

HOOFDARTIKEL  
VASTGOEDMr. M.E. (Mervyn) Odink en mevrouw mr. R.H. (Romy) Brandriet<sup>1</sup>**Beperkte rechten en het stapelen ervan**

2019-0056

Nederland verduurzaamt! Er wordt geïnvesteerd in steeds groenere technologieën. Niet alleen maatschappelijk verantwoord ondernemen is een kernwaarde bij bedrijven geworden, ook particulieren dragen hun steentje bij. Eén op de acht Nederlandse eengezinswoningen heeft zonnepanelen op het dak liggen. Daarnaast neemt het aantal zonneparken en windparken in Nederland razendsnel toe. Waar moeten de zonnepanelen, zonne- en windparken worden geplaatst? Hoe zorgt men ervoor dat de eigenaar van een zonnepark ook hier eigenaar van blijft, zeker gelet op de gevolgen van natrekking.

De grond is in Nederland een afgebakend geheel, uitgezonderd de drooglegging van rivieren, meren en de zee. Deze feitelijke beperking heeft de wetgever echter niet weerhouden om juridische rechtsfiguren mogelijk te maken zodat er optimaal gebruik van grond gemaakt kan worden.

De juridische rechtsfiguren bestaan onder andere uit beperkte rechten. Diverse partijen kiezen ervoor een beperkt recht te vestigen op hun grond en/of gebouwen ten gunste van anderen. Gemeenten geven grond in *erfpacht* uit, ondernemers plaatsen zonnepanelen op daken en gronden en vestigen hiervoor een *recht van opstal* ten behoeve van de opstalhouders en projectontwikkelaars splitsen gebouwen in *appartementsrechten* om zo meer mensen gerechtigd te laten worden tot een onroerende zaak. De ratio achter het vestigen van een beperkt recht kan zijn het splitsen van de eigendom of het invloed kunnen blijven uitoefenen op de wijze waarop de beperkt gerechtigde de grond gebruikt.

Welke juridische rechtsfiguur door partijen wordt gebruikt, teneinde het gebruik van de grond of het gebouw te regelen, is bepalend voor de (financiële en juridische) gevolgen. De rechtsfiguur bepaalt in feite de juridische positie. Ben je eigenaar van een huis met of zonder zonnepanelen? Wil een groene investeerder op een stuk grond waarvan hij geen eigenaar is een zonnepark realiseren? Heeft hij hier wellicht een externe financiering voor nodig?

In dit artikel wordt de focus met name gelegd op de beperkte rechten van erfpacht en opstal en de stapeling daarvan. Aan fiscale overwegingen wordt geen aandacht besteed, evenmin aan vermenging en zaaksvorming.

**Eigendom***Begrip "eigendom"*

Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben, aldus artikel 5:1 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Dit artikel geeft een omschrijving van het begrip eigendom in plaats van het te definiëren. Eigendom kan rusten op zowel roerende als onroerende zaken.<sup>2</sup> De eigenaar is bevoegd met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken. Onder *het vrij gebruik maken van de zaak* kan men verstaan:

- ge- en verbruiken;
- vervreemden;
- bezwaren;
- veranderen;
- vernietigen,

waarbij dit – in beginsel – exclusieve eigendomsrecht wordt begrensd door lid 2 van dit artikel:

*"Het staat de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen."*

De grenzen van het eigendomsrecht vinden we derhalve niet in het recht zelf, maar in de *rechten* en *regels* die het recht kunnen inperken. Met betrekking tot deze beperkingen moeten we bij *rechten van anderen* denken aan persoonlijke rechten (bijvoorbeeld huur) of beperkte zakelijke rechten (bijvoorbeeld opstal en erfpacht). Bij *wettelijke regels* moeten we denken aan bijvoorbeeld de regels van het burendrecht of de Erfgoedwet, en als voorbeeld van beperkingen die voortvloeien uit het ongeschreven recht is te noemen de niet wettelijk vastgelegde regel van betamelijk gedrag of nalaten waarnaar verwezen wordt in artikel 6:162 BW.

