



## memo

---

Aan  
Ring van Notarissen Arrondissement Amsterdam  
Mr. L. Prinsze  
Mr. P.L.E.M. de Meijer

Van  
Prof. mr. dr. A.A. van Velten  
Mr. dr. F.J. Vonck

Datum  
30 januari 2018

Memonummer  
pdm/2017.001073.01

Onderwerp  
Goederenrechtelijke gevolgen overstapregeling Amsterdamse erfpacht

---

Geachte mevrouw Prinsze, geachte heer De Meijer,

1. In uw brief d.d. 20 december 2017 heeft u ons gevraagd naar onze opvatting over de goederenrechtelijke gevolgen van de door de gemeente Amsterdam gehanteerde Overstapregeling. Die regeling biedt aan zittende erfpachters van woningen de mogelijkheid om hun “voortdurende erfpachtrecht” (gevestigd onder de Algemene Bepalingen (hierna: **AB**) van 1915, 1934, 1937, 1955, 1966, 1994 of 2000) om te zetten in een “eeuwigdurend erfpachtrecht” onder de AB 2016. In dit memorandum geven wij antwoord op de door u gestelde vragen. Daarbij hebben wij ons gebaseerd op de verschillende AB en op het door u toegezonden informatiepakket, bestaande uit de “Overstapregeling van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht voor woonbestemmingen 2017”, de modelbrief “Aanbieding tot overstap van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht” (met bijlagen) en de modelakte “Wijziging erfpachtrecht” (concept d.d. 27 november 2017). Ook hebben wij kennisgenomen van de in november 2017 door de Gemeente aan huidige erfpachters toegezonden standaardbrief.
2. Het memorandum begint met enkele algemene opmerkingen over wat een overstap precies inhoudt (nr. 3). Vervolgens bespreken wij in hoeverre een overstap van een voortdurend erfpachtrecht (onder de oude AB) naar een eeuwigdurend erfpachtrecht (onder de AB 2016) naar onze mening is te beschouwen als een toepassing van de bestaande erfpachtvoorwaarden. Ook gaan wij in op het onderscheid voortdurend/eeuwigdurend (nr. 4-11). Onder nr. 12-20 komt dan aan bod in hoeverre een dergelijke overstap naar onze mening leidt tot het ontstaan van een ‘nieuw recht’. Tot slot bespreken wij in hoeverre de antwoorden op de gestelde vragen veranderen, indien geen sprake is van een grondgebonden woning, maar van een in appartementsrechten gesplitste erfpacht of van een via een coöperatieve vereniging gehouden erfpachtrecht (nr.

21-24). Bij elk van de onderdelen gaan wij in op de goederenrechtelijke relevantie van ons antwoord, in het bijzonder met betrekking tot op de erfpacht (oud) gevestigde hypotheekrechten. Wij sluiten af met een conclusie (nr. 24).

### **Algemene opmerkingen**

3. De gemeente Amsterdam geeft haar gronden sinds 1915 uit in zogenoemde “voortdurende erfpacht”. De AB waaronder dat gebeurt zijn vastgesteld in 1915, 1934, 1937, 1955, 1966, 1994 en 2000. Onder elk van deze AB geldt als regel dat de algemene erfpachtvoorwaarden en de grondslag van de erfpachtcanon gedurende een tijdvak van 75 of 50 jaar hetzelfde blijven, om vervolgens te worden geactualiseerd. In 2016 heeft de gemeente nieuwe AB vastgesteld, waarin die tussentijdse actualisaties juist zijn uitgesloten. Sinds oktober 2017 biedt de gemeente aan zittende erfpachters van woningen (met een voortdurend recht onder de oude AB), de mogelijkheid om over te stappen naar dit nieuwe stelsel. Kiest de erfpachter voor een overstap naar de AB 2016, dan wordt deze vastgelegd in een notariële akte van wijziging die wordt ingeschreven in de openbare registers. In die akte wordt de hoogte van de erfpachtcanon vastgelegd, die is vastgesteld op basis van de actuele waarde van de grond. Deze nieuwe canon wordt pas feitelijk verschuldigd vanaf het moment dat een nieuw tijdvak zou zijn ingegaan in het geval dat van overstap was afgezien. Tot dat moment blijft de oude canon verschuldigd. De nieuwe AB zelf worden wel onmiddellijk van toepassing. Die AB zorgen er onder meer voor dat de nieuwe canon – die pas feitelijk verschuldigd wordt op het genoemde latere moment – wel meteen wordt geïndexeerd op basis van de inflatie. Wij begrijpen de overstapregeling verder aldus dat bij een overstap naar eeuwigdurende erfpacht ook verplicht het toegestane vloeroppervlak in de erfpachtvoorwaarden wordt vastgelegd. Dat is bij uitgiften in het verleden niet altijd standaard gebeurd.

