

MONOGRAFIEËN BW

B28 Erfpacht en opstal

Prof. mr. H.D. Ploeger

Mr. H. Bounjouh

 Wolters Kluwer

Deventer – 2019

VOORWOORD

Voorwoord bij de vierde druk

In 1986 verscheen van de hand van Jitske de Jong de eerste druk van deze monografie. In de jaren daarna werd de tekst door haar telkens geactualiseerd, bij de derde druk van 2008 daarbij in samenwerking met Hendrik Ploeger. Nu ligt hier voor u de vierde druk.

De maatschappij, en daarmee ook het recht, staat niet stil. Wij beperken ons op deze plaats tot het aanstippen van enkele punten. Aan de ene kant staat het recht van erfpacht maatschappelijk gezien onder druk. Dit leidde met name in Amsterdam tot een belangrijke wijziging in de gemeentelijke grondpolitiek. Aan de andere kant constateren we – als een van de gevolgen van de financiële crisis van 2008 – de herontdekking van de erfpacht als instrument voor locatieontwikkeling. Stond in de oorspronkelijke opzet van de monografie vooral stedelijke erfpacht centraal, inmiddels is er ook meer aandacht voor het gebruik van erfpacht door hogere overheden, het bedrijfsleven en particulieren. Ook is er in deze druk aandacht voor vernieuwende vormen van erfpacht en opstalrecht welke in de afgelopen jaren een vlucht hebben genomen, bijvoorbeeld als alternatief voor splitsing in appartementsrechten of het realiseren van op de uitgangspunten van de circulaire economie gebaseerde businessmodellen.

De ontwikkelingen in praktijk, rechtspraak en literatuur in de afgelopen tien jaar noodzaakten weer tot een, op delen zelfs grondige, herziening van deze monografie. Een en ander noodzaakten ook tot een complete vernumming van de paragrafen. Aan de bestaande hoofdstukindeling is echter niet getornd.

De auteurs willen hierbij op de eerste plaats Jitske de Jong danken voor het in ons gestelde vertrouwen bij het overnemen van de door haar opgezette monografie. Daarnaast willen wij alle mensen uit de praktijk danken die de tijd hebben vrijgemaakt om ons een inzicht te geven in de toepassingen in de praktijk en de daarbij ondervonden vraagstukken. In het bijzonder is dank verschuldigd aan medewerkers van het erfpachtbureau van de gemeente Amsterdam, het havenbedrijf Amsterdam N.V. en M.F.C. Fisser. Tot slot een woord van dank aan de redactie van de reeks monografieën voor het kritisch doorlezen van het manuscript en de nuttige opmerkingen.

Het huidige auteursteam is een mix van wetenschap en praktijk. De tekst is in nauwe samenwerking tot stand gekomen. Uitdrukkelijk zij hier opgemerkt dat Hafida Bounjouh op persoonlijke titel aan deze monografie heeft geschreven en niet noodzakelijkerwijs de zienswijze van de werkgever weergeeft.

De tekst is in januari 2019 afgesloten.

Delft/Rotterdam, 29 januari 2019
H.D. Ploeger en H. Bounjouh

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van afkortingen / XI

Lijst van (verkort) aangehaalde literatuur / XIII

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

1 Algemeen / 1

HOOFDSTUK 2

De maatschappelijke betekenis van het erfpachtrecht / 3

- 2 Enkele historische notities / 3
- 3 Toepassingen van het erfpachtrecht / 4
- 4 Gemeentelijke erfpacht / 5
- 5 Erfpacht in enkele Europese landen / 8

HOOFDSTUK 3

Plaats van het erfpachtrecht binnen het vermogensrecht / 11

- 6 Titel 5.7: algemeen karakter / 11
- 7 Redelijkheid en billijkheid / 12
- 8 Algemene voorwaarden (AV) / 13
- 9 De overeenkomst tot vestiging of overdracht van het erfpachtrecht / 17
- 10 Partijbedoelingen bij vestiging en overdracht: uitleg van de akte / 18
- 11 Overgangsrecht / 20

HOOFDSTUK 4

Aard en omvang van het erfpachtrecht / 23

- 12 Zakelijke werking van erfpachtbedingen / 23
- 13 Essentiële kenmerken van het erfpachtrecht / 24
- 14 Dwingend recht in titel 5.7 / 25
- 15 Aanvullend recht in titel 5.7 / 25

HOOFDSTUK 5

Erfpacht vergeleken met andere rechten / 29

16 Overeenkomsten en verschillen / 29

HOOFDSTUK 6

Erfpacht en de overheid / 33

17 Kaders voor gronduitgifte door de overheid / 33

18 Toepasselijke wettelijke regelingen / 37

19 Toetsing van erfpachtverhoudingen / 39

HOOFDSTUK 7

Ontstaan en duur van het erfpachtrecht / 41

20 Ontstaan door vestiging / 41

21 Ontstaan door verjaring / 42

22 Overdracht onder voorbehoud van een erfpachtrecht / 43

23 Duur van het erfpachtrecht / 44

24 Einde van het erfpachtrecht / 45

HOOFDSTUK 8

Financiële verplichtingen van de erfpachter / 47

25 De tegenprestatie van de erfpacht; de canon / 47

26 Canonvaststelling, -aanpassing, -herziening en afkoop / 48

27 Aansprakelijkheid voor canonbetalingen / 52

28 Andere financiële lasten van de erfpachter / 53

29 Risicoaansprakelijkheid voor gebreken in de opstal / 54

30 Fiscale aspecten / 54

HOOFDSTUK 9

Het genot van de erfpachter / 57

31 Algemeen / 57

32 De bestemming en inrichting van de onroerende zaak / 58

33 Het gebruik en onderhoud van grond en opstallen / 59

34 Ruimtelijke en temporele beperkingen / 60

35 Enkele andere aspecten / 61

HOOFDSTUK 10

Overdracht, toedeling en splitsing / 63

36 De overdraagbaarheid van het erfpachtrecht / 63

37 Vervangende machtiging / 64

38 (On)toelaatbare voorwaarden voor toestemming / 64

- 39 Verticale splitsing van het erfpachtrecht / 65
- 40 Splitsing in appartementsrechten / 65