*Natrekking*

Voor zover de wet niet anders bepaalt, is de eigenaar van een zaak eigenaar van al haar bestanddelen, aldus artikel 5:3 BW. De eigenaar van een hoofdzaak wordt door natrekking van rechtswege ook eigenaar van de bestanddelen van die hoofdzaak. Onder *bestanddeel* wordt daarbij verstaan:

- hetgeen op grond van de in het maatschappelijk verkeer gehanteerde opvattingen onderdeel van een zaak uitmaakt (is de zaak zonder het bestanddeel incompleet?); alsmede
- hetgeen zodanig met de (hoofd)zaak verbonden is (vaak aard- en nagelvast) dat het daarvan niet kan worden afgescheiden zonder

dat er een beschadiging van betekenis wordt toegebracht (de fysieke verbondenheid).

Naast natrekking als gevolg van bestanddeelvorming (waar sprake van zou kunnen zijn bij zonnepanelen op een dak), kan een zaak ook worden nagetrokken door de grond (waar sprake van zou kunnen zijn bij zonnepanelen in een zonnepark). De eigendom van de grond omvat, voor zover de wet niet anders bepaalt, onder andere de gebouwen en werken die duurzaam met die grond zijn verenigd, krachtens artikel 5:20 lid 1 sub e BW.

#### *Verbintennisrecht versus goederenrecht*

Vanwege de hiervoor omschreven natrekking kan het noodzakelijk zijn om aanvullende afspraken te maken. Afspraken kunnen, afhankelijk van het beoogde doel, zowel verbintenis- als goederenrechtelijk worden vastgelegd.

Het verbintennisrecht en het goederenrecht zijn twee onderdelen van het vermogensrecht. In het verbintennisrecht spelen de rechten een rol die jegens de wederpartij(en) gehandhaafd kunnen worden. Het goederenrecht gaat doorgaans om absolute rechten (zoals het hiervoor omschreven eigendomsrecht), die jegens eenieder kunnen worden gehandhaafd.

Natrekking kan door middel van het verbintennisrecht niet tegen worden gegaan. Een voorbeeld ter verduidelijking: A is eigenaar van een stuk grond, waarop B een zonnepark realiseert. A en B kunnen in een huurovereenkomst (verbintenisrechtelijk) afspreken dat A eigenaar is en blijft van de grond en B eigenaar is en blijft van het zonnepark; goederenrechtelijk heeft dat echter geen effect. Anders dan het verbintennisrecht heeft het goederenrecht in beginsel een dwingend karakter. Het effect is dat A – op grond van artikel 5:20 lid 1 sub e BW (een goederenrechtelijke regel) – eigenaar wordt van het zonnepark.

De gevolgen van de natrekking kunnen wel worden weggenomen door een verbintenisrechtelijke afspraak, zoals een huurovereenkomst. Op grond van de wet heeft een huurder (B) het recht om door hem aangebrachte veranderingen en toevoegingen (het zonnepark) aan het gehuurde (de grond) ongedaan te maken.<sup>3</sup> De eigenaar van de grond (A) wordt weliswaar door natrekking eigenaar van het zonnepark, maar de huurder is – tot de ontruiming van het gehuurde – bevoegd om de door hem aangebrachte zaken weg te nemen. Daarbij dient de huurder het gehuurde wel in de toestand te brengen zoals deze was bij aanvang van de huur.

Punt van aandacht bij deze constructie is niet alleen de onmogelijkheid om een hypotheekrecht op het zonnepark te vestigen als zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van een financiering door een derde, maar ook

het risico dat de grondeigenaar (A) faillieert en een hypotheekhouder (al dan niet terecht) overgaat tot het veilen van de grond en opstallen uit hoofde van diens recht van parate executie. A en B moeten hierover afspraken maken en in het geval de grond van A al belast is met een hypotheekrecht, zal de hypotheekhouder ook betrokken moeten worden bij (en zijn toestemming moeten verlenen aan) hetgeen A en B overeenkomen.

