



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Erfpacht en hypotheek in het licht van art. 5:91 lid 1 BW

Huijgen, W.G.

Citation

Huijgen, W. G. (2023). Erfpacht en hypotheek in het licht van art. 5:91 lid 1 BW. *Juridische Berichten Voor Het Notariaat*, 2023(2), 4-6. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3720142>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3720142>

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

7. Erfpacht en hypotheek in het licht van art. 5:91 lid 1 BW

W.G. HUIJGEN

Kan een erfpachter worden verboden zijn erfpachtrecht zonder toestemming van de erfverpachter te bezwaren met een hypotheekrecht?

1. De feiten

In deze zaak ging het – verkort weergegeven – om de navolgende feiten. Een grondeigenaar heeft een aantal percelen landbouwgrond in erfpacht uitgegeven aan een akkerbouwer. Deze gebruikt de percelen om tulpen te telen. In de erfpachtakten is – voor zover hier relevant – het volgende bepaald:

‘Artikel 7.

6. Zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de eigenaar is het de erfpachter niet toegestaan:

g. Het erfpachtgoed te verhuren, te verpachten, in ondererfpacht te geven of onder welke andere titel ook aan derden in gebruik te geven, dan wel gebruik door derden toe te laten.

i. Het erfpachtrecht geheel of ten dele te vervreemden, met hypotheek te bezwaren, andere zakelijke rechten daarop te vestigen, dan wel in te brengen in een vennootschap of maatschap, anders dan een maatschap tussen ouder en kind of echtelieden.

Artikel 9. Indien de eigenaar de hiervoor bedoelde toestemming niet heeft verleend, zullen de rechtshandelingen als omschreven in artikel 7 lid 6 letters g en i. vernietigbaar zijn. (...) Voorts verbeurt de erfpachter ter zake van elke handeling zonder de vereiste toestemming vermeld in artikel 7 lid 6 letters g en i een onmiddellijk opeisbare boete ten bedrage van het tienvoud van de jaarlijkse canon.’

In 2007 en 2011 is door de erfpachter tot tweemaal toe een hypotheekrecht gevestigd op de erfpachtrechten zonder toestemming van de erfverpachter. Daarop vordert de erfverpachter de verschuldigde boete van tienmaal de jaarlijkse canon van de erfpachter die door de rechtbank Midden-Nederland (locatie Lelystad) wordt toegewezen. Tegen dit vonnis stelt de erfpachter tevergeefs hoger beroep in bij het hof Arnhem-Leeuwarden.

2. De beslissing van het hof

Het hof overwoog in verband met de vraag of het mogelijk is een toestemmingsvereiste te verbinden aan het bezwaren van een erfpachtrecht met een hypotheekrecht, het navolgende:

‘6.2

Volgens [appellant] is artikel 7 lid 6 onder i van de tussen partijen geldende erfpachtakte, die voor het vestigen van een hypotheekrecht toestemming van [geïntimeerde] vereist, in strijd met artikel 5:91 BW in verbinding met artikel 3:228 BW. Volgens [appellant] mag in de akte van vestiging alleen een beding worden opgenomen, waarin het de erfpachter is verboden de erfpacht zonder toestemming van de eigenaar over te dragen of aan een ander toe te bedelen. A contrario volgt hieruit, aldus nog steeds [appellant], dat het recht om het erfpachtgoed te bezwaren met een hypotheekrecht niet aan toestemming kan worden gebonden.

6.3

Het hof volgt [appellant] niet in deze stellingen. Hoewel artikel 5:91 BW de bevoegdheid van de erfpachter om zijn erfpachtrecht te bezwaren met een beperkt recht niet raakt – goederenrechtelijk heeft het ontbreken van toestemming inderdaad geen effect op de geldigheid van de hypotheekvestiging – heeft het door de bloot eigenaar ([geïntimeerde]) bedongen toestemmingsvereiste voor de vestiging van beperkte rechten wel obligatoire (verbintenisrechtelijke) werking. (Het hof verwijst hier in een noot met zoveel woorden naar *Asser/Bartels & Van Velten* 5 2017/224; toev. W.H.). Als, zoals in dit geval, tussen de bloot eigenaar en de erfpachter is overeengekomen dat voor het vestigen van een hypotheekrecht toestemming van de bloot eigenaar vereist is en op overtreding van het toestemmingsvereiste een boete staat, heeft dit beding de door partijen overeengekomen verbintenisrechtelijke gevolgen. Het vestigen van een hypotheekrecht zonder de toestemming vormt dan een tekortkoming van de erfpachter in de nakoming van de verbintenis die volgt uit de erfpachtovereenkomst. In dit geval staat vast dat [appellant] noch in 2007 noch in 2011

toestemming voor het vestigen van een hypotheekrecht op de erfpachtgoederen heeft gekregen. Daarmee faalt grief I.’