HOOFDSTUK 11

De vestiging van beperkte en persoonlijke rechten / 69

- 41 Algemeen / 69
- 42 Hypotheek / 70
- 43 Erfdienstbaarheden / 71
- 44 Ondererfpacht / 71
- 45 Opstal / 72
- 46 Mandeligheid / 73
- 47 Huur en verhuur (pacht) / 73

HOOFDSTUK 12

Niet-nakoming van verplichtingen / 75

- 48 Toepasselijkheid van regelingen uit Boek 3 en Boek 6 / 75
- 49 Niet-nakoming door eigenaar en erfpachter / 76

HOOFDSTUK 13

Het einde, wijziging en verlenging van het erfpachtrecht / 79

- 50 Wijzen van beëindiging van het erfpachtrecht / 79
- 51 Rechtsgevolgen van de beëindiging / 81
- 52 Vergoeding bij het einde van het erfpachtrecht / 82
- 53 Doorlopen tijdelijk erfpachtrecht op grond van art. 5:98 / 84
- 54 Recht op heruitgifte / 85
- 55 Wijziging van de erfpachtvoorwaarden / 86
- 56 Opheffing en wijziging van het erfpachtrecht wegens onvoorziene omstandigheden / 87

HOOFDSTUK 14

Het recht van opstal: algemene kenmerken en toepassing / 89

- 57 Achtergrond van het opstalrecht / 89
- 58 Historie van het opstalrecht / 91
- 59 Opstalrecht en erfpachtrecht / 91
- 60 Zelfstandig en afhankelijk opstalrecht / 93
- 61 Opstalrecht in het buitenland / 94
- 62 Toepassing van opstalrecht: algemeen / 96
- 63 Gebouwen en werken / 97
- 64 Beplantingen / 102

HOOFDSTUK 15

Ontstaan, duur en einde van het recht van opstal / 103

- 65 Ontstaan door vestiging / 103
- 66 Ontstaan door verjaring / 104
- 67 Eigendomsverkrijging door de opstaller / 104
- 68 Duur en einde van het recht van opstal / 105
- 69 Waardevergoeding bij einde van het recht van opstal / 106

HOOFDSTUK 16

Rechten en verplichtingen van de opstaller / 107

- 70 Inleiding / 107
- 71 De tegenprestatie van het recht van opstal; de retributie / 107
- 72 Rechten met betrekking tot de opstallen / 107
- 73 Vestiging van beperkte en persoonlijke rechten / 108
- 74 Verhouding tussen opstaller en eigenaar; redelijkheid en billijkheid / 109
- 75 Het genot van de opstaller met betrekking tot de grond / 110
- 76 Uitbreiding van de bevoegdheden van de opstaller / 110

Jurisprudentieregister / 113

Artikelenregister / 119

Trefwoordenregister / 123

Monografieën BW / 127

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1 Algemeen

Deze monografie is gewijd aan de rechten van erfpacht en opstal. Twee beperkte rechten (art. 3:8) met veel overeenkomsten, maar ook elk met hun eigen kenmerken en toepassingsbereik.

‘Erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken’, aldus de definitie in art. 5:85 lid 1 BW. Erfpacht is een beperkt recht (art. 3:8). Na eigendom moet het erfpachtrecht als het meest omvattende gebruiks- of genotsrecht met betrekking tot onroerende zaken worden gezien. In theorie verschafft geen enkel ander beperkt recht de mogelijkheid tot vestiging van een recht met een duur, omvang en gebruiksbevoegdheden als het erfpachtrecht. De inhoud van het recht in concreto wordt echter niet alleen bepaald door de wet, maar in belangrijke mate ook door de in de akte van vestiging opgenomen erfpachtvoorwaarden en in de regel ook de algemene voorwaarden waar de akte naar verwijst. De bevoegdheden van de erfpachter aangaande de zaak waarop het recht rust, alsmede aangaande het erfpachtrecht zelf, kunnen als gevolg hiervan variëren van zeer ruim tot zeer beperkt.

Van de mogelijkheid onroerende zaken in erfpacht uit te geven wordt gebruikgemaakt door particulieren, private organisaties, maar vooral door gemeenten en andere overheden. De overheid tracht dan veelal (mede) doeleinden van ruimtelijk beleid te verwezenlijken. Aan erfpacht als bestuursinstrument wordt daarom in deze monografie afzonderlijk aandacht besteed.