Door middel van het goederenrecht kan de natrekking worden voorkomen en een juridische constructie worden opgezet (bijvoorbeeld het vestigen van een zelfstandig recht van opstal), waardoor B een zekerheid (hypotheekrecht) aan een derde kan verlenen in ruil voor een geldlening.

#### *Tussenconclusie*

Een eigenaar van een stuk grond heeft met dat eigendomsrecht het meest omvattende recht dat hij op een (onroerende) zaak kan hebben. Door de hierboven beschreven natrekking wordt de grondeigenaar van rechtswege ook eigenaar van hetgeen door diens grond wordt nagetrokken. Een rechthebbende van (roerende en onroerende) zaken die worden nagetrokken, zal zijn eigendom derhalve aan de grondeigenaar verliezen. Dit gevolg kan door het vestigen van een beperkt recht worden voorkomen.

#### **Beperkte rechten**

##### *Begrip*

Een beperkt recht is een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht, hetwelk met het beperkte recht is bezwaard, aldus artikel 3:8 BW. Erfdienstbaarheden, rechten van erfpacht, rechten van opstal en appartementsrechten zijn *beperkte zakelijke rechten* (en geregeld in Boek 5 BW). Daarnaast zijn vruchtgebruik, pand en hypotheek (geregeld in Boek 3 BW) beperkte zakelijke rechten voor zover zij zijn gevestigd op zaken. Samen met het eigendomsrecht vormen deze rechten de goederenrechtelijke rechten uit het algemene vermogensrecht. Hierna worden erfdienstbaarheden, rechten van vruchtgebruik en pandrechten niet besproken.

Zakelijke beperkte rechten die recht op genot van de zaak geven, noemt men *genotsrechten*. Voorbeelden van beperkte genotsrechten zijn erfdienstbaarheden, rechten van erfpacht, rechten van opstal en het recht van vruchtgebruik. In de laatste drie gevallen heeft de rechthebbende in beginsel het volledige genot van de zaak, partijen kunnen echter voor de uitoefening van het recht, binnen de door de wet gestelde grenzen, nadere regels overeenkomen omtrent de uitoefening ervan door de rechthebbende.

Tegenover de genotsrechten staan de zekerheidsrechten; de rechten van pand en hypotheek. Deze beperkte zekerheidsrechten strekken niet tot het

verschaffen van het genot van een zaak (of een ander goed), maar tot het verschaffen van zekerheid jegens een derde voor de nakoming van overeengekomen verplichtingen. Indien deze verplichtingen jegens de derde niet worden nagekomen, kan gebruik gemaakt worden van het recht van parate executie.

#### *Ontstaan*

Beperkte zakelijke rechten ontstaan doorgaans door vestiging.<sup>4</sup> De vestiging van een beperkt recht is geregeld in artikel 3:81 lid 1 BW:

*“Hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, kan binnen de grenzen van dat recht de in de wet genoemde beperkte rechten vestigen. Hij kan ook zijn recht onder voorbehoud van een zodanig beperkt recht overdragen, mits hij de voorschriften zowel voor overdracht van een zodanig goed, als voor vestiging van een zodanig beperkt recht in acht neemt.”*

Het vestigen van een beperkt recht wordt – binnen het systeem van het BW – beschouwd als het *beschikken* over een gedeelte van de bevoegdheden die toekomen aan degene die dat recht vestigt.<sup>5</sup>

Op grond van de schakelbepaling van artikel 3:98 BW is al hetgeen in afdeling 2 van titel 4 van Boek 3 omtrent de overdracht van een goed is bepaald van overeenkomstige toepassing op de vestiging, overdracht en afstand van een beperkt recht op een zodanig goed.<sup>6</sup>

Zoals hierboven omschreven in de aangehaalde tekst, is een voorwaarde voor het vestigen van een beperkt recht dat het moederrecht (het recht waaruit het beperkte recht afkomstig is) *zelfstandig overdraagbaar* is. Zie met betrekking tot de overdraagbaarheid van rechten artikel 3:83 BW. Het pandrecht en het hypotheekrecht zijn *afhankelijke* rechten en dus niet zelfstandig overdraagbaar.<sup>7</sup> Ook een erfdiensbaarheid is een afhankelijk recht.<sup>8</sup> Op deze rechten kunnen dus geen beperkte rechten worden gevestigd. Ditzelfde geldt voor het recht van opstal indien het als afhankelijk recht is gevestigd, waarover later meer.

