakelijke recht van opstal inhoudt. Art. 15 van de vestigingsakte geeft een bepaling over de vergoedingsrechten bij het einde van de erfpacht. In beginsel heeft de erfpachter/opstaller recht op vergoeding van de waarde van de aanwezige opstallen. Deze waarde wordt vastgesteld door deskundigen die moeten uitgaan van de herbouwwaarde waarbij de staat van onderhoud in aanmerking moet worden genomen. De ligging en het gebruik van de opstallen mogen bij de waardering niet in aanmerking worden genomen. Art. 15 bepaalt ook dat de omvang van het vergoedingsrecht gemaximeerd is tot de geïndexeerde som van (i) de oorspronkelijke koopsom van de erfpacht (NLG 10.000) en (ii) de met instemming van de Stichting gedane investeringen.

Op 21 januari 2003 heeft X het erfpacht- en opstalrecht geleverd aan eiseres tot cassatie (hierna: ‘erfpachtster’) voor een koopsom van € 560.670, bestaande uit € 210.670 voor het bedrijfsmatige deel en € 350.000 voor het woonhuis. Op dezelfde datum wordt een akte gepasseerd tussen de Stichting en de erfpachtster waarin het erfpacht- en opstalrecht wordt verlengd tot 30 oktober 2018. In deze akte wordt ook vermeld dat het geïndexeerde bedrag van de maximale vergoeding bij het eindigen van de rechten € 275.000 bedraagt. In januari 2016 geeft de Stichting aan erfpachtster te kennen dat zij na 2018 niet opnieuw met haar wenst te contracteren.

Het bovenstaande heeft geleid tot een geschil over onder meer de vergoedingsrechten.

De Rechtbank Midden-Nederland oordeelt – met het oog op hetgeen hierboven in paragraaf 4 is besproken mijns inziens terecht – dat gelet op art. 171 Ow NBW de vergoedingsregel van art. 5:105 jo. art. 5:99 BW ook van toepassing is op opstalrechten die zijn gevestigd voor 1 januari 1992. Vervolgens overweegt de rechtbank dat een gedeelte van het perceel waarop de rechten zijn gevestigd voor bewoning is bestemd en dat op dat perceelsgedeelte ook daadwerkelijk een woning is gebouwd. Aangezien art. 5:99 BW voor tot bewoning bestemde grond dwingend recht bevat, heeft erfpachtster na het einde van de erfpacht en het opstalrecht in beginsel recht op vergoeding van de waarde van de woning conform het bepaalde in art. 5:99 lid 1 BW (jo. art. 5:105 BW). Zie Rb. Midden-Nederland 9 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2280, r.o. 4.24-26. Hoewel deze uitspraak gunstig lijkt voor de erfpachtster (de waarde van de woning is mogelijk groter dan het aan de woning toe te rekenen deel van de geïndexeerde som),

vist de erfpachtster toch achter het net. De rechtbank gaat er namelijk van uit dat strijd met de dwingendrechtelijke bepaling van art. 5:99 BW op grond van art. 3:40 lid 2 BW leidt tot vernietigbaarheid van de strijdige bepaling (in dit geval de bepaling van art. 15 van de vestigingsakte). Op het moment dat de erfpachtster de vernietiging inriep (bij brief van 7 september 2017) was de driejarige verjaringstermijn van art. 3:52 lid 1 onder d BW volgens de rechtbank al verstreken. Op de vraag of strijd met art. 5:99 BW inderdaad leidt tot vernietigbaarheid zal hieronder in paragraaf 6 nader worden ingegaan.

In hoger beroep sneuvelt het overgangsrechtelijk deel van het vonnis van de rechtbank. Hof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2020:4935) gaat ervan uit dat in casu sprake is van een erfpachtafhankelijk opstalrecht, dat niet los van het verleende recht van erfpacht kan worden gezien en ook eindigt als het recht van erfpacht eindigt. Het overweegt vervolgens in r.o. 4.19:

‘Anders dan [appellante] stelt en de rechtbank heeft overwogen, is artikel 5:99 BW niet van toepassing via de band van artikel 5:105 BW. (...) Het strookt (...) niet met de achterliggende gedachte achter artikel 170 Overgangswet NBW om artikel 5:99 BW alsnog van toepassing te verklaren op zo’n erfpachtafhankelijk opstalrecht. In oude erfpachtcontracten kon immers geen rekening worden gehouden met de vergoedingsverplichting die de wetgever heeft opgenomen in artikel 5:99 BW.’