3. Commentaar

Naar mijn mening is de beslissing van het hof alsook de passage uit *Asser/Bartels & Van Velten* 5 2017/224 waarnaar het hof expliciet verwijst niet juist. Wat is immers het geval? Hoofregel is dat eigendom en de beperkte rechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen overdraagbaarheid verzet (art. 3:83 lid 1 BW). Een in het goederenrecht reeds uitzonderlijke wettelijke beperking op de overdraagbaarheid voor beperkte rechten treffen wij voor erfpacht (en via art. 5:104 lid 2 BW geldt die ook voor een zelfstandig opstalrecht) aan in art. 5:91 lid 1 BW. Aldaar is bepaald dat:

‘In de akte van vestiging kan worden bepaald dat de erfpacht niet zonder toestemming van de eigenaar kan worden overgedragen of toebedeeld. Een zodanige bepaling staat aan executie door schuldeisers niet in de weg.’

In deze bepaling wordt uitdrukkelijk niet de mogelijkheid genoemd om het bezwaren van een erfpachtrecht aan toestemmingsvereisten te binden. Daarvoor geldt een genuanceerd verhaal.

Wat betreft het vestigen van beperkte rechten in de vorm van een erfdienstbaarheid die een erfpachter wil vestigen ten behoeve c.q. ten laste van de zaak waarop zijn recht rust, kent de wet een genuanceerde regeling waardoor de erfverpachter daarop met name bij erfdienstbaarheden ten laste van de in erfpacht uitgegeven zaak daarop tot op zekere hoogte invloed kan uitoefenen (zie art. 5:84 lid 3 BW). Wat betreft de mogelijke bezwaring met ondererfpacht kan in de erfpachtaakte zonder meer de mogelijke vestiging daarvan door de erfpachter worden uitgesloten of aan een toestemmingsvereiste worden gebonden (zie art. 5:93 lid 1 BW).

Resteren met name de echte bezwaringen van het erfpachtrecht zelf met de beperkte rechten van hypotheek en vruchtgebruik. Daarover is in de parlementaire geschiedenis van art. 5:91 lid 1 BW de volgende glasheldere passage opgenomen waarin de minister ingaat op eerdere opmerkingen uit het Voorlopig Verslag:

‘In de gevallen waarin een beding gemaakt is als bedoeld in lid 1 wordt alleen overdracht of toedeling zonder toestemming van de eigenaar uitgesloten. De mogelijkheid om het recht met beperkte rechten zonder toestemming van de eigenaar te bezwaren, waarbij met name moet worden gedacht aan hypotheek en vruchtgebruik, *blijft ten volle bestaan* (cursivering W.H.). Het komt de ondergetekende minder wenselijk voor de totstandkoming van deze beperkte rechten die een tijdelijke duur hebben van de toestemming van de eigenaar afhankelijk te maken.’

Ik merk nog op dat noch in de vrij uitvoerige parlementaire geschiedenis van de vaststellingswet van art. 5:91 lid

1 BW noch in die van de invoeringswet van dat artikel ergens ook maar een passage voorkomt die zou aangeven dat toestemmingsvereisten in strijd met het bepaalde in art. 5:91 lid 1 BW wel met obligatoire werking tussen erfverpachter en erfpachter zouden kunnen worden afgesproken. Die opvatting – die men wel vaker in de praktijk tegenkomt – is regelrecht in strijd met de hierboven geciteerde passage uit de parlementaire geschiedenis. De onderhavige beslissing van het hof is duidelijk in strijd met de hierboven geciteerde toelichting van de minister op art. 5:91 lid 1 BW. De erfpachter moest in casu een boete van € 64.316 betalen wegens het vestigen van twee hypotheeken zonder toestemming van de erfverpachter. Als dit soort obligatoire bezwarringsverboden met daaraan gekoppeld boetebepalingen zoals in casu (bedrag van de tienvoudige jaarlijkse canon) mogelijk zijn, dan blijft er van de *volledige* vrijheid om het erfpachtrecht te bewaren met hypotheek of vruchtgebruik *de facto* niets over.