#### *Overdracht*

Vereisten voor de overdracht van een (beperkt recht op een) goed zijn op grond van art. 3:84 lid 1 BW: (i) een geldige titel; (ii) beschikkingsbevoegdheid van de degene die bevoegd is over het goed te beschikken; en (iii) een voor het betrokken goed relevante leveringshandeling. Ten aanzien van verschillende soorten goederen gelden verschillende leveringsvoorschriften.<sup>9</sup> De levering van (beperkte rechten op) onroerende zaken geschiedt ingevolge artikel 3:89 lid 1 BW *“door een daartoe bestemde, tussen partijen opgemaakte notariële akte, gevolgd door de inschrijving daarvan in de daartoe bestemde openbare registers”*.

#### *Einde*

Beperkte rechten gaan teniet door:

- a) het tenietgaan van het recht waaruit het beperkte recht is afgeleid;
- b) verloop van de tijd waarvoor, of de vervulling van de ontbindende voorwaarde waaronder het beperkte recht is gevestigd;
- c) afstand;
- d) opzegging, indien de bevoegdheid daartoe bij de wet of bij de vestiging van het recht aan de hoofdgerechtigde, aan de beperkt gerechtigde of aan beiden is toegekend;
- e) vermenging,

en voorts op de overige in de wet voor iedere soort aangegeven wijzen van tenietgaan.<sup>10</sup>

Alvorens het stapelen van beperkte rechten wordt besproken, zullen hieronder kort de rechten van erfpacht en opstal worden omschreven.

#### Erfpacht

Erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken, ex artikel 5:85 BW. De *bloot eigenaar* of de *hoofdgerechtigde* wordt aangeduid als de *“ander”*. De inhoud van een recht van erfpacht wordt bepaald door de wet, alsmede de erfpachtvoorwaarden, zoals deze in de akte van vestiging worden opgenomen en/of waarnaar in de akte van vestiging wordt verwezen. Erfpacht is zoals gemeld een genotsrecht; de erfpachter heeft slechts het recht tot het gebruik en genot van de onroerende zaak. De bloot eigenaar heeft, voor zover het recht van erfpacht strekt, afstand gedaan van het genot van de onroerende zaak, maar de erfpachter is wel gebonden aan de voorwaarden waaronder het recht van erfpacht is uitgegeven. Hierbij kan gedacht worden aan een beperking in de bestemming, maar ook een beperking in het vestigen van erfdiensbaarheden alsmede de benodigde toestemming bij een voorgenomen overdracht van het recht van erfpacht.

Een bijzondere constructie van erfpacht is de zogenaamde *footprint-erfpacht*. Het is mogelijk om een afgebakende ruimte in erfpacht uit te geven. In de praktijk is dit onder meer toegepast bij de realisatie van een deel van de Amsterdamse Zuidas. Bij footprint-erfpacht worden uitsluitend de funderingen van een gebouw in erfpacht uitgegeven, terwijl de ruimten daartussen van het recht zijn uitgezonderd. Het gehele gebouw wordt door de funderingen nagetrokken (artikel 5:20 lid 1 sub e BW, zoals hierboven omschreven) en behoort aldus in erfpacht toe aan de gerechtigde tot deze funderingen. Uiteraard is hier de gedachte dat de (grond onder de) funderingen en het gebouw gezamenlijk één onroerende zaak vormen.

#### Opstal

Het recht van opstal is een zakelijk recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander



gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen, artikel 5:101 BW. Dit zakelijke recht voorkomt de hierboven beschreven natrekking van artikel 5:20 BW. Uitgangspunt is dat een recht van opstal zorgt voor eigendom, in tegenstelling tot een recht van erfpacht dat zorgt voor het genot van de onroerende zaak.