### **Vraag 1: In hoeverre is een overstap te beschouwen als een toepassing van de bestaande erfpachtvoorwaarden?**

4. Ons is in de eerste plaats gevraagd in hoeverre een overstap naar de AB 2016 is te beschouwen als een toepassing van de bestaande erfpachtvoorwaarden, dan wel als een uitvoering van een latere overeenkomst tussen de erfpachter en de grondeigenaar. De relevantie van het antwoord op die vraag is er naar het oordeel van de ondergetekenden in gelegen dat een wijziging die voortvloeit uit de bestaande rechtsverhouding, automatisch doorwerkt in de rechtspositie van degenen met een beperkt recht op de erfpacht. Vloeit een wijziging voort uit een geheel nieuwe overeenkomst, dan is dat niet het geval.
5. Bij de beantwoording van deze vraag stellen wij verder voorop dat wij van mening zijn dat relatief snel moet worden aangenomen dat voor een verandering van het erfpachtrecht – dus met behoud van dat recht – een grondslag is aan te wijzen in het bestaande recht. Ook bepalingen in de bestaande erfpachtvoorwaarden die in

heel algemene zin wijzigingen mogelijk maken – en die dus niet concreet aangeven langs welke parameters de inhoud van de wijziging bepaald wordt – zien wij als voldoende grondslag voor een wijziging die doorwerkt in het bestaande recht en in het bestaande – daarop gevestigde – hypotheekrecht. Ondergetekende Van Velten heeft dit standpunt uitgewerkt in zijn KNB-preadvies uit 1995;<sup>1</sup> Vonck deed dat in zijn dissertatie uit 2013.<sup>2</sup> Van Velten heeft in dit verband een vergelijking gemaakt met het (onteigenings)arrest HR 3 april 1963, *NJ* 1963/258; Vonck heeft uitgewerkt dat in het systeem van Boek 3 BW – met het oog op het belang van een overzichtelijke rechtstoestand – slechts een uiterst bescheiden plaats is ingeruimd voor gevallen waarin de positie van beperkt gerechtigden niet door latere veranderingen in het object van hun recht worden geraakt. In een dergelijk systeem past het om relatief snel aan te nemen dat een wijziging – welke figuur zelf niet expliciet in het BW geregeld is – voortvloeit uit de bestaande erfpachtvoorwaarden.

6. Om genuanceerd te kunnen beoordelen in hoeverre de bestaande AB inderdaad een grondslag bieden voor overstap naar eeuwigdurende erfpacht onder de AB 2016, zetten wij eerst de wijzigingssystematiek van de verschillende AB op een rijtje.

De AB 1915 gaan uit van een erfpachtrecht zonder einddatum. Wel kan de gemeenteraad de algemene bepalingen te allen tijde herzien, met dien verstande dat een dergelijke herziening pas bij het einde van een tijdvak van 75 of 50 jaar van toepassing zal worden op een individueel erfpachtrecht (art. 5 AB 1915). Ten minste vier jaar vóór het einde van de desbetreffende termijn wordt aan de erfpachter en de hypotheekhouders kennisgegeven van de wijziging. In het voorlaatste jaar van een tijdvak wordt vervolgens de hoogte van de canon door deskundigen herzien, die daarbij rekening zullen houden met de wijziging van de algemene bepalingen. Art. 24 AB 1915 regelt de mogelijkheid van een *vroegtijdige* aanpassing van de AB en de canon: dat is slechts mogelijk bij onderlinge overeenstemming tussen de gemeente, de erfpachter en de eerst ingeschreven hypotheekhouder.

De AB 1934 wijken op de genoemde onderdelen niet af van de AB 1915, zij het dat in de AB 1934 de wijziging van de algemene bepalingen en de wijziging van de canon bij het einde van het tijdvak in hetzelfde artikel (6) zijn vastgelegd. De voortijdige wijziging van de AB op basis van schriftelijke overeenstemming tussen de gemeente, de

<sup>1</sup> A.A. van Velten 'Privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht', in: H.W. Heyman e.a., *Erfpacht* (preadviezen KNB), Den Haag/Lelystad: Vermande 1995, p. 74.

<sup>2</sup> F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2013, p. 199-201.

- 
- erfpachter en de eerste hypotheekhouder is hier vastgelegd in art. 25.
- De AB 1937 zijn op de genoemde onderdelen materieel identiek aan de AB 1934. Zie art. 6 en 26 AB 1937.
- De AB 1955 zijn op de genoemde onderdelen eveneens materieel identiek aan de AB 1934. Zie art. 6 en 26 AB 1955.
- De AB 1966 lijken op de genoemde onderdelen sterk op de AB 1934. Zie art. 3 AB 1966. Nieuw is dat onder de AB 1966 geen tijdvakken van 75 jaar meer voorkomen en dat de AB 1966 in art. 3 lid 7 expliciet de mogelijkheid bieden om de canonherziening bij het einde van het tijdvak niet door deskundigen, maar door partijen zelf te laten plaatsvinden. De grondslag voor voortijdige wijziging van de AB op basis van schriftelijke overeenstemming tussen gemeente, erfpachter en – ditmaal alle – hypotheekhouders, ligt hier in art. 23 AB 1966. De voortijdige canonverandering wordt in die bepaling niet meer expliciet genoemd, maar ligt besloten in de in art. 23 lid 2 AB 1966 wel genoemde “wijziging [...] in de overige inhoud van het desbetreffende erfpachtsrecht”.
- De AB 1994 kennen een iets andere opzet. Net als de eerdere voorwaarden, gaan ze uit van een herziening van de algemene bepalingen door de gemeenteraad, waarna de nieuwe algemene bepalingen bij het einde van een tijdvak in werking treden. Deze worden ten minste drie jaar vóór het einde van het tijdvak aan de erfpachter bekendgemaakt (art. 12 AB 1994). Eveneens ten minste drie jaar voor het einde van het tijdvak stelt de gemeente de erfpachter in kennis van de geactualiseerde grondwaarde en het geactualiseerde canonpercentage. Kan de erfpachter zich daarmee niet verenigen, dan kan hij dat binnen drie maanden na ontvangst van de kennisgeving bij de gemeente melden. De grondwaarde en de canon worden dan vastgesteld door deskundigen. Een specifieke grondslag voor voortijdige wijziging van de AB, komt, waarschijnlijk onder invloed van het nieuwe BW uit 1992, in de AB 1994 niet langer voor.
- De AB 2000 zijn – net als de AB 1994 – zo ingericht dat de gemeente ten minste drie jaar voor het einde van een tijdvak kennisgeeft van de toepasselijkheid van de nieuwe algemene bepalingen, de berekende nieuwe grondwaarde en de nieuwe jaarlijkse canons. Daarmee kan de erfpachter akkoord gaan; doet hij dat niet en meldt hij dat binnen drie maanden na ontvangst van de kennisgeving aan de gemeente, dan worden de bedragen door