Nog even het punt waarom het recht van de erfpachter om zijn erfpachtrecht vrijelijk te kunnen bezwaren met hypotheek en vruchtgebruik zo fundamenteel is. Daarvoor moeten we zien dat de mogelijkheid voor de erfverpachter om het recht van de erfpachter wat betreft overdracht en toedeling aan een toestemmingseis te binden reeds een inbreuk is op de hoofregel van het goederenrecht inzake vrije overdraagbaarheid van eigendom en de beperkte rechten zoals neergelegd in art. 3:83 lid 1 BW. Daarachter schuilt het beginsel van vrije verhandelbaarheid van (on)roerende zaken. De wetgever wil geen ‘zaken buiten de handel’ krijgen. Bij het vestigen van hypotheek en vruchtgebruik trekt de minister een grens. De ongehinderde mogelijkheid om het zakelijk recht van erfpacht hypothecair te kunnen financieren is veelal essentieel om het recht *de facto* vrij verhandelbaar te laten zijn. Zonder die mogelijkheid blijft er van die vrije verhandelbaarheid weinig over omdat men niet vrij is wat betreft de hypothecaire financiering van het recht. Bij vruchtgebruik komt de principiële houding van de minister m.i. voort uit het feit dat vruchtgebruik op onroerende zaken vrijwel altijd wordt gevestigd uit hoofde van een testamentair legaat. Het zou toch wel onaanvaardbaar worden indien het notariaat bij vestiging van zo’n vruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende echtgenoot of partner van de erflater eerst de toestemming van de erfverpachter zou moeten vragen op straffe van een mogelijke boete, derhalve ook als dat op grond van een obligatoir toestemmingsvereiste zou zijn met alle rechtsonzekerheid van dien.

Ik kom nog even terug op de enige – expliciet – door het hof genoemde bron, te weten het handboek van *Asser/Bartels & Van Velten* 5 2017/224. Ik heb er moeite mee dat in dat handboek gesteld wordt dat obligatoire toestemmingsvereisten voor het bezwaren van erfpacht met bijvoorbeeld hypotheek zonder meer mogelijk zouden zijn. Voor die opvatting wordt in genoemd handboek geen enkele bron vermeld terwijl andersluidende opvattingen niet worden genoemd. De rechter kon in casu dan ook gemakkelijk op het verkeerde been worden gezet. Die andersluidende opvattingen zijn er echter wel. Men zie daarvoor F.A.N. van

Rooijen en R.A. Bol, 'Erfpacht en hypotheek; hoe scherp is het notariaat?', *WPNR* 2009/6815, p. 822 en W.G. Huijgen en B.A.G.P. Rijpert, 'Actuele ontwikkelingen rond het recht van erfpacht', *TBR* 2011, p. 813/814.

Tot slot de vraag hoe de notaris nu dient te handelen als hem gevraagd wordt een obligatoir toestemmingsvereiste ten aanzien van het bezwaren van het recht van erfpacht met hypotheek (of vruchtgebruik) in de akte op te nemen. Voorop dient te worden gesteld dat er over de rechtsvraag die hier aan de orde was nog geen beslissing is van de Hoge Raad. Tot dat moment bestaat er onzekerheid of obligatoire toestemmingsvereisten bij erfpacht zoals in deze zaak aan de orde inderdaad mogelijk zijn. Mijn advies zou zijn er zeer terughoudend mee om te gaan maar als de cliënt het per se wenst deze wel in de akte op te nemen. Daaraan zal een schriftelijke toelichting moeten worden toegevoegd

inhoudende dat er niet voor kan worden ingestaan dat het toestemmingsvereiste met de daaraan wellicht gekoppelde boete in rechte houdbaar zal blijken te zijn. Hetzelfde geldt voor bepalingen die hypotheekhouders die hun recht hebben gevestigd op een erfpachtrecht voor het geval van executie in de erfpachtakte – obligatoir – binden aan voorkeursrechten van de erfverpachter of een derde. Dergelijke bepalingen kunnen al snel in strijd worden geoordeeld met art. 3:228 BW en het bepaalde in art. 5:91 lid 1 (slot) BW. *Hof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:7450.*

Over de auteur

W.G. Huijgen

Hoogleraar notarieel recht aan de Universiteit Leiden.