00424

Uit de praktijk van het Notarieel Juridisch Bureau

De bevoegdheid tot opzegging van erfpacht naar nieuw BW

Artikel 5:87 NBW bepaalt in welke gevallen de erfpacht kan worden opgezegd.

'1. Een erfpacht kan door de erfpachter worden opgezegd, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald.
2. Een erfpacht kan door de eigenaar worden opgezegd, indien de erfpachter in verzuim is de canon over twee achtereenvolgende jaren te betalen of in ernstige mate tekort schiet in de nakoming van zijn andere verplichtingen. Deze opzegging moet op straffe van nietigheid binnen acht dagen worden betekend aan degenen die als beperkt gerechtigde of beslaglegger op de erfpacht in de openbare registers staan ingeschreven. Na het einde van de erfpacht is de eigenaar verplicht de waarde die de erfpacht dan heeft aan de erfpachter te vergoeden, na aftrek van hetgeen hij uit hoofde van de erfpacht van de erfpachter te vorderen heeft, de kosten daaronder begrepen.
3. Een beding dat ten nadele van de erfpachter van het vorige lid afwijkt is nietig. In de akte van vestiging kan aan de eigenaar de bevoegdheid worden toegekend tot opzegging, behoudens op grond van tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen.'

Met betrekking tot de vraag in welke gevallen de *eigenaar* de erfpacht kan opzeggen zaait de tekst van artikel 5:87 lid 2 en 3 verwarring. Kan in de akte van vestiging aan de eigenaar de bevoegdheid worden toegekend de erfpacht in bepaalde gevallen op te zeggen? Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de bevoegdheid de erfpacht op te zeggen om redenen van algemeen belang (artikel 23 Erfpachtsbepalingen 1986 's-Gravenhage).

Namens het Kamerlid Wolffensperger werd met het oog op de onduidelijke redactie van artikel 5:87 lid 3 de volgende vraag aan het Ministerie van Justitie voorgelegd:

'Naar aanleiding van vragen die ons uit de notariële praktijk bereikten, wil ik u het volgende voorleggen.
De tekst van artikel 87 lid 3 Boek 5 NBW (5.7.1.2a lid 3) roept vragen op ten aanzien van de omvang van de bevoegdheid van de eigenaar de erfpacht op te zeggen. Is onze indruk juist, dan komt dit artikellid niet overeen met de toelichting. Ik doel daarmee op de tweede zin van het artikellid. Die toelichting geeft aanleiding te veronderstellen dat in plaats van "toegekend" zou moeten worden gelezen "ontzegd". Een kopie van de toelichting op dit wetsartikel volgens Stolker (Tekst Commentaar NBW (C.B.)) sluit ik bij.
Graag zouden wij van u vernemen of onze indruk juist is en zo ja, op welke wijze de tekst aangepast zou kunnen worden.'

Het antwoord van het Ministerie van Justitie van 11 november 1991 luidt als volgt:

'Vooropgesteld moet worden dat het hier om een misvatting gaat. In artikel 87 lid 3 staat terecht het woord "toegekend". De tweede zin van lid 3 opent (in de hoofdzin) immers de mogelijkheid om in de erfpachtakte te bedingen dat de eigenaar de erfpacht zal kunnen opzeggen, iets wat hij volgens de wet alleen kan in de gevallen van lid 2, waar het gaat om – kort gezegd – opzegging wegens ernstige wanprestatie, die wordt omringd met een reeks waarborgen ter bescherming van de erfpachter. De bijzin aan het slot van de tweede zin van lid 3 ("... behoudens"), heeft tot gevolg dat door de eigenaar geen bevoegdheid tot opzegging kan worden bedongen ter zake van wanprestatie, waarvoor lid 2 geen opzegging toelaat, omdat ze niet ernstig genoeg is. Men kan dit laatste zien als een aanvulling ter voorkoming van misbruik van een bedongen algemene opzeggingsbevoegdheid ter ontduiking van lid 2.

De door u meegezonden passage uit Tekst en Commentaar NBW bij artikel 5:87 is inderdaad op het onderhavige punt mistig. Het is denkbaar dat het stelsel niet goed is begrepen en dat met name de voormelde hoofdregel dat de eigenaar een algemene opzeggingsbevoegdheid kan bedingen, over het hoofd is gezien. Ter verduidelijking voeg ik enige bladzijden van de Parlementaire Geschiedenis met aangestreepte passages hierbij.

Overzichtelijkheidshalve vat ik hieronder het stelsel van art. 5:87 nog eens samen:
Uitgangspunt is dat de regels van Boek 5 in beginsel dwingend zijn, tenzij is aangegeven dat in de akte van vestiging afwijking mogelijk is. In de titel erfpacht is dit laatste, ten einde de nodige soepelheid te verkrijgen, op vele plaatsen gebeurd, onder meer in art. 5:86, dat bepaalt dat partijen in de akte van vestiging de duur van de erfpacht kunnen regelen. De erfpachter kan volgens de wet (art. 5:87 lid 1) de erfpacht altijd opzeggen, maar ook hier kan in de akte van vestiging anders worden bedongen.