---

deskundigen vastgesteld. Ook hier ontbreekt een grondslag voor voortijdige aanpassing van de AB.

7. Het bovenstaande leert dat een overstap naar de AB 2016 onder geen van de bestaande AB voor voortdurende erfpacht iets verandert aan de duur van het recht. De erfpacht was zonder einddatum en blijft dat ook. Wij merken hierbij op dat de begrippen ‘voortdurend’ en ‘eeuwigdurend’ niet op de wet zijn gebaseerd en in de praktijk in verschillende zin worden gehanteerd. Zo gebruikt de Gemeente Leiden, die het oude Amsterdamse stelsel hanteert, daarvoor het begrip ‘eeuwigdurend’.
8. De verandering van *de hoogte van de canon* kan onder de AB 1994 en onder de AB 2000 goed worden beschouwd als de concrete toepassing van de bestaande erfpachtvoorwaarden. Die AB gaan ervan uit dat de grondeigenaar een voorstel doet, ten minste drie jaar voor het einde van het tijdvak; dat kan dus ook (véél) langer voor dat moment zijn. De erfpachter kan zich vervolgens op die nieuwe canon vastpinnen, eveneens ruim vóórdat het tijdvak eindigt. In de AB 1994 en in de AB 2000 ontbreekt iedere grondslag voor de tussentijdse wijziging van de AB. Die aanpassing – die er bij overstap naar de AB 2016 bijvoorbeeld voor zorgt dat de nieuwe canon al vanaf het moment van de overstap wordt geïndexeerd en die aan de erfpachter de mogelijkheid ontnemt om tot één jaar voor het einde van het oorspronkelijke tijdvak de erfpacht op te zeggen – vindt geen enkele basis in de bestaande erfpachtvoorwaarden.
9. De verandering van de hoogte van de canon is onder de AB 1915, de AB 1934, de AB 1937, de AB 1955 en de AB 1966 slechts tot op zekere hoogte een toepassing van *concrete* regelingen in deze AB die strekken tot actualisering van de canon. De kern van de verandering op dit onderdeel ligt in ieder geval besloten in de bestaande AB. Immers, elk van deze AB gaat ervan uit dat de hoogte van de canon wordt aangepast bij het einde van het tijdvak. De overstap naar eeuwigdurende erfpacht is daarmee op zichzelf in lijn; ook die zorgt voor een aangepaste canon die pas ingaat als het lopende tijdvak zou zijn geëindigd. Het verschil zit hem puur in het moment waarop de hoogte van de gewijzigde canon wordt bepaald. De AB 1915 tot en met de AB 1966 gaan uit van een herziening in het voorlaatste jaar van het bestaande tijdvak; in dat jaar maken erfpachter en erfverpachter de balans op en bepalen zij de hoogte van de canon in het nieuwe tijdvak. In geval van een voortijdige overstap naar eeuwigdurende erfpacht, pinnen partijen elkaar al eerder vast, zonder dat – vanuit het perspectief van de hypotheekhouder – dat specifieke ‘risico’ besloten ligt in de concrete voorwaarden die strekken tot canonherziening bij het einde van een tijdvak. Dat maakt enig verschil, al is het – mede in het kader van de hierna te beantwoorden vraag of een overstap resulteert in het ontstaan van een ‘nieuw recht’ – goed om te beseffen dat dit marginaal is. Of deze afwijking van de bestaande AB gunstig is of ongunstig, is ten tijde van de overstap niet met zekerheid te zeggen.

*Voorbeeld:*

De overstap kan ongunstig uitpakken als de grondwaarde na de vaststelling van de canon daalt of minder snel stijgt dan de inflatie. Erfpachter X komt bijvoorbeeld in 2017 met de gemeente overeen dat de in aanmerking te nemen grondwaarde onder zijn woning 100 beloopt en dat, vanaf de ingangsdatum van het nieuwe tijdvak in 2030, op die grondslag (geïndexeerd conform de inflatie) de hoogte van de canon wordt bepaald. In 2025 is de geïndexeerde grondwaarde gestegen tot 115; de werkelijke grondwaarde beloopt op dat moment echter 95. Zou in dat jaar het erfpachtrecht executoriaal door de hypotheekhouder moeten worden verkocht, dan is goed voorstelbaar dat het voor de hypotheekhouder aantrekkelijker is om het erfpachtrecht te verkopen als ware nog niet overgestapt naar eeuwigdurende erfpacht, opdat de veilingkoper – alsdan op basis van de oude AB en de actuele grondwaarde – voortzetting van de erfpacht kan bedingen tegen een lagere canon.