In het deel van deze monografie dat gewijd is aan het erfpachtrecht (hoofdstukken 2 t/m 13) komen verder de volgende onderwerpen aan bod. Allereerst worden enkele algemene vragen samenhangende met de feitelijke en juridische betekenis van het recht behandeld. Ook komt de discussie aan de orde over de aard van het recht en de plaats in het gesloten stelsel van beperkte rechten. Daarnaast wordt ingegaan op de kaders die de afdeling 6.5.3 en het Europees consumentenrecht stellen aan bedingen in algemene erfpachtvoorwaarden. Vervolgens worden de specifieke kenmerken van het recht, met name de rechten en verplichtingen van de erfpachter en de hoofdgerechtigde beschreven. Daarbij is getracht steeds aandacht te wijden aan vragen die in de praktijk zijn gerezen.

Nauw verwant aan het erfpachtrecht is het recht van opstal. Hoewel de wettelijke regeling van dit beperkte recht in grote lijnen gelijk is aan dat van het erfpachtrecht, zijn er twee belangrijke verschillen. Allereerst resulteert de vestiging van het recht van opstal, anders dan bij erfpacht, in een horizontale splitsing van eigendom: de opstaller is eigenaar van de gebouwen, werken en beplantingen die zijn aangebracht in, op of boven de met het opstalrecht bezwaarde onroerende zaak (art. 5:101). Het tweede verschil hangt hiermee

nauw samen. In de wet ligt de nadruk op het genot van de opstaller van deze gebouwen, werken en beplantingen. De rechten ten aanzien van de met het opstalrecht bezwaarde zaak zijn beperkt: de opstaller heeft (slechts) de bevoegdheden die voor het volle genot van zijn recht nodig zijn (art. 5:103). Echter, dit is een minimum. De akte van vestiging kan de opstaller ruimere bevoegdheden toekennen. Het gevolg is dat in de praktijk het opstalrecht en het erfpachtrecht in elkaar overvloeien.

In de aan het recht van opstal gewijde hoofdstukken 14 t/m 16 wordt allereerst aandacht besteed aan de kenmerken en de toepassing in de praktijk. Vervolgens wordt aandacht besteed aan vestiging, duur en einde van dit recht. Het afsluitende hoofdstuk gaat over de rechten en verplichtingen van de opstaller.

HOOFDSTUK 2

De maatschappelijke betekenis van het erfpachtrecht

2 Enkele historische notities

Het in Nederland bestaande recht van erfpacht vindt zijn ontstaan in diverse gebruiksrechten op de grond die in de middeleeuwen bestonden. De ontwikkeling van dit recht, tot in de negentiende eeuw het BW van 1838 tot stand kwam, laat een synthese zien van invloeden uit zowel het Romeinse als het oud-vaderlandse recht. In de discussies over de wenselijke regeling van het erfpachtrecht in het BW van 1992 stond het recht zoals dat zich onder het oude BW in de praktijk had geëvolueerd centraal. Grote aandacht werd daarbij gegeven aan de gemeentelijke erfpacht en de waarde die in dat verband moet worden gehecht aan de vrijheid van partijen (lees: de overheid) de inhoud van het recht zoveel mogelijk zelf vorm te geven. Vast staat dat het nieuwe BW – ondanks de verschillen met het oude BW – in de regeling van het erfpachtrecht geen breuk met het verleden heeft beoogd (Parl. Gesch. Boek 5, p. 297-298).

Zie over de historische ontwikkeling van het erfpachtrecht meer uitvoerig Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/209 e.v. en de aldaar aangehaalde literatuur. Zie ook W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europees privaatrecht, I Inleiding en Zakenrecht*, Den Haag 2006, derde druk, p. 75 e.v., i.h.b. p. 87 e.v. en de aldaar genoemde literatuur. Vergelijk ook R. Feenstra, 'Historische aspecten van de private eigendom als rechtsinstituut', *RMThemis* 1976, p. 248 e.v.; G.C.J.J. van den Bergh, *Eigendom: grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip* (1988); F.C.J. Ketelaar, *Oude zakelijke rechten: vroeger nu en in de toekomst* (1978). Zie over de totstandkoming van de titel over erfpacht in het oude BW Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagen in de Tweede Kamer der Staten Generaal over het ontwerp van Burgerlijk Wetboek 1823/1824*, Deel III, p. 296 e.v., en Deel I, p. 137 e.v. (1875). De regeling van art. 767-783 BW (oud) werd reeds op 1 januari 1825 ingevoerd (Wet van 25 december 1824, *Stb.* 78), als aanvulling op de destijds in onze gewesten geldende Code Napoleon. Behoudens een uit 1833 daterende wijziging is deze regeling nog steeds van kracht in België (Erfpachtwet van 10 januari 1824).

Ook in onze voormalige koloniën deed de invloed van de regeling van het erfpachtrecht zich gelden. Zie A.J.A. Quintus Bosz, *Drie eeuwen grondpolitiek in Suriname, een historische studie van de achtergrond en de ontwikkeling van de Surinaamse rechten op de grond*, Assen 1954, en C.H. van Rhee, 'Particuliere landerijen in Nederlands Indië en het zogenaamde erfpachtrecht (1836-1912)', *AA* 1991, p. 973. Op de eilanden die tot 1986 c.q. 2010 behoorden tot Nederlandse Antillen, d.w.z. Aruba, Curaçao, Sint Maarten en de zgn. BES-eilanden, zijn met het Nederlandse BW 1992 gelijklopende regeling van erfpacht van toepassing. Zie G.C. van Dael en A.J. Winter, *Het andere Antilliaanse vermogensrecht*, Den Haag (2001). Zie voor de praktijk, J.C.E. Ackermans-Wijn, 'Vorm en rechtskarakter van regels betreffende uitgifte van gronden in Curaçao en Nederland', *WPNR* 1998, 6322, p. 479 e.v.