De eigenaar kan volgens de wet (art. 5:87 lid 2) alleen opzeggen in de daar bedoelde gevallen van ernstige wanprestatie.

Uit art. 5:87 lid 3 volgt dan in hoeverre lid 2 van dwingend recht is. Men kan hier van drie regels spreken:

a. Van de inhoud van lid 2 kan niet ten nadele van de erfpachter worden afgeweken (eerste zin). Zo is bijvoorbeeld een beding dat na één jaar canonachterstand reeds opzegging wegens wanprestatie mogelijk is, nietig, maar een beding dat pas na drie jaar canonachterstand opzegging mogelijk is, geldig.
b. Ondanks lid 2 kan worden bedongen dat de eigenaar in het algemeen bevoegd is tot opzegging (hoofdzin tweede zin).
c. Maar het gaat niet zo ver dat hij ook opzegging kan bedingen wegens een wanprestatie waardoor (bedoeld zal zijn waarvoor C.B.) lid 2 geen opzegging toelaat (bijzin tweede zin).

Opmerking verdient bij dit alles nog dat erfpacht met allerlei doeleinden voorkomt. De wettelijke regeling, ook die van de opzegbaarheid, beoogt de praktijk in staat te stellen de erfpacht zo te regelen dat zij het best tegemoet komt aan het daarmee beoogde doel. Zo zal een gemeente die grond in erfpacht uitgeeft met het oog op lange termijn zekerheid te geven die voldoende is voor een geldschieter om hypotheek te aanvaarden, de algemene opzeggingsclausule niet opnemen. Bij een erfpacht van korte duur, waarvan partijen het van het begin af aan over de tijdelijkheid ervan eens zijn, kan de zaak echter anders liggen.

Tenslotte dient nog te worden bedacht dat op erfpacht vaak algemene voorwaarden van toepassing zijn. De regeling daarvan in Boek 6, in het bijzonder de algemene bepaling van art. 233, kan in geval van een particuliere erfpachter tot toetsing aan de daar weergegeven maatstaf leiden zowel van bedingen waarin de wettelijke opzeggingsbevoegdheid van de erfpachter onredelijk wordt beperkt als van bedingen waarbij de wettelijke opzeggingsbevoegdheid van de eigenaar onredelijk wordt uitgebreid.'

REACTIE

De tekst van artikel 5:87 lid 2 en 3 is niet eenduidig. Lezing van de eerste zin van lid 3 wekt de indruk dat opzeggingsmogelijkheden voor de eigenaar naast de gevallen genoemd in lid 2 niet geldig zijn. Een in de akte van vestiging opgenomen opzeggingsbevoegdheid naast de bevoegdheid die volgt uit lid 2 is immers altijd een beding dat ten nadele van de erfpachter van lid 2 afwijkt. De laatste zin van lid 3 is hiermee echter in tegenspraak. In de akte van vestiging kan wel de bevoegdheid van opzegging aan de eigenaar worden toegekend, echter niet wegens het tekort schieten van de erfpachter in diens verplichtingen.

Lezing van de Parlementaire Geschiedenis brengt, in tegenstelling tot hetgeen het Ministerie in boven geciteerd antwoord suggereert door te verwijzen naar Parlementaire Geschiedenis Boek 5 Invoeringswet blz. 1060 t/m 1069, geen duidelijkheid. Het is derhalve niet verwonderlijk dat de toelichting van Stolker bij art. 5:87 in Tekst en Commentaar ook geen duidelijkheid kan brengen. De opmerking van het Ministerie dat de betreffende passage uit Tekst en Commentaar op het onderhavige punt 'mistig' is, acht ik niet geheel op zijn plaats. De mist is door art. 5:87 lid 2 en 3 zelf veroorzaakt, niet door de toelichting van Stolker in Tekst en Commentaar.

75442

00424

Uit de nu door het Ministerie gegeven authentieke interpretatie, blijkt dat de leden 2 en 3 van art. 5:87 in onderling verband als volgt moeten worden begrepen.
In de akte van vestiging kan worden bepaald dat de eigenaar bevoegd is de erfpacht op te zeggen. Dit kan een algemene opzeggingsbevoegdheid zijn, maar ook — hetgeen gebruikelijker is — *een opzeggingsbevoegdheid beperkt tot opzegging in bepaalde gevallen, zoals de opzegging om redenen van algemeen belang.* Een dergelijke bevoegdheid kan na 1 januari 1992 dus geldig worden bedongen. Wat *niet* kan, is een opzeggingsbevoegdheid voor het geval de erfpachter zijn verplichtingen (tot betaling van de canon of anderszins) te kort schiet. De vraag of en wanneer de erfpacht in dat geval mag worden opgezegd, wordt beheerst door lid 2. In de akte van vestiging mag echter wel *ten gunste van* de erfpachter van lid 2 wat betreft de opzegging wegens tekort schieten in zijn verplichtingen worden afgeweken. Men kan dus bijvoorbeeld bepalen dat in afwijking van art. 5:87 lid 2 pas mag worden opgezegd als de erfpachter in verzuim is de canon over 3 (i.p.v. 2) achtereenvolgende jaren te betalen.