Behalve in de concrete canonherzieningsregeling, kan een grondslag voor de overstap naar eeuwigdurende erfpacht onder de AB 1915 tot en met de AB 1966 ook worden gezocht in de in die AB steeds opgenomen *algemene* wijzigingsmogelijkheid, met medewerking van de (eerste) hypotheekhouder. Die bepalingen zijn dusdanig algemeen geformuleerd dat men zich de vraag kan stellen of zij zich laten karakteriseren als werkelijke grondslag voor een latere concrete wijziging, waarvan het resultaat doorwerkt in de rechten van bestaande derden als hypotheekhouders. Zoals hiervóór al aangegeven, zijn beide ondergetekenden van opvatting dat relatief snel van voldoende grondslag sprake is. Ook de aangehaalde, algemeen geformuleerde, bepalingen uit de AB 1915 tot en met 1966 achten wij toereikend om de overstap van een individuele erfpacht naar de AB 2016 te karakteriseren als een toepassing van het bestaande recht. Beslissend daarvoor achten wij in het bijzonder dat deze bepalingen uiteindelijk strengere eisen stellen aan een wijziging dan de wet. Een wijziging die niet is gebaseerd op art. 24 AB 1915, art. 25 AB 1934, art. 26 AB 1937/1955 of art. 23 AB 1966, komt tot stand op basis van overeenstemming tussen uitsluitend de erfpachter en de grondeigenaar; de genoemde bepalingen in de AB stellen daarenboven de schriftelijke medewerking van de (eerste) hypotheekhouder, als constitutief vereiste voor wijziging op grondslag van de akte. Hypotheekhouders hebben daarmee hun lot mede gelegd in handen van een derde of van zichzelf; wat ons betreft is dat voldoende, al was evidenter sprake van een toepassing van de bestaande voorwaarden wanneer (zoals in de AB 1994 en in de AB 2000) een concretere grondslag kon worden aangewezen.<sup>3</sup>

10. Voor het onmiddellijk na de overstap van toepassing worden van de AB 2016 hebben wij in geen van de bestaande AB voor voortdurende erfpacht een concrete

---

<sup>3</sup> Terzijde merken wij op dat wij wel betwijfelen of een overstap naar de AB 2016 eveneens als een toepassing van de bestaande voorwaarden is te beschouwen in gevallen waarin de erfpacht *niet* zou zijn verhypothekeerd (maar bijvoorbeeld wel in vruchtgebruik zou zijn gegeven). In die gevallen verschilt een wijziging op grondslag van de oude voorwaarden immers in geen enkel opzicht van de wijziging die de erfpachter en de grondeigenaar tot stand zouden kunnen brengen als daarvoor iedere grondslag in de bestaande AB zou ontbreken. Wij laten dat hier verder echter buiten beschouwing, omdat de aan ons gestelde vraag primair gericht is op het bepalen van de positie van hypotheekhouders.

grondslag aan kunnen treffen. Voor aanpassingen van rechten waarop de AB 1915 tot en met 1966 van toepassing zijn, moet de grondslag ook op dit onderdeel worden gezocht in de onder 9 besproken algemene wijzigingsbepalingen. Hetzelfde geldt voor de aanpassing in de bijzondere bepalingen, die bestaat uit het verplichte vastleggen van het toegestane vloeroppervlakte. Ook die kan steeds worden gebaseerd op de algemene grondslagen in deze AB.

In de AB 1994 en in de AB 2000 ontbreekt iedere grondslag voor voortijdige overgang naar gewijzigde AB en voor toevoeging van een bijzondere erfpachtvoorwaarde die het maximaal toegestane vloeroppervlakte vastlegt. Dat laatste achten wij overigens uitsluitend van belang voor zover dat maximum vloeroppervlakte nog niet in de oorspronkelijke voorwaarden of in de erfpachtaanbieding was vastgelegd. In de andere gevallen is op dit onderdeel in het geheel geen sprake van een *wijziging* van het bestaande recht; het toegestane vloeroppervlakte wordt dan overgenomen uit de bestaande erfpachtverhouding.

11. Concluderend zijn wij van mening dat, indien een wijziging voortvloeit uit een grondslag in de bestaande vestigingsvoorwaarden, de consequentie daarvan is dat de wijziging automatisch doorwerkt in de positie van eventuele gerechtigden tot een beperkt recht op de erfpacht of de bloot eigendom. Voorts zijn wij van mening dat bij een wijziging van erfpachtrechten onder de AB 1915, de AB 1934, de AB 1937, de AB 1955 en de AB 1966 steeds sprake is van een dergelijke toepassing van de bestaande voorwaarden, mits deze wijziging tot stand komt met de schriftelijke instemming van de (eerste) hypotheekhouder. Bij het overstappen door erfpachters met rechten die zijn gevestigd onder de AB 1994 en de AB 2000 is voor wat betreft de voortijdige aanpassing van de erfpachtcanon eveneens sprake van een toepassing van de bestaande erfpachtvoorwaarden. Voor het vroegtijdig van toepassing worden van nieuwe AB en voor de expliciete vastlegging van een maximaal vloeroppervlak is in de AB 1994 en in de AB 2000 echter geen enkele basis te vinden, zodat moet worden geconcludeerd dat een overstap vanuit die AB niet hoeft te worden gerespecteerd door zittende hypotheekhouders die met de wijziging niet hebben ingestemd.