3 Toepassingen van het erfpachtrecht

Het erfpachtrecht wordt breed toegepast. Dit vindt vooral zijn oorzaak in het feit dat erfpacht een zeer flexibel recht is dat door de mogelijkheid kwalitatieve rechten en verplichtingen aan een onroerende zaak te verbinden door een grote variëteit van gebruikers (overheden en particulieren) voor zeer verschillende doeleinden (zoals agrarisch, industrieel en stedelijk) aantrekkelijk wordt geacht. Historisch zijn vooral de gemeenten belangrijke gebruikers (zie verder nr. [4]). Maar ook andere overheden geven grond in erfpacht uit.

Zo werd het grootste deel van de IJsselmeerpolders door het Rijk in erfpacht uitgegeven. Zie de regeringsnota over de uitgifte in erfpacht van cultuurgronden in de IJsselmeerpolders, *Kamerstukken II* 1954/1955, nr. 3748. Ook buiten de IJsselmeerpolders worden agrarische gronden door de overheid in erfpacht uitgegeven. Nadat sinds 1984 beleid is gevoerd om deze gronden aan de gebruikers in eigendom over te dragen, bedraagt het areaal agrarische erfpachtgrond minder dan 4000 ha. Zie M. de Koe, *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2015, p. 212-213. De staat geeft ook natuurgebieden in erfpacht uit, zoals de uitgifte in 2005 van terreinen op Schiermonnikoog aan Natuurmonumenten. Laatstgenoemde geeft ook zelf de (grond onder) gebouwen in erfpacht uit. Voorts wordt erfpacht bijvoorbeeld ook toegepast voor uitgifte van gronden langs autosnelwegen. Zie Vonck (2013), p. 18-24. De exploitatie van deze tot de staat behorende gronden ligt in handen van het Rijksvastgoedbedrijf.

Van oudsher worden door waterschappen wel gronden gelegen op of aan dijklichamen of rivieren in erfpacht uitgegeven. Ook de luchthaven Schiphol (Schiphol Real Estate B.V.) geeft de gronden op de luchthaven nagenoeg uitsluitend in erfpacht uit. Woningcorporaties gebruiken (onder)erfpacht als instrument bij de verkoop van hun woningen aan bewoners, bijvoorbeeld in maatschappelijk gebonden eigendom (MGE).

Het Havenbedrijf Rotterdam N.V. en het Havenbedrijf Amsterdam N.V. geven grond in ondererfpacht uit of verhuren grond, al dan niet gecombineerd met (afhankelijke) rechten van opstal voor bepaalde tijd om (her)ontwikkeling van de havengebieden mogelijk te maken.

Het stapelen van beperkte rechten is in bepaalde gebieden (zoals de havengebieden en de Amsterdamse Zuidas) de gangbare praktijk. De beperkte oppervlakte dwingt tot het creatief inzetten van het erfpachtrecht, het opstalrecht en de rechtsfiguur 'huur' of een combinatie van deze drie figuren en zijn daarom dankbare instrumenten voor ruimtelijke ontwikkeling.

Het erfpachtrecht is een geschikt instrument om het vestigingsbeleid na te streven. Het toegestane gebruik door de erfpachter wordt namelijk in belangrijke mate bepaald door de algemene en bijzondere erfpachtvoorwaarden.

Particulieren gebruiken het recht van erfpacht eveneens. Vanouds werd grond door kerken of grootgrondbezitters in erfpacht – bestemd voor diverse doeleinden, waaronder particuliere woningbouw – uitgegeven. Erfpacht is ook populair geworden bij ontwikkelaars van bungalowparken bestemd voor recreatie. De bungalows worden dan met de grond door de ontwikkelaar/exploitant – dikwijls in combinatie met een rechtsvorm ten behoeve van gemeenschappelijke voorzieningen, bijvoorbeeld een coöperatieve vereniging – in erfpacht of ondererfpacht aan gegadigden uitgegeven. Zie voor een dergelijk geval Hof 's-Hertogenbosch 31 mei 1995, ECLI:NL:GHSHE:1995:AD2356, NJ 1996/169. Ook in stedelijk verband was einde twintigste eeuw bij woningen een opkomst van particuliere erfpacht te constateren.

Hier spelen bij de gebruiker vooral beleggingsmotieven een rol. Met name deze laatste particuliere erfpachten hebben de afgelopen jaren negatief in de belangstelling gestaan, omdat de erfpachtvoorwaarden vaak onvoldoende het belang van de erfpachter (en de hypotheekhouder) vertegenwoordigen. Opvallend is dat de voorwaarden niet zelden een integrale kopie zijn van gemeentelijke erfpachtvoorwaarden. In navolging van de door de