Een recht van opstal kan bestaan als zelfstandig recht op een onroerende zaak of als recht dat afhankelijk is van een ander gebruiksrecht op de onroerende zaak, zoals huur of pacht. Het onderscheid is in de praktijk van wezenlijk belang; een zelfstandig recht van opstal is overdraagbaar en kan bezwaard worden met een recht van hypotheek. Of een recht van opstal zelfstandig dan wel afhankelijk is, moet worden bepaald aan de hand van de mate van verbondenheid van het recht van opstal met een ander recht. Dit blijkt uit de akte van vestiging.

Zoals hierboven reeds beschreven, is het alleen mogelijk een beperkt recht te vestigen op een ander beperkt recht, indien dit laatste recht voor overdracht vatbaar is. Een afhankelijk recht van opstal is onoverdraagbaar en kan dus niet worden bezwaard met een ander beperkt recht. Waar in dit artikel gesproken wordt van het vestigen van een beperkt recht op een recht van opstal, wordt een zelfstandig recht van opstal bedoeld.

## Stapelen

### *Stapelverbod*

Niet alleen eigendom – als meest omvattende recht – kan met een beperkt recht worden bezwaard, ook een beperkt recht kan met een beperkt recht worden bezwaard. Laatstgenoemde variant wordt aangeduid als *stapeling van beperkte rechten*.

De regel dat rechten uit Boek 5 BW slechts kunnen worden gevestigd op zaken en dus niet op elkaar – het *stapelverbod* – is veelal bediscussieerd. Het stapelverbod is niet in de wet opgenomen, maar vloeit met zoveel woorden uit de systematiek van Boek 5 voort, dat blijkens zijn opschrift en opzet alleen ziet op goederenrechtelijke rechten die rusten op zaken. Een beperkt recht op een zaak is volgens artikel 3:1 BW geen zaak, maar een vermogensrecht. Een beperkt recht, gestapeld op een ander beperkt recht is in deze redenering dus geen zakelijk recht in de zin van Boek 5 BW en zou in deze systematiek niet kunnen bestaan. Anderzijds bestaan er argumenten waardoor wel gesteld kan worden dat stapeling van deze rechten mogelijk is.

De wetgever heeft een aantal constructies in het BW gevoegd (de zogenaamde *Beekhuis-constructie*), waardoor beperkt gerechtigden wel degelijk beperkte rechten kunnen vestigen. Deze constructies worden hieronder besproken bij diverse stapelmogelijkheden.

Een beperkt recht kan met een beperkt recht worden bezwaard, mits het eerstgenoemde beperkte recht (het moederrecht) overdraagbaar is en het

laatstgenoemde beperkte recht (het dochterrecht) minder omvattend is dan het moederrecht, artikel 3:81 lid 1 BW. Dit tweede vereiste kan worden gezien als een uitwerking van het *nemo plus-beginsel*; niemand kan meer rechten overdragen dan hij zelf heeft. De afhankelijke rechten van hypotheek, pand en erfdiensbaarheid kunnen daarom niet met enig ander beperkt recht worden bezwaard. De vordering die de hypotheekhouder of de pandhouder heeft tot zekerheid waarvan het hypotheekrecht dan wel het pandrecht is verleend, kan wel worden bezwaard.

Welke beperkte rechten kunnen worden gestapeld, en welke beperkte rechten zich hiervoor niet lenen, zal hieronder worden besproken.

### Erfpacht op erfpacht (ondererfpacht)

Tenzij in de akte van vestiging van het recht van erfpacht anders is bepaald, is de erfpachter bevoegd de *zaak* waarop het recht van erfpacht rust, geheel of ten dele in ondererfpacht uit te geven, artikel 5:93 lid 1 BW. De ondererfpacht wordt dus gevestigd op het perceel van de bloot eigenaar – de zogenaamde bloot eigendom – en niet op het recht van erfpacht (het moederrecht). Dit is één van voormelde constructies van de wetgever, vanwege het feit dat een recht van erfpacht een vermogensrecht is en geen zaak. Zakelijke rechten – zoals een recht van erfpacht – kunnen alleen rusten op (het eigendomsrecht van) een zaak.