## **Vraag 2: Leidt een overstap tot de totstandkoming van een ‘nieuw recht’?**

12. Verschillende schrijvers in de literatuur hebben de vraag gesteld wanneer een wijziging van een erfpachtrecht resulteert in de totstandkoming van een nieuw recht.<sup>4</sup> De meest uitgewerkte opvattingen hierover vinden we bij E.M. Meijers en J. de Jong (de overige auteurs volstaan veelal met verwijzingen naar deze schrijvers), die echter met name ingaan op de – bij een overstap van voortdurende naar eeuwigdurende erfpacht niet aan de orde zijnde – *verlenging* van het erfpachtrecht.

---

<sup>4</sup> Zie voor een overzicht F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen. Den Haag: BJu 2013, p. 195-198.

13. Meijers verkent in algemene zin – dus niet uitsluitend toegespitst op de wijziging van beperkte rechten – de criteria.<sup>5</sup> In zijn visie ontstaat maar zelden een nieuw recht; alleen heel forse veranderingen kunnen tot gevolg hebben dat de oude rechtsverhouding tenietgaat en een nieuwe rechtsverhouding ontstaat. Meijers gaat vervolgens specifiek in op veranderingen in de *duur* van het recht. Hij stelt dat daarbij de rechten van derden betrokken kunnen zijn. Die derden (denk aan hypotheekhouders op de eigendom, die ervan uitgaan dat het vóór de hypotheek gevestigde erfpachtrecht op een bepaald ogenblik eindigt) hebben er recht op dat hun positie niet door een latere verandering wordt beperkt. *“De rechtsregels die derden beschermen, zijn hier primair en deze hebben tengevolge, dat het doelmatiger is een nieuwe rechtsbetrekking aan te nemen dan een uitzondering op de regel, dat zakelijke rechten rangorde hebben naar de datum hunner vestiging, te maken.”* Een verlenging leidt echter niet tot het ontstaan van een nieuw recht, wanneer de mogelijkheid van verlenging op vereenvoudigde wijze uit de wet of de bestaande rechtsverhouding voortvloeit.
14. In haar dissertatie bespreekt De Jong vervolgens ook de vraag wanneer bij verlenging een nieuw recht van erfpacht ontstaat.<sup>6</sup> Zij differentieert daarbij tussen het ontstaan van een nieuw recht in de relatie tussen partijen (wat bijvoorbeeld van belang is voor de toepassing van bepalingen van overgangsrecht) en het ontstaan van een nieuw recht in relatie tot derden. In haar visie ontstaat ten opzichte van derden een nieuw recht, zelfs als de voorwaarden op vereenvoudigde wijze in verlenging voorzien, indien op alle of op de meeste essentiële onderdelen opnieuw wilsovereenstemming nodig is tussen partijen. *“Voor derden is dit een niet in te schatten onzekerheid”*.
15. De tussentijdse wijziging (zoals die aan de hand is bij een overstap naar eeuwigdurende erfpacht) bespreekt De Jong vervolgens in haar monografie over erfpacht en opstal.<sup>7</sup> Zij stelt daarin dat wat haar betreft het veranderen van het stuk grond waarop de erfpacht gevestigd is, leidt tot het ontstaan van een nieuw recht. *“Daarnaast meen ik echter dat ook wanneer het recht op een aantal essentiële onderdelen, zoals de grondslag van de canonberekening, de duur, de bestemming en de toepasselijke AV wordt gewijzigd, moet worden aangenomen dat een nieuw recht is ontstaan. Wijziging van slechts een der essentialia van de erfpacht acht ik daarvoor onvoldoende”*. Daarbij is onduidelijk in hoeverre De Jong in dit verband relevant acht of de wijziging van de essentialia op enigerlei wijze is voorzien in de bestaande rechtsverhouding. Dat wordt ook niet duidelijk in de meest recente druk van deze monografie, waarin de aangehaalde passage nog – min of meer woordelijk – is opgenomen. Wel is inmiddels aan de passage

---

<sup>5</sup> E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 105-106.

<sup>6</sup> J. de Jong, *Gemeentelijke gronduitgifte* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1984, p. 256-259.

<sup>7</sup> J. de Jong, *Erfpacht en opstal* (Mon. NBW B-28), Deventer: Kluwer 1986, nr. 41.



toegevoegd dat “[i]ndien de wijziging resulteert in het tenietgaan van het oude recht en het ontstaan van een nieuw recht, [dit] consequenties [heeft] voor het (voort)bestaan van deze rechten”.<sup>8</sup>

16. Wat die consequenties precies zijn, blijft bij De Jong (en Ploeger, die in deze druk haar co-auteur is) onvermeld. Ons lijkt in ieder geval niet verdedigbaar dat het als gevolg van een wijziging ontstaan van een ‘nieuw recht’ tot gevolg zou hebben dat bestaande hypotheekrechten in hun oorspronkelijke vorm ophouden te bestaan.<sup>9</sup> De reden daarvoor is dat art. 3:81 lid 2 BW ervan uitgaat dat beperkte rechten – en dus ook de oude erfpacht, waarvoor het nieuwe recht in de plaats is gekomen – slechts op in de wet aangegeven gronden teniet kunnen gaan. De ‘wijziging’ als zodanig staat in die bepaling – en ook elders in het BW – niet als grondslag voor tenietgaan vermeld. Als het oude recht dus al door een aanpassing van de erfpacht teniet zou zijn gegaan, dan moet dat – meer impliciet – gebeurd zijn op één van de andere wél genoemde gronden. Onzes inziens kan dan hooguit worden aangenomen dat het ontstaan van een nieuw recht een impliciete ‘afstand’ van het oude recht inhoudt. Dat sluit ook aan op de opmerking van minister Polak, bij de parlementaire behandeling van art. 3:98 BW:

“In het stelsel van artikel [3:98] ligt besloten dat de inhoud van een beperkt recht ook kan worden gewijzigd, mits met inachtneming van de ingevolge dit artikel ook voor afstand en vestiging van het betreffende beperkte recht geldende vormvoorschriften. [...] Voor zover zulk een wijziging afstand van bepaalde bevoegdheden of verplichtingen impliceert, zal te dien aanzien artikel [3:81] lid 3 gelden, indien op het beperkte recht op zijn beurt andere beperkte rechten rusten.”<sup>10</sup>

Consequentie van het ontstaan van een nieuw recht – en het tenietgaan van het oude recht – zou dan zijn dat ten aanzien van de hypotheekhouder het oude recht blijft voortbestaan. Als het onverhoopt tot executoriale verkoop komt, zou dan het oude erfpachtrecht herleven (art. 3:81 lid 3 BW). Dat – in plaats daarvan – het oude erfpachtrecht ook voor de hypotheekhouder teniet zou gaan als gevolg van een (ingrijpende) wijziging, lijkt ons ook niet in lijn met de door Meijers en De Jong gevolgde gedachtegang; hun argumentatie is immers juist gericht op de *bescherming* van hypotheekhouders. Zou men dus al aannemen dat bij een wijziging van het beperkte recht onderscheid moet worden gemaakt tussen het wel en het niet ontstaan van een “nieuw recht”, dan zou de consequentie van het ontstaan van een nieuw recht hooguit kunnen zijn dat het vóór de wijziging gevestigde hypotheekrecht door de verandering niet wordt beïnvloed.

17. Vervolgens ligt het evenmin voor de hand dat het in de visie van De Jong zo zou zijn dat beperkt gerechtigden automatisch nadeel ondervinden van een wijziging, mits maar geen sprake is van het ontstaan van een nieuw recht. Zou dat de

<sup>8</sup> J. de Jong en H.D. Ploeger, *Erfpacht en opstal* (Mon. BW B-28), Deventer: Kluwer 2008, nr. 46.

<sup>9</sup> *Asser/Beekhuis 3-II* 1983, p. 251 gaat daarvan uit, maar hij neemt uitsluitend het ontstaan van een nieuw recht aan als het stuk grond verandert waarop de erfpacht is gevestigd.

<sup>10</sup> PG Boek 3, p. 406.

gedachte zijn, dan ligt het niet voor de hand om uitsluitend in geval van *meerdere essentialia* aan te nemen dat een nieuw recht ontstaat, terwijl een wijziging van *een enkele essentialia* door de hypotheekhouder zonder meer moet worden geaccepteerd. Een forse verhoging van de erfpachtcanon (waarvoor de grondeigenaar aan de erfpachter een bedrag in geld voldoet) bijvoorbeeld, leidt tot een evidente verlaging van de waarde van het erfpachtrecht, maar is hooguit de wijziging van één essentialia. De consequentie dat het hypotheekrecht in zo'n geval zou worden voortgezet op het gewijzigde recht, ook als de hypotheekhouder met die wijziging niet heeft ingestemd, achten wij onaanvaardbaar. Die consequentie is ook niet verenigbaar met zowel de door Meijers als De Jong voorgestane bescherming van de zittende hypotheekhouders, als de onder 16 aangehaalde passage uit de parlementaire geschiedenis. Dat – zoals De Jong en Ploeger stellen<sup>11</sup> – het ontstaan van een 'nieuw recht' tot gevolg zou hebben dat hypotheek opnieuw moeten worden gevestigd, kunnen wij – tegen de achtergrond van de analyse in nr. 16 en – dit – nr. 17 – al met al niet anders begrijpen dan dat zij van mening zijn dat, wil een hypotheekhouder *voordeel* genieten van een ingrijpende wijziging (die de waarde van het erfpachtrecht verhoogt), *dáárvoor* hervestiging van de hypotheek noodzakelijk is.

18. De vraag die nog resteert is dan of de overstap van een voortdurende erfpacht naar een eeuwigdurend recht – zou men de visie van De Jong volgen – voldoende elementair is om van het ontstaan van een nieuw recht te spreken. Ons lijkt dat niet het geval. Zoals in nr. 9 is uiteengezet, is de verandering die wordt aangebracht in de rechtsverhouding, uiteindelijk bijzonder beperkt en is hier voornamelijk sprake van een andere terminologie (voortdurend versus eeuwigdurend) zonder wettelijke basis. Het komt neer op een vroegtijdige verandering van de algemene voorwaarden en een vroegtijdige vastlegging van de hoogte van de canon bij het einde van een tijdvak. In sommige gevallen – namelijk in die waarin dat vóór de wijziging nog niet was gebeurd – wordt bij de wijziging ook het maximale vloeroppervlakte vastgelegd. Al met al achten wij die verandering bijzonder beperkt. Daarbij wijzen wij er in het bijzonder op dat (1) de nieuwe AB maar beperkt van de oude AB verschillen en dat (2) voor de belangrijkste veranderingen (nl. de gewijzigde hoogte van de canon bij het einde van het tijdvak) steeds een concrete basis ligt in de bestaande voorwaarden. Dat de verplichte vastlegging van het gebruiksoppervlakte feitelijk weinig om het lijf heeft, blijkt voorts uit het feit dat de Amsterdamse AB er al vanaf 1937 van uitgaat dat de erfpachter zonder toestemming van de Gemeente geen veranderingen in het gebouwde mag brengen. Daarenboven biedt art. 10 lid 5 AB 2016 aan de erfpachter van een woning die tevens bewoner is van de onroerende zaak, relatief ruime mogelijkheden om zonder verhoging van de canon het aantal vierkante meters uit te breiden. Tegen deze achtergrond lijkt ook de toevoeging van een maximale vloeroppervlakte ons van zeer beperkte impact.