Het tegen deze overweging gerichte cassatiemiddel treft doel. De Hoge Raad onderschrijft in r.o. 3.1.2 de visie van de rechtbank en voegt daaraan toe dat het voor het van toepassing zijn van art. 5:99 BW op oude opstalrechten geen verschil maakt of sprake is van een zelfstandig of van een erfpachtafhankelijk opstalrecht.

6. Strijd met art. 5:99 BW; nietigheid of vernietigbaarheid?

Bepalend voor het verloop van de procedure is geweest dat de rechtbank ervan uit is gegaan dat een met art. 5:99 BW strijdige bepaling in een erfpacht/opstal-contract tot gevolg heeft dat de betreffende bepaling *vernietigbaar* is op grond van art. 3:40 lid 2 BW. Ik twijfel ernstig aan de juistheid van dit uitgangspunt en voel deze twijfel ook bij A-G Rank-Berenschot. Zij merkt onder 3.57 van haar conclusie namelijk op dat ‘die sanctie als zodanig – vernietigbaarheid – (...) in appel niet [is] bestreden.’

Mijns inziens geldt dat een met art. 5:99 BW strijdige bepaling in een vestigingsakte voor niet geschreven moet worden gehouden. Weliswaar treft men in het artikel niet de woorden aan dat een afwijkend beding ‘nietig is’ (zoals dat bijvoorbeeld wel in art. 5:87 lid 3 BW staat), maar de sanctie nietigheid volgt uit de opzet van het artikel. Lid 2 bepaalt namelijk dat in bepaalde gevallen *kan* worden afgevoerd van het bepaalde in lid 1. Dit betekent dat dit in andere gevallen niet *kan* en dat betekent dat een dergelijke

afwijkende bepaling voor niet geschreven moet worden gehouden. Mocht dit anders zijn dan is de bescherming die de wetgever aan de erfpachter en opstaller beoogde te bieden een wassen neus.

De Hoge Raad laat in rov. 3.2 het vonnis van de rechtbank en het ten overvloede door het hof gegeven gelijklopende vonnis ten aanzien van de ingetreden verjaring in stand met een beroep op art. 81 lid 1 RO. Dit oordeel moet in de procesrechtelijke context worden gezien waarin geen beroep is gedaan op de onjuistheid van de vernietigbaarheid als sanctie.

7. Houdt verlenging de vestiging van een nieuw recht in?

In cassatie werd ook de vraag opgeworpen of de verlenging van het erfpacht- en opstalrecht op 21 januari 2003 niet de vestiging van een nieuw erfpacht- en opstalrecht inhield. De rechten zouden dan na 1 januari 1992 zijn ontstaan. Gelet op het slagen van de overgangsrechtelijke klacht is de met deze vraag samenhangende klacht onbehandeld gebleven. Het is denkbaar dat onder het mom van een ‘verlenging’ in wezen een nieuw recht van opstal of erfpacht tot stand komt. Volgens de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken II* 1984/85, 17541, nr. 8, p. 8) is van een nieuw recht van erfpacht of opstal in ieder geval geen sprake wanneer deze rechten op grond van de regeling van art. 5:98 lid 1 BW (jo. art. 5:104 lid 2) doorlopen omdat de erfpachter c.q.

opstaller de zaak niet heeft ontruimd. Ook in het onderhavige geval, waarin de rechten van erfpacht en opstal onder dezelfde voorwaarden worden verlengd op grond van een in de vestigingsakte opgenomen verlengingsoptie, lijkt het aannemelijk dat van nieuw gevestigde rechten geen sprake is. Zo ook, *Asser/Bartels & Van Velten* 5 2017/220a.

8. De les voor het notariaat

De les die uit bovenstaande kan worden geleerd is dat van het notariaat grote oplettendheid wordt gevraagd wanneer een voor 1 januari 1992 gevestigd zelfstandig of erfpacht-afhankelijk opstalrecht na 1 januari 1992 op grond van een in de vestigingsakte opgenomen verlengingsoptie wordt verlengd. Het is dan zaak de akte dusdanig vorm te geven dat deze voldoet aan de eisen van art. 5:99 lid 1 jo. art. 5:105 lid 3 BW. Het is hierbij niet relevant of de sanctie op het niet voldoen aan de voorwaarden nietigheid of vernietigbaarheid van het afwijkende beding inhoudt. In beide gevallen zal de notaris de partijen moeten informeren en zal hij hen ertoe moeten bewegen akkoord te gaan met een akte die aan de wettelijke vereisten voldoet.

HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:628

Over de auteur

P.C. van Es

Hoofddocent Universiteit Leiden.