### Opstal op opstal (onderopstal)

In artikel 5:104 BW worden verschillende bepalingen die gelden voor rechten van erfpacht van overeenkomstige toepassing verklaard op rechten van opstal, waaronder het hiervoor vermelde artikel 5:93 BW. Gelijk bij ondererfpacht, wordt het onderopstalrecht gevestigd op het perceel van de grondeigenaar.

Door de (overeenkomstige) toepasselijkheid van artikel 5:93 BW op rechten van opstal kan de opstaller, mits hiervan niet is afgeweken in de akte waarbij zijn recht van opstal is gevestigd, een onderopstalrecht vestigen. Doordat de verwijzing naar artikel 5:93 BW in lid 2 van artikel 5:104 BW is opgenomen, is het vestigen van een onderopstalrecht slechts mogelijk, indien het een zelfstandig recht van opstal op een zelfstandig recht van opstal betreft.

### Erfpacht en opstal kruislings gestapeld

Waar voor ondererfpacht en onderopstal een wettelijke regeling is, is dat er niet voor het kruislings stapelen van de rechten van erfpacht en opstal. Op grond van de wet lijkt het dan ook niet mogelijk een recht van erfpacht te vestigen op een recht van opstal en andersom. Deze beperkte rechten zijn immers op zichzelf geen onroerende zaak.<sup>11</sup>

In de literatuur bestaat discussie of het kruislings stapelen van de rechten van erfpacht en opstal mogelijk is.<sup>12</sup> Heyman achtte aanvankelijk het

vestigen van een recht van erfpacht op een recht van opstal onmogelijk, maar is thans van oordeel dat het recht van opstal wel object van een recht van erfpacht kan zijn.<sup>13</sup> Daarentegen is in de literatuur zelfs verdedigd dat het zogenoemde stapelverbod van Boek 5 niet bestaat, aangezien het vestigen van een zakelijk recht op een beperkt recht in deze benadering onmogelijk is.

Zoals hierboven reeds aangegeven; een recht van opstal zorgt er voor dat natrekking wordt doorbroken. De opstaller verkrijgt een gebouw of werk boven een onroerende zaak van een ander in eigendom. Een bezwaar is dan ook, op het eerste gezicht, dat iemand die opstal op erfpacht heeft, nooit de eigendom van artikel 5:101 lid 1 BW kan hebben. Dit lijkt een terecht beroep op het nemo plus-beginsel; men kan niet meer rechten aan een ander verlenen (eigendom) dan de rechten die men zelf heeft (gebruik- en genotsrecht; geen eigendom).

#### Erfpacht of opstal op appartementsrecht

Sinds 2005 regelt artikel 5:118a BW uitdrukkelijk de mogelijkheid om op de privégedeelten van een appartementsrecht een recht van erfpacht of een recht van opstal te vestigen. Het artikel geeft voorts een regeling voor het stemrecht in de vergadering van eigenaars indien de privégedeelten van een appartementsrecht in erfpacht zijn uitgegeven of met een recht van opstal zijn bezwaard. Tenzij in de akte anders is bepaald, zal de erfpachter in beginsel het stemrecht in de vergadering van eigenaars uitoefenen. Het stemrecht bij een gevestigd recht van opstal blijft daarentegen aan de appartements-eigenaar toekomen, tenzij in de akte anders is bepaald. Bij vestiging van een recht van erfpacht op de privégedeelten van een appartementsrecht zal immers in de meeste gevallen het gehele appartementsrecht in erfpacht worden uitgegeven, terwijl bij vestiging van een recht van opstal in de meeste gevallen slechts een klein deel van de privégedeelten zal worden bezwaard.