---

<sup>11</sup> J. de Jong en H.D. Ploeger, *Erfpacht en opstal* (Mon. BW B-28), Deventer: Kluwer 2008, nr. 46.

19. Aan het voorgaande voegen wij nog toe dat zeer de vraag is of essentiële veranderingen die niet zijn terug te voeren op een basis in de bestaande erfpachtvoorwaarden, überhaupt tot het ontstaan van een nieuw recht kunnen leiden. Als gezegd gaat De Jong daarvan uit; die benadering wordt in de recente literatuur echter steeds minder gevolgd. In het bijzonder Bartels en (ondergetekende) Vonck verdedigen dat een wijziging van het erfpachtrecht *steeds* leidt tot een voortzetting van het bestaande recht, waarbij slechts de vraag is in hoeverre de aanpassingen mede doorwerken in de rechtspositie van beperkt gerechtigden als hypotheekhouders.<sup>12</sup> Zij verdedigen dat een wijziging ten nadele van de hypotheekhouder, waarmee de hypotheekhouder niet heeft ingestemd, niet doorwerkt in het recht van de hypotheekhouder. Wijzigingen ten voordele werken wel door in het hypotheekrecht.<sup>13</sup> Stemt een hypotheekhouder expliciet in met de wijziging, dan impliceert dat in deze visie – waarbij wij ons aansluiten – dat de hypotheekhouder er, ten opzichte van de grondeigenaar, mee instemt zijn recht voort te zetten op het gewijzigde recht. Hij is dan niet langer bevoegd zich er later alsnog op te beroepen dat de wijziging van de erfpacht toch nadelig voor hem is.
20. Concluderend zijn wij van mening dat het van een voortdurend erfpachtrecht overstappen naar een eeuwigdurend recht, niet leidt tot het ontstaan van een nieuw recht. Enerzijds omdat de verschillen tussen een voortdurend recht en een eeuwigdurend recht – wat die verandering van terminologie ook mag betekenen – beperkt zijn; anderzijds omdat uiterst twijfelachtig is of een omvangrijke verandering in een erfpachtrecht wél zou leiden tot het ontstaan van een nieuw recht. Wel is het zo dat als een beperkt gerechtigde niet met de wijziging van de erfpacht heeft ingestemd, de wijziging niet ten nadele van hem kan werken. Een hypotheekhouder bijvoorbeeld, heeft dan – desgewenst – de mogelijkheid het ongewijzigde erfpachtrecht te vervreemden en te doen herleven, in geval van een onverhoopte executoriale verkoop. Heeft de beperkt gerechtigde wel met de wijziging ingestemd, dan zet hij zijn recht na de wijziging onzes inziens automatisch voort op het gewijzigde recht.

---

<sup>12</sup> Vgl. *Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/218a* en F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2013, p. 192-193.

<sup>13</sup> F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2013, p. 193 achtte daarvoor nog noodzakelijk dat de wijzigingen op enigerlei wijze zijn terug te voeren op een grondslag in de vestigingsakte. In F.J. Vonck, 'Transformatie en erfpacht', in: S.E. Bartels en T.M. Berkhout, *Vastgoedfinanciering: klaar voor de toekomst*, Amsterdam: Stichting Fundatie Bachiene 2015, p. 142-143 is hij op dat standpunt teruggekomen: als een erfpachtrecht door de wijziging meer waard is geworden, dan kan de hypotheekhouder – ook zonder hervestiging van de hypotheek – het waardevollere recht uitwinnen.

**Vraag 3: In hoeverre veranderen de antwoorden op de vragen 1 en 2 in het geval dat geen sprake is van een grondgebonden woning?**

21. De analyse hiervóór ziet op erfpachtrechten die niet in appartementsrechten zijn gesplitst en rechtstreeks met een recht van hypotheek zijn bezwaard; dus op hetzij erfpachtrechten die zijn gevestigd voor grondgebonden woningen, hetzij erfpachtrechten die zijn gevestigd op een (privégedeelte van een) appartementsrecht (art. 5:118a BW). In gevallen waarin het erfpachtrecht is gesplitst, waarna de appartementsrechten zelf zijn overgedragen en verhypothekeerd, krijgt de overgang naar de AB 2016 op andere wijze vorm dan door middel van een wijziging van het erfpachtrecht zelf. De goederenrechtelijke wijziging van het erfpachtrecht is in zo'n geval uitsluitend mogelijk als alle appartementsgerechtigden – die immers gezamenlijk tot de erfpacht gerechtigd zijn – daaraan meewerken. Omdat de Gemeente Amsterdam ook aan de individuele appartementsgerechtigden de mogelijkheid wil bieden om over te stappen, voorziet art. 6 van de overstapregeling in de optie van een contractuele overstap, zoals die thans reeds gebezigd wordt bij de afkoop van de canon voor vijftig jaar door individuele appartementsgerechtigden. Die contractuele regeling wordt verzekerd met een kwalitatieve verplichting, kettingbeding en boetebeding, volgens de tekst zoals die is opgenomen op p. 8-9 van de aan ons ter beschikking gestelde model-aanbiedingsbrief “tot overstap van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht”.
22. Voor de kwalitatieve verplichting geldt dat deze slechts werkt ten opzichte van derden die een recht hebben verkregen op het appartementsrecht nadat de kwalitatieve verplichting is ingeschreven in de openbare registers (art. 6:252 lid 1 en 3 BW). Kettingbedingen kunnen in theorie ook door dergelijke latere derden worden genegeerd, echter het lijkt ons – ook gegeven de nauwe verwevenheid van het kettingbeding met de door hen te accepteren kwalitatieve verplichting, waardoor voorshands niet eenvoudig is uit te maken welke verplichtingen van een overgestapte erfpachter formeel wél en welke verplichtingen formeel niet overgaan bij een executoriale verkoop – onwaarschijnlijk dat kettingbedingen in de praktijk snel zullen sneuvelen bij executoriale verkoop.
23. Degenen met een beperkt recht dat dateert van vóór de wijziging hoeven de latere kwalitatieve verplichtingen en kettingbedingen op zichzelf niet te respecteren. Zij hebben evenwel de mogelijkheid om dat toch te doen. Hypotheekhouders zijn onzes inziens bevoegd om deze verplichtingen in de veilingvoorwaarden op te leggen aan de veilingkoper.<sup>14</sup> Heeft een hypotheekhouder ingestemd met de