Tenslotte nog twee opmerkingen over het antwoord van 11 november 1991 van het Ministerie van Justitie.

In de eerste plaats wordt bij de sub c weergegeven regel opgemerkt dat de eigenaar geen opzeggingsbevoegdheid kan bedingen *'wegens een wanprestatie'* waarvoor lid 2 geen opzegging toelaat. Dat staat er echter niet. Lid 2 ziet ook op opzegging in geval van *overmacht* van de erfpachter. Wat betreft het niet betalen van de canon spreekt lid 2 van 'verzuim', hetgeen dus een toerekenbaar tekortschieten (= wanpresatie) impliceert (zie art. 6:81 NBW). Het niet betalen van een geldsom levert in beginsel echter nooit een niet — toerekenbaar tekortschieten (= overmacht) op. Wat betreft de andere verplichtingen van de erfpachter (b.v. onderhoud of bouwplicht) wordt in lid 2 de term 'tekortschiet' gehanteerd, hetgeen zowel toerekenbaar als niet — toerekenbaar — tekortkomen omvat. Opzegging op grond van lid 2 is dus ook mogelijk wanneer de erfpachter in overmacht verkeert.

In de tweede plaats wordt in het antwoord van het Ministerie opgemerkt dat een gemeente die grond in erfpacht uitgeeft met het oog op lange termijn zekerheid te geven die voldoende is voor een geldschieter om hypotheek te aanvaarden, de algemene opzeggingsclausule niet zal opnemen. Dit is slechts ten dele juist, althans indien het Ministerie een opzegging om redenen van algemeen belang vat onder 'algemene opzeggingsclausule'. Immers een opzegging om redenen van algemeen belang is veelal slechts mogelijk na een aantal jaren (in Den Haag na 25 jaar), terwijl er voorts een schadeloosstelling op onteigeningsvoorwaarden tegenover staat.
De hypotheekhouder verkrijgt van rechtswege op grond van art. 3:229 NBW een pandrecht op die vordering tot schadeloosstelling, dat gaat boven ieder ander op deze vordering gevestigd pandrecht.
De erfpacht, die kan worden opgezegd door de eigenaar buiten het geval van lid 2 met een daaraan verbonden schadeloosstelling, kan derhalve voldoende zekerheid bieden voor een geldschieter om hypotheek te aanvaarden.

Mw. mr. C.G. Breedveld-de Voogd

Mededelingen

Verklaringen van geen bezwaar
Terzake de behandelingsdata en aantallen ingediende aanvragen met betrekking tot de afgifte van verklaringen van geen bezwaar inzake op te richten vennootschappen heeft het Ministerie van Justitie de volgende gegevens verstrekt.
Het aantal aanvragen, ingediend in de periode tussen 17 en 24 januari 1992 bedraagt 755.

De behandelingsduur van de aanvragen, die op 24 januari 1992 voor afhandeling aan de beurt waren, heeft zes weken belopen.

Voor de goede orde zij hier vermeld, dat de Afdeling Rechtspersonen van het Ministerie van Justitie op werkdagen van **9.00 tot 12.00 uur** en van **14.00 uur tot 16.00 uur** telefonisch bereikbaar is.

De verwerking van betalingen, in verband met verklaringen van geen bezwaar bij de Afdeling Rechtspersonen, zal met ingang van heden uitsluitend door middel van een aan u toegestuurde acceptgiro plaats kunnen vinden.
Ik maak u er op attent dat vooruit betalen op aanvragen van verklaringen van geen bezwaar niet meer mogelijk is.

Agenda

Andere bijeenkomsten
Juridisch Genootschap in het Arrondissement Maastricht — jaarvergadering — 20 februari 1992 om 18.30 uur in het Hoofdgebouw van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds, Oude Lindestraat 70 te Heerlen. Ond.: 'Het NBW en de rechtspraktijk'. Spreker: prof. mr. A.S. Hartkamp. Inlichtingen: prof. mr. E.A.A. Luijten, R. de Beerenbroucklaan 14 te Heerlen, 045-713344.

Amsterdams Juridisch Genootschap 'Notariële Vereniging' — 25 februari 1992 om 20.00 uur in de Industrieele Groote Club, Dam 27 te Amsterdam. Ond.: 'Het kind als mens in het recht'. Spreker: prof. mr. J. de Ruiter, Hoogleraar personen-, familie- en jeugdrecht aan de Rijksuniversiteit Utrecht.

De Vereeniging 'Handelsrecht' — ledenvergadering — 10 april 1992 om 10.00 uur in een der vergaderzalen van de Koninklijke Nederlandse Jaarbeurs te Utrecht. Ond.: 'Concentraties en Joint Ventures in het mededingingsrecht' aan de hand van de preadviezen van prof. mr. P. Verloren van Themaat en prof. mr. T.R. Ottervanger. Aanmelding/inlichtingen: mr. drs. D.F.M.M. Zaman, postbus 74, 3000 AB Rotterdam, tel: 010-4034939.

75442