gemeente Amsterdam gehanteerde Algemene Bepalingen, resulteerde dit bijvoorbeeld in de mogelijkheid voor de erverpachter om de erfpachtvoorwaarden eenzijdig te kunnen wijzigen, resulterende in onzekerheid over de hoogte van de te betalen canon en in het verlengde daarvan de financiële lasten van de erfpachters. Nu banken als gevolg van een strikter en verscherpt beleid sinds de recente financiële crisis weigerden dergelijke particuliere erfpachten te financieren, werden erfpachters geconfronteerd met een praktisch onverkoopbaar recht. Om de erfpachters en hypotheekbanken te beschermen tegen onduidelijke en onevenwichtige erfpachtvoorwaarden, heeft de Nederlandse Vereniging van Banken in samenspraak met stakeholders het beleid voor de verstrekking van hypothecaire geldleningen aangescherpt en criteria opgesteld voor de financierbaarheid van particuliere erfpachten. Het notariaat toetst particuliere erfpachten aan deze criteria. In aanvulling hierop hebben de KNB en de Nederlandse Vereniging voor Banken het model erfpachtvoorwaarden voor particuliere erfpacht geïntroduceerd. Zie over deze problematiek nader W. Snijders, 'Erfpacht van woningen met een particuliere erverpachter', *WPNR* 2014, 7042.

Erfpacht wordt voorts ook toegepast als bijzondere financieringsvorm. Vanuit fiscale motieven wordt in een transactie de bloot eigendom van grond en opstallen overgedragen en het erfpachtrecht voorbehouden (sale and leaseback).

Naast deze, financieel gedreven, erfpachtvorm, wordt erfpacht gebruikt als middel voor ruimtelijke verdeling bij complexe bouwprojecten, bijvoorbeeld als alternatief voor splitsing in appartementsrechten, dit al dan niet in combinatie met opstalrechten (zie nr. [34]). Zie over de diverse toepassingsterreinen van de erfpacht verder Van Velten (1995) par. 1.3.1, Van Velten (2018) par. 12.1 e.v., Vonck (2013) hoofdstuk II en F.J. Vonck, 'Moderne functies van erfpacht', *VGFC* 2016/6, en in het kader van businessmodellen gebaseerd op een circulaire economie N.C. Streep, 'De eigendom voorbij', *AA* 2018, p. 612-619.

4 Gemeentelijke erfpacht

Uit de parlementaire geschiedenis van het Nieuw BW blijkt dat de invulling van de hercodificatie van het erfpachtrecht in titel 5.7 in belangrijke mate is bepaald door de praktijk van de gemeentelijke erfpacht, zoals die zich in de eerste helft van de twintigste eeuw heeft ontwikkeld. Wij gaan in deze paragraaf hier dieper op in.

De gemeentelijke erfpacht dateert van het eind van de vorige eeuw. Amsterdam was de eerste gemeente die in 1896 besloot haar grond niet langer meer in eigendom uit te geven, doch uitsluitend nog in erfpacht. De gemeentelijke erfpacht dankt haar ontstaan aan de stormachtige economische en maatschappelijke ontwikkelingen van de tweede helft van de negentiende eeuw. Deze deden bij vooral stedelijke gemeenten de behoefte ontstaan de waardestijging van de grond ten goede te laten komen aan de gemeenschap en meer invloed te krijgen op het gebruik en de bebouwing van de grond. Binnen het kader van het erfpachtrecht bleken deze wensen gerealiseerd te kunnen worden. Vanaf het begin van de twintigste eeuw tot aan onze tijd is vervolgens door verscheidene gemeenten in meer of mindere mate grond in erfpacht uitgegeven. Hierbij zijn en worden verschillende vormen toegepast, in de regel aangeduid als tijdelijke, voortdurende en eeuwigdurende erfpacht, te onderscheiden naar de periode waarvoor uitgifte plaatsvindt. Zie nader nr. [23] voor een overzicht van de meest in de praktijk gebruikte aanduidingen en hun betekenis.

De totstandkoming van het gemeentelijk erfpachtstelsel te Amsterdam wordt beschreven door Delfgaauw, *De grondpolitiek van de gemeente Amsterdam* (1934) en L. Jansen, *De grondpolitiek*

van Amsterdam in de 19e eeuw (1956). Zie voorts de bundel *Een eeuw erfpacht in Amsterdam, Amsterdam* (1996) en P. Nelisse, *Stedelijke erfpacht*, diss. UvA (2008). Het uitgeven van grond in erfpacht in plaats van in eigendom werd al spoedig door verscheidene gemeenten van Amsterdam overgenomen. Zie hierover D. Hudig, *Uitgifte van gemeentegrond in erfpacht* (1908). Als belangrijkste argumenten werden aangevoerd:

- a) het ten goede doen komen van de waardevermeerdering van de grond aan de gemeenschap;
- b) het verkrijgen van meer invloed op gebruik en bebouwing van de grond dan het publiekrecht biedt;
- c) het op gemakkelijke wijze, zowel tussentijds als aan het einde van de erfpacht, kunnen terugkrijgen van de grond (vereenvoudigde onteigening).

In de discussie over de gemeentelijke erfpacht hebben deze argumenten steeds een rol gespeeld. Ook in de tweede helft van de twintigste eeuw werden zij als voornaamste voordelen door gemeenten genoemd. Zie de discussienota *Grondbeleid van de Gemeente 's-Gravenhage* (1983), p. 125 e.v., en *Stedelijke Erfpacht anno 1991*, Raad voor Onroerende Zaken (ROZ).

In de eerste helft van de twintigste eeuw is, mede als gevolg van de gemeentelijke erfpacht, veel aandacht besteed aan het erfpachtrecht als object van financiering, in het bijzonder de mogelijkheid om daarop een hypotheekrecht te vestigen. Zie daarover A.S. van Nierop, *Jaarboekje van de Vereniging van directeurs van hypotheekbanken* (1915).