<sup>14</sup> Vgl. – voor de mogelijkheid om de zuivering van art. 3:273 BW met een regeling in de veilingvoorwaarden te voorkomen – N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag: BJu 2006, p. 147-148 en F.J. Vonck in *Appartementsrecht en aanverwante rechtsfiguren voor de privaatrechtelijke vormgeving van bouwwerken* (preadvies VBR), Den Haag: IBR 2016, p. 79.

overstap (en met het in dat verband aangaan van de genoemde kettingbedingen en kwalitatieve verplichtingen), dan is hij onzes inziens zelfs tot oplegging gehouden. Zoals de instemming met de overstap in het geval van grondgebonden woningen tevens strekt tot instemming met de voortzetting van het hypotheekrecht op het gewijzigde erfpachtrecht (zie hiervóór onder nr. 19), zo strekt instemming met de overstap bij een appartementsrecht onzes inziens tot instemming met het doorleggen van de in dat verband tot stand gekomen kettingbedingen en kwalitatieve verplichtingen.

24. Bij de coöperatieve flatexploitatievereniging is er sprake van één ongedeeld recht van erfpacht. Een overstap zal in zo'n geval slechts plaats kunnen vinden voor het gehele complex ter uitvoering van een door de algemene ledenvergadering genomen besluit. Statutair zal hiervoor de toestemming van de hypotheekhouder nodig zijn. Voor individuele overeenkomsten met de leden/bewoners lijkt hier geen plaats te zijn.

### **Conclusie**

25. Naar onze mening moet bij de goederenrechtelijke duiding van een overstap naar de AB 2016 worden vooropgesteld dat (1) daarbij niets verandert aan de duur van het bestaande recht en dat (2) de Amsterdamse algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht er steeds toe hebben gestrekt dat de inhoud van de rechtsverhouding na verloop van tijd zou worden geactualiseerd. Dit betekent dat een overstap slechts een beperkte wijziging van het bestaande recht inhoudt. De overstap resulteert daarom naar onze mening niet in het ontstaan van een nieuw recht van erfpacht. Daar komt bij dat de overstap in veel gevallen – namelijk bij overstappen vanuit AB die dateren van vóór 1994 – volledig is terug te voeren op de (algemene) grondslag voor tussentijdse wijzigingen die in de desbetreffende AB is opgenomen. In die gevallen werkt een overstap onzes inziens door in de beperkte rechten die op de erfpacht zijn gevestigd. Overstappen vanuit de AB 1994 en vanuit de AB 2000 zijn slechts gedeeltelijk (namelijk voor wat betreft de canonherziening) te baseren op een grondslag in de bestaande AB. Daar geldt onzes inziens dat de overstap uitsluitend doorwerkt in de op de erfpacht gevestigde beperkte rechten indien de desbetreffende beperkt gerechtigden daarmee hebben ingestemd.
26. Bij in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten komt de overstap voor individuele gerechtigden tot stand door middel van een contractuele regeling, versterkt met een kwalitatieve verplichting, een kettingbeding en een boetebeding. Deze regeling bindt bestaande beperkt gerechtigden als hypotheekhouders onzes inziens uitsluitend indien zij met die regeling hebben ingestemd.
27. Tot slot nog het volgende. Aan dit memorandum is de uiterste zorg besteed. Desalniettemin kan de rechter blijk geven van een andere rechtsopvatting. De

auteurs, Dentons Boekel N.V. en de Rijksuniversiteit Groningen aanvaarden daarom geen aansprakelijkheid voor directe en indirecte schade die voortvloeit die voortvloeit of verband houdt met het gebruik van, het vertrouwen op danwel (het nalaten van) het ondernemen van acties naar aanleiding van dit memorandum, tenzij de schade het gevolg is van opzet, grove schuld of bewuste roekeloosheid. Op deze advisering zijn voorts van toepassing de Dentons Europe Region Terms of Business waarin een beperking van de aansprakelijkheid (zie dentons.com onder Legal Notices).

Amsterdam/Groningen, 30 januari 2018

Prof. mr. dr. A.A. van Velten

Mr. dr. F.J. Vonck