Betoogd kan worden dat in artikel 5:118a BW een mogelijkheid besloten ligt om het recht van erfpacht en het recht van opstal "kruislings" te stapelen: een recht van erfpacht kan worden gesplitst in appartementsrechten, om vervolgens één van de privégedeeltes op de voet van artikel 5:118a BW met een recht van opstal te bezwaren.<sup>14</sup> Kort gezegd wordt door het tussenschuiven van een appartementsrecht het vestigen van een recht van opstal op recht van erfpacht mogelijk.<sup>15</sup> Dit artikel maakt het mogelijk dat rechten van erfpacht en rechten van opstal (over en weer) kruislings worden gestapeld door tussenkomst van een appartementsrecht. Men zou zich daarom kunnen afvragen of en waarom het kruislings stapelen van rechten van erfpacht en rechten van opstal zonder tussenkomst van een appartementsrecht dan onmogelijk is.

#### **Conclusie**

De eigenaar van een zaak wordt ex artikel 5:3 BW tevens eigenaar van al haar bestanddelen. Naast natrekking als gevolg van bestanddeelvorming kan een zaak ook worden nagetrokken door de grond waarop de zaak gevestigd is. Om ongewenste natrekking te voorkomen, bestaan er zowel verbintenisrechtelijk (wegbreekrecht van de huurder) als goederenrechtelijk (recht van opstal of recht van erfpacht) mogelijkheden om dit te voorkomen. Van belang is te weten welke mogelijkheden toegepast kunnen worden en over welke discussie bestaat.

Goederenrechtelijk is het mogelijk om op eigendom een recht van opstal dan wel een recht van erfpacht te vestigen. Een erfpachter is bevoegd de zaak waarop het recht van erfpacht rust in ondererfpacht uit te geven, hetgeen tevens voor onderopstal geldt.

Het kruislings vestigen van een recht van opstal dan wel recht van erfpacht door "tussenkomst" van een appartementsrecht is mogelijk door artikel 5:118a BW.

De beantwoording van de vraag of het kruislings stapelen van rechten van erfpacht en rechten van opstal mogelijk is, kent echter geen eenduidig antwoord. Het is opmerkelijk dat het kruislings vestigen van een recht van opstal dan wel een recht van erfpacht zonder tussenkomst van een appartementsrecht wel problematisch lijkt. Voor de praktijk is het van toegevoegde waarde als de wetgever duidelijkheid geeft over de mogelijkheid van het al dan niet kruislings vestigen van recht van opstal en recht van erfpacht.

Welke (combinatie van) juridische rechtsfiguren door partijen gebruikt kan worden, teneinde de eigendom van grond en/of opstallen te regelen (verbintenis- dan wel goederenrechtelijk), is van groot belang voor de (financiële en juridische) consequenties en dient daarom goed door (juridische) adviseurs begeleid te worden.

#### **Noten:**

1. Van Benthem & Keulen B.V.
2. Onroerend zijn de grond, de nog niet gewonnen delfstoffen, de met de grond verenigde beplantingen, alsmede de gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken. Roerend zijn alle zaken die niet onroerend zijn. Aldus artikel 3:3 BW.
3. Artikel 7:216 BW.
4. Zij kunnen ook ontstaan door verjaring of zaaksvervanging, dit wordt in dit artikel buiten beschouwing gelaten.
5. T-M, Parl. Gesch. Boek 3 1981, p. 309.
6. Bij de vestiging van een recht van erfpacht wordt ook gesproken van de uitgifte in erfpacht.
7. Artikel 3:7 jo. 3:227 BW.
8. Artikel 3:7 jo. 5:70 BW.
9. Zie de artikelen 3:89, 3:90, 3:93, 3:94 en 3:95 BW.
10. Artikel 3:81 lid 2 BW.
11. Asser/Bartels & Van Velten 5 2016/215.
12. GS Zakelijke rechten, art. 5:104 BW, aant. 2.
13. Zie bijvoorbeeld Heyman, WPNR 1999/6342; Heyman, in: Van Velten-bundel 2003, p. 81-82 en Heyman, in: Pleyzier-bundel 2005, p. 24 en 29.
14. GS Zakelijke rechten, titel 7 Boek 5 BW, aant. 45.2.
15. Mw. mr. A. Slaski, 'Stapelning van beperkte rechten op onroerende zaken', WPNR 2009/6789, p. 204.