Een uitstekend overzicht van alle reeds toen aanwezige aspecten van het uitgeven van gemeentegrond in erfpacht, met name wanneer deze rechtsvorm (nagenoeg) uitsluitend wordt gehanteerd, geeft *Verkoop of erfpacht, Rapport uitgebracht aan de Vereeniging voor Gemeente Belangen* (1927). Zie voorts De Jong (1984) en Van Velten (1995) par. 1.1 en Van Velten (2018), par. 12.3. Voorts uitvoerig over de gemeentelijke erfpacht, mede vanuit economisch perspectief, P. Nelisse, *Stedelijke erfpacht*, diss. UvA (2008).

De populariteit van het erfpachtrecht als instrument van grondbeleid van de gemeenten laat een golfbeweging zien.

In de jaren twintig en dertig van de twintigste eeuw gaven verscheidene gemeenten hun grond uitsluitend of in belangrijke mate in erfpacht uit. Zie *Verkoop of erfpacht*, a.w., en Th.M. Gundlach, *Gemeentelijke grondbedrijven in Nederland* (1933). In de eerste decennia na de Tweede Wereldoorlog gebeurde dit in veel mindere mate. J.J.J.M. Festen, *Gemeenteraad* (1964), p. 55 e.v. en 75 e.v., meldt dat per 1 januari 1963 van alle gemeenten met 20.000 of meer inwoners nog slechts Amsterdam grond uitsluitend in erfpacht uitgeeft. In de jaren zeventig van de vorige eeuw komt in deze situatie echter weer verandering (zie De Jong (1984), p. 79 e.v.), waarna vanaf medio jaren tachtig de betekenis van de erfpacht bij de gemeentelijke gronduitgifte weer afneemt. Uit een in 1995 uitgevoerd onderzoek blijkt dat nog slechts de vier grote steden en een klein aantal andere gemeenten, waaronder Schiedam en Leiden, erfpacht nog als min of meer exclusieve rechtsvorm voor de gronduitgifte hanteert. Wel blijkt daarnaast nog een groot aantal gemeenten in speciale of incidentele gevallen erfpacht toe te passen, bijvoorbeeld in geval van woningen van woningcorporaties. Zie hierover J. de Jong e.a., 'De praktijk van de gemeentelijke gronduitgifte', *WPNR* 1995, 6191, p. 546-550 en ook uitvoerig A.A. van Velten, 'Hof 's-Hertogenbosch 7 mei 1996 (Is een hal van een huis een zelfstandig deel?)', *BR* 1997, p. 375.

Het maatschappelijk en politiek draagvlak voor het stelsel kalft einde twintigste eeuw steeds meer af. De bezwaren tegen de erfpacht betreffen vooral de regelmatig terugkerende canon- of grondwaardeherziening, waarbij erfpachters geconfronteerd kunnen worden met extreme canonverhogingen. Zie daarover verder hoofdstuk 8. Zie voor de vraag in hoeverre erfpacht voor de overheid nog een toegevoegde waarde heeft bij de beïnvloeding van het gebruik van grond en opstallen, naast het publiekrechtelijke instrumentarium, hoofdstuk 6.

Thans rest alleen Amsterdam als gemeente die nog uitsluitend hun grond in erfpacht uitgeeft, hoewel dit ook in Den Haag voor nieuwbouw de norm lijkt zijn. Daarnaast tonen het laatste decennium kleinere gemeenten steeds meer interesse in uitgifte van gronden in erfpacht.

Het afschaffen van het erfpachtstelsel betekent veelal dat aan bestaande erfpachters een aanbod wordt gedaan de bloot eigendom met betrekking tot de onroerende zaak te verwerven waarna de erfpacht door vermenging tenietgaat (art. 3:81 lid 1 sub e) en voleigendom resteert. Hierbij kunnen eventueel, zoals in Rotterdam gebeurde, alle bezwarende bedingen uit de erfpacht door de gemeente weer als kwalitatieve verbintenissen ex art. 6:252 of als kettingbeding worden gevestigd. Over de aanpak van de conversie van een recht van erfpacht dat gesplitst is in appartementsrechten is de nodige discussie ontstaan. Dit zal verder worden toegelicht in hoofdstuk 10.

De gemeente Rotterdam heeft in 2003 met de invoering van het nieuwe gronduitgiftesysteem officieel afscheid genomen van de uitgifte in erfpacht voor woningen en kantoren. Een tijdelijke uitgifte, van in de regel 99 jaar, was voor die tijd gebruikelijk. Ook in Den Haag is het verkrijgen van de volle eigendom door erfpachters in grote delen van de gemeente mogelijk gemaakt, maar de animo daarvoor lijkt bij erfpachters met een eeuwigdurend recht beperkt. Utrecht zag vooralsnog af van de conversie van erfpacht, met als belangrijkste argument dat een conversiebeleid naar het Rotterdamse model tot onnodige kosten leidt. Echter, sinds de Conversieregeling Erfpacht 2017 kunnen zittende erfpachters hun erfpacht wijzigen naar de AV 1989 (indien nog nodig) en hun canon afkopen, waarna verkrijging van de volle eigendom mogelijk is. Gronden voor nieuwbouw worden in Utrecht nog slechts in eigendom uitgegeven. Zie verder voor het beleid van enkele andere steden in het begin van deze eeuw De Wolff, Ploeger en De Jong, *Toekomst van het Haagse gronduitgiftesysteem* (2006).

