



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Naschrift W.G. Huijgen bij reactie L. Admiraal

Huijgen, W.G.

Citation

Huijgen, W. G. (2023). Naschrift W.G. Huijgen bij reactie L. Admiraal. *Juridische Berichten Voor Het Notariaat*, 2023(5), 15-16. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3718394>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3718394>

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

25. Naschrift W.G. Huijgen bij reactie L. Admiraal

W.G. HUIJGEN

De heer L. Admiraal reageerde op mijn bijdrage in *JBN* 2023/7.

De kern van zijn reactie is gebaseerd op enige algemene opmerkingen over Boek 5 NBW uit de toelichting Meijers (TM). Nu wil het geval dat de toelichting Meijers een toelichting bevat bij het ontwerp van wet van Meijers (OM). In het OM kwam echter een bepaling zoals het huidige art. 5:91 lid 1 BW in het geheel niet voor. Dat artikel is eerst jaren later tijdens de ontstaansgeschiedenis van het NBW toegevoegd en is in feite het gevolg van een wens van de Nederlandse gemeenten – de belangrijkste erfverpachters in ons land – om in afwijking van de hoofdregel van art. 3:83 lid 1 BW toch te kunnen bereiken dat zij met name enige invloed zouden behouden op de persoon van de erfpachter (zie *VVII, Parl. Gesch.* 5, p. 312). In dit licht bezien is de door Admiraal geciteerde passage uit de TM slechts van beperkte betekenis voor het antwoord op de vraag of een erfverpachter langs contractuele weg een toestemmingseis in een erfpachtakte kan opnemen voor het vestigen van een hypotheekrecht. Wij weten immers in het geheel niet hoe Meijers over die vraag zou hebben geoordeeld. Dit laatste is met name relevant omdat de regel van art. 5:91 lid 1 BW een later opgenomen uitzondering is op de vanaf het begin in het ontwerp-BW opgenomen hoofdregel van art. 3:83 lid 1 BW, inhoudende dat eigendom en de beperkte rechten in beginsel steeds overdraagbaar en – op grond van de schakelbepaling van art. 3:98 BW – tevens te bezwaren zijn. Over dat laatste verschillen Admiraal en ondergetekende niet van opvatting.

Het vorenstaande geldt temeer nu in de parlementaire geschiedenis na invoeging van het bepaalde in art. 5:91 lid 1 NBW door de minister *wel* duidelijk is aangegeven dat hij weliswaar tegemoet was gekomen aan de wens van de gemeenten wat betreft de mogelijkheid om overdracht en toedeling van de toestemming van de bloot-eigenaar afhankelijk te maken, maar dat het recht van de erfpachter om zijn recht te bezwaren, met name met een recht van hypotheek of vruchtgebruik, *ten volle* bleef bestaan (zie *MvA II, Parl. Gesch.* 5, p. 313, en mijn eerdere bijdrage). Daarbij valt de kanttekening te plaatsen dat de vaste Commissie voor justitie uit de Tweede Kamer ook uitsluitend gevraagd had naar een mogelijkheid om de vrije *vervreemding* van het erfpachtrecht aan een toestemmingsvereiste te binden. De reactie van Admiraal, noch het door mij besproken

arrest van hof Arnhem-Leeuwarden maken ook maar enigszins duidelijk hoe de mogelijkheid tot het vestigen van een hypotheek door de erfpachter *ten volle* blijft bestaan als men die vestigingsmogelijkheid afhankelijk kan maken van de contractuele toestemming van de erfverpachter op straffe van een hoge boete.

Nog een laatste aspect wil ik in dit verband naar voren brengen. Toen kort na de economische crisis van 2008, resulterend in enorme dalingen van de onroerendgoedprijzen, de Nederlandse banken, vertegenwoordigd in de NVB, zich begonnen te realiseren dat hypothecaire financiering van erfpachtrechten, door alle beperkingen die daar in de vorm van nadere bepalingen aan konden kleven, risicovol kon zijn, gingen zij bij particuliere erfpachtrechten ten aanzien van woningen een zogenoemde ‘erfpachtopinie’ eisen voor de financiering die (ook) door het notariaat kon worden afgegeven. Later zou die erfpachtopinie ook verplicht worden voor overheidserfpachten. De specifieke vereisten waaraan in de opinie moest worden getoetst, werden door een werkgroep waarin onder meer de banken en het notariaat waren vertegenwoordigd, opgesteld. Op grond van het document dat door de werkgroep werd opgesteld, dienden de bepalingen uit de erfpachtakte en de bijbehorende algemene erfpachtvoorwaarden getoetst te worden aan vijf hoofdcriteria, die weer waren uitgewerkt in verschillende sub-criteria. Eén van die hoofdcriteria was dat de erfpachtbepalingen geen materiële aantasting van het genotsrecht van de erfpachter mochten inhouden. Van dit laatste was sprake *‘wanneer de waarde van het erfpachtrecht materieel negatief wordt beïnvloed door één of meer specifieke erfpachtvoorwaarden.’* Een voorbeeld dat de werkgroep vervolgens noemt is: *‘een bepaling met voorwaarden voor de vestiging van een hypotheekrecht op het erfpachtrecht die onredelijk zijn, (...) en/of het verkrijgen van een hypothecaire geldlening ernstig bemoeilijken.’*

Gelet op het bepaalde in art. 5:91 lid 1 BW kan de laatstgenoemde passage slechts slaan op obligatoire beperkingen waarover Admiraal spreekt. Zij zouden dus leiden tot een negatieve opinie op basis van een ‘rood beding’. Met andere woorden: een erfpachtrecht dat niet meer voor financiering door een bank in aanmerking komt. Zo’n consequentie

heeft uiteraard een enorm negatief gevolg voor de waarde van het erfpachtrecht. Kortom, linksom op basis van de woorden van de minister dat de vrijheid om erfpachtrechten met hypotheek te bezwaren ten volle blijft bestaan, of rechtsom op grond van de materie van de ‘erfpachtopinie’, zijn erfpachtvoorwaarden die de vrijheid van de erfpachter beperken in zijn recht tot bezwaring van de erfpacht met hypotheek (of vruchtgebruik) in beginsel niet acceptabel. Overigens is in mijn eerdere bijdrage in *JBN* 2023/2 (nr. 7) nergens te lezen dat ik als sanctie op dergelijke bedingen nietigheid als bedoeld in art. 3:40 BW noem. Ik laat dat

in het midden en zou me ook kunnen voorstellen dat de rechter ze – vrij stelselmatig – beoordeelt als in strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid dan wel, in geval van een algemene voorwaarde van die strekking, als vernietigbaar bestempelt (bijvoorbeeld op grond van art. 6:233 sub a BW of art. 6:237 sub b BW).

Over de auteur

W.G. Huijgen

Emeritus hoogleraar Universiteit Leiden.