Gemeenten kunnen erfpacht als instrument ook inzetten om ontwikkelingen in de lokale vastgoedmarkt weer op gang te brengen, met name na de stagnatie als gevolg van de crisis van 2008.

Bij gronduitgifte in erfpacht geldt immers dat de erfpachter de grond niet hoeft te financieren. Het verkrijgen van erfpacht is daarom in de regel goedkoper dan het verkrijgen van de volle eigendom. Men zie het rapport van Deloitte Real Estate, *Erfpacht als retro-innovatie. Versnelling gemeentelijke gronduitgifte door erfpacht* (2013). Kritisch is H.K. Nijkamp, 'Erfpacht als panacee voor de malaise op de woningmarkt?', *FTV* 2015/1.

Mede door gebruik te maken van gebruiksbeperkende bedingen in erfpachtvoorwaarden kunnen gemeenten eenvoudig grip houden op het grondgebruik. Er kunnen ook keuzes worden gemaakt ten aanzien van de canon.

De canon kan in het begin relatief laag worden gehouden en in de loop van tijd al dan niet worden verhoogd. De indexatie van de canon kan daarbij (tijdelijk) worden bevroren. Starterswoningen kunnen goedkoper worden gerealiseerd door erfpachtuitgifte aan woningcorporaties, die op hun beurt de grond in ondererfpacht uitgeven. Bijkomend voordeel voor de erfpacht is dat de periodiek te betalen canon voor een eigen woning aftrekbaar is voor de inkomstenbelasting (art. 3.120 lid 1 onderdeel c Wet IB 2001). Hierbij geldt geen beperking in tijd, zoals het geval is bij de hypotheekrenteaftrek. Wordt de canon vooruitbetaald voor

een bepaalde periode, of is sprake van een eeuwigdurende afkoop, dan is er echter geen recht op aftrek.

Het rapport van De Wolff, Ploeger en De Jong, *Toekomst van het Haagse gronduitgiftesysteem* (2006), categoriseert, met een focus op de Haagse algemene bepalingen, de voorwaarden waaronder erfpacht wordt gevestigd in enerzijds procedurele of organisatorische voorwaarden en anderzijds inhoudelijke voorwaarden. De inhoudelijke voorwaarden hebben betrekking op het object van uitgifte, de financiële tegenprestatie (canon), de ingebruikname van het object, het gebruik van het object en het beschikken over het object. Voor een nadere toelichting op deze rubricering wordt verwezen naar voornoemd rapport.

5 Erfpacht in enkele Europese landen

Ook in andere landen vindt men rechten die gelijkenis vertonen met ons recht van erfpacht of die in de praktijk dezelfde functie vervullen. Daarbij is het opvallend dat deze rechten vaak niet tot de reguliere zakelijke rechten behoren, maar zijn gebaseerd op een speciale regeling. Hieronder geven we een kort overzicht van Frankrijk, België, Duitsland, Oostenrijk, Zwitserland en Engeland.

In *Frankrijk* was onder het ancien regime de erfpacht, of emphytéose, bekend als vervreemdbaar en verhypothekerbaar gebruiksrecht op onroerende zaken. In de Code Civil werd dit recht niet meer geregeld, maar dit beoogde geen afschaffing. In elk geval aanvaardde de rechtspraak het bestaan van dit zakelijk recht. De wet van 25 juni 1902 introduceerde de regeling van de bail emphytéotique, welke onderdeel is van de Code rural (art. L.451-1). Naast deze vorm van erfpacht die bestemd is voor agrarisch gebruik, bestaat er ook de in 1964 ingevoerde bail à construction, geregeld in de Code de la construction et de l'habitation (art. L.251-1), welke in bepaalde opzichten te vergelijken is met de stedelijke erfpacht in Nederland. Voor beide vormen van erfpacht geldt een minimumduur van 18 jaar en een maximum van 99 jaar. Daarnaast kent men ook de concession immobilière (Loi nr. 67-1253 van 30 december 1967, art. 48-60). Hierbij verleent de grondeigenaar voor een termijn van ten minste twintig jaar het vervreemdbare recht om een bebouwde of onbebouwde onroerende zaak te gebruiken. Dit gebruik kan zijn industrieel, commercieel of residentieel. Het recht van de 'concessionnaire' heeft zowel kenmerken van een zakelijk als een persoonlijk recht. Zie voor al deze rechtsfiguren F. Terré en Ph. Simler, *Les Biens* (2014), nr. 927-945.

Net zomin als in Frankrijk kent het Burgerlijk Wetboek in *België* de erfpacht. Een afzonderlijke regeling bestaat echter in de vorm van de Erfpachtwet 1824, welke is ingevoerd tijdens de vereniging met de noordelijke Nederlanden. De definitie van het Belgische erfpachtrecht komt dan ook letterlijk overeen met die van het Nederlandse BW 1838. Volgens art. 2 Erfpachtwet is het recht in duur beperkt tussen de 27 en 99 jaar. Erfpacht kan een accessoir recht van opstal inhouden, voor de gebouwen die de erfpachter zelf bouwt, of bestaande gebouwen waarvan hij de waarde aan de grondeigenaar heeft betaald. Zie Verstappen (2004), V. Sagaert, *Goederenrecht* (2014), hoofdstuk VII en N. Carette (ed.), *Erfpacht en Opstal* (2017). In het Voorontwerp van wet voor een Boek 3 Goederen in het nieuw Burgerlijk Wetboek vindt het recht van erfpacht een gemoderniseerde regeling in art. 3.182-191. Art. 3.183 Voorontwerp bepaalt uitdrukkelijk dat het erfpachtrecht niet alleen gevestigd kan worden door de grondeigenaar, maar ook door een beperkt gerechtigde, mits binnen de grenzen van zijn recht. Het Voorontwerp stelt de duur van het recht op minimaal 15 jaar en maximaal 99 jaar, met dien verstande dat het recht kan worden hernieuwd met uitdrukkelijk akkoord van partijen. Nieuw is dat het recht eeuwigdurend kan zijn, mits gevestigd voor doeleinden van openbaar domein (art. 3.184 Voorontwerp).

In Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland is strikt genomen erfpacht niet (meer) bekend. Men ziet echter dat de functie van dit recht bij uitgifte van grond voor woningbouw wordt

vervuld door rechtsfiguren die veeleer vergelijkbaar zijn met het Nederlandse opstalrecht, en ook leiden tot een scheiding van eigendom van grond en opstallen (zie ook nr. [57]). In *Duitsland* bestond van oudsher Erfpacht voor agrarische grond. Dit beperkt zakelijke recht kan echter sinds de invoering van het BGB in 1900 niet meer gevestigd worden. Voor woningbouw staat echter het Erbbaurecht ter beschikking. Opmerkelijk genoeg (en ten onrechte) wil men in de praktijk dit laatste recht nog wel eens als Erfpacht aanduiden. De invoering van de Verordnung über das Erbbaurecht van 15 januari 1919 (ErbbauVO), sinds 2007 genaamd Erbbaurechtsgesetz (ErbbauRG), beoogde de grondspeculatie te bestrijden en de sociale woningbouw te bevorderen. Werd het aanvankelijk in die zin toegepast door de overheid en kerkelijke instellingen, na de Tweede Wereldoorlog blijkt het gebruik aanzienlijk verruimd en toegenomen, ook door particuliere grondeigenaars. Naast woningbouw ziet men toepassing in de industriële en commerciële sector. Hoewel primair bestemd voor de uitgifte van grond voor het bouwen en houden van opstallen, kan het recht ook gevestigd worden op een onbebouwd deel van een perceel, mits een opstal de hoofdzaak blijft (§ 1 ErbbauRG). Aan de duur van het recht zijn door de wet geen beperkingen gesteld, maar in de praktijk ziet men een duur van bijvoorbeeld 99 jaar. Met het Erbbaurecht is vergelijkbaar de Gebäudeeigentum die nog voorkomt in de 'Neue Bundesländer' (voormalige DDR). Zie *Münchener Kommentar* – von Oefele/Heinemann, *ErbbauRG* (2013).

Ook in *Oostenrijk* kent men niet de erfpacht als zodanig, maar wel het Baurecht, geregeld in het Baurechtsgesetz. Aanvankelijk beperkte de wet toepassing tot grond van de overheid en kerken, maar na 1912 kunnen ook particulieren een Baurecht vestigen. Evenals in Duitsland heeft dit recht de functie om de woningbouw te stimuleren. De gerechtigde is eigenaar van de opstal, en heeft op de grond hetzelfde recht als een vruchtgebruiker. Het recht kan gevestigd worden voor een minimumduur van 10 jaar, en maximaal 100 jaar. Zie Koziol-Welser/Kletečka, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band I (2014), p. 480-482.

In *Zwitserland* wordt het Baurecht (of droit de superficie) geregeld in art. 779 en 779a-1 ZGB. Dit geeft de gerechtigde het recht om in of op de grond van een ander een bouwwerk te hebben (art. 779 ZGB). Het recht is in duur beperkt tot ten hoogste 100 jaar. Zie P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmid en A. Rumo-Jungo, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch* (2015), p. 1233.

In *Engeland* lijkt de leasehold het meest op het Nederlandse erfpachtrecht, hoewel er ook leasevormen zijn die beter vergelijkbaar zijn met een huur. De lease is een contract, maar geeft – afhankelijk van de inhoud van de betreffende lease – een property right ten aanzien van de onroerende zaak van de lessor. Hierbij kan de lessee de lease weer in sublease geven, terwijl ook een sub-underline lease bestaanbaar is. Kenmerkend is dat de lease een gebruiksrecht geeft voor een bepaalde termijn, waarvan de duur echter geheel aan partijen is overgelaten. Dit varieert in de praktijk tussen een gebruik van enkele uren tot 999 jaar. Een lease van langer dan zeven jaar moet worden geregistreerd aldus section 4 van de Land Registration Act 2002. De toepassing van lease is zeer ruim; men maakt wel onderscheid tussen 'commercial', 'residential' en 'agricultural leases'. Ook voor rechten op appartementen wordt wel de lease gebruikt. De Commonhold en Leasehold Reform Act 2002 heeft daarnaast de zogenoemde Commonhold ingevoerd, die vergelijkbaar is met onze appartementsrechten, aangezien de wet voorziet in regelingen met betrekking de gemeenschappelijke delen. Deze laatste vorm lijkt echter vooralsnog weinig populair te zijn. Men zie W.J. Zwolve, *Common Law en Civil Law* (2000) en uitvoering Cheshire and Burn's *Modern Law of Real Property* (2011), p. 167-177.

