

Het huuraanvullend opstalrecht

Een (oude) vertrouwde rechtsfiguur

1. Inleiding

Huurovereenkomsten en opstalrechten worden dikwijls in combinatie met elkaar gebruikt om de eigenschappen van beide rechtsfiguren met elkaar te combineren. In die gevallen staan er twee soorten opstalrechten ter beschikking: een afhankelijk opstalrecht of een zelfstandig opstalrecht.¹ Wanneer een huurovereenkomst wordt gecombineerd met een zelfstandig opstalrecht, wordt dat opstalrecht ook wel een huuraanvullend opstalrecht genoemd.² In deze bijdrage stellen wij dit huuraanvullend opstalrecht centraal. Nadat wij een korte (wetshistorische) tijdreis hebben gemaakt en de hedendaagse toepassing hebben belicht (paragraaf 2), bespreken wij de verplichting om te huren als regeling in de zin van art. 5:103 BW en gaan wij in op de vraag of het schenden van die verplichting een ernstige mate van tekortschieten als bedoeld in art. 5:87 lid 2 BW kan opleveren (paragraaf 3). Daarna staan wij stil bij de vraag of het huuraanvullend opstalrecht kan kwalificeren als een huurafhankelijk opstalrecht (paragraaf 4) en in hoeverre een opstalrecht kan worden beperkt ten aanzien van het genot van de onroerende zaak waarop het opstalrecht rust (paragraaf 5).

2. Van (wets)historie naar hedendaagse praktijk

2.1 (Wets)historie

Hoewel het huuraanvullend opstalrecht tegenwoordig toepassing vindt bij duurzame energieprojecten, kent het huuraanvullend opstalrecht een geschiedenis die teruggaat tot vóór de invoering van het nieuw BW.³ Onder het oud BW voorzag de wet (nog) niet in wegneem- of vergoedingsrechten bij het einde van een huurovereenkomst.⁴ Om te voorkomen dat een door de huurder gebouwd object bij het einde van de huur zonder vergoedingsrecht toekwam aan de grondeigenaar, werd naast de huurovereenkomst een opstalrecht gevestigd.⁵ Dat soort opstalrechten waren zelfstandig van aard, niet in de laatste plaats omdat onder het oud BW de rechtsfiguur van het afhankelijk opstalrecht nog niet bestond.⁶ Een andere reden voor het gebruik van een opstalrecht naast een huurovereenkomst was de mogelijkheid tot het vestigen van een hypotheekrecht op het opstalrecht. Ten behoeve van de hypotheekhouder werden enkele bepalingen opgenomen in de huurovereenkomst.⁷ Zo kon de huurovereenkomst niet eindigen zonder toestemming van de hypotheekhouder en werd afgesproken dat de verhuurder een eventuele executiekoper van het opstalrecht



Mr. B.J. van de Bunt
MRE*



Mr. B.F.U. Cuijpers**

zou accepteren als nieuwe huurder.⁸ In de huurovereenkomst werd dus een verbinding gelegd met het opstalrecht. Wat de juridische gevolgen van deze verbinding voor de kwalificatie van het opstalrecht zouden zijn, werd in de loop der tijd onderwerp van discussie.⁹ Booms beschrijft dat deze opstalrechten op voorhand in de doctrine werden omschreven als “huuraanvullend” maar langzamerhand ook door sommigen als “huurafhankelijk”.¹⁰ Het lijkt echter aannemelijk dat vóór de invoering van het nieuw BW, met de hantering

* Notaris te Amsterdam bij Q.G.M. (joris.vandebunt@qgmlaw.com)

** Kandidaat-notaris te Amsterdam bij Q.G.M. (bram.cuijpers@qgmlaw.com)

Auteurs zijn in de praktijk betrokken bij advisering over het huuraanvullend opstalrecht.

1. Art. 5:101 lid 2 BW.
2. H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 209. En meer recent M.M.G.B. van Drunen & M.E. Hinskens-van Neck, ‘Het huuraanvullende opstalrecht in duurzame energieprojecten – een verkennend onderzoek’, *WPNR* 2021/7315, p. 194-202.
3. Over de hedendaagse toepassing: Van Drunen & Hinskens-van Neck, *WPNR* 2021/7315, p. 194.
4. T.E. Booms, ‘De oorsprong der soorten en het afhankelijke opstalrecht’, *WPNR* 2015/7075, p. 758.
5. Booms, *WPNR* 2015/7075, p. 758. Zie ook art. 761 oud BW en art. 762 oud BW.
6. Booms, *WPNR* 2015/7075, p. 758.
7. Ploeger 1997, p. 208.
8. Ploeger 1997, p. 208.
9. Zie voor een overzicht van de “stand van zaken” in het jaar 1993: Van Velten, *WPNR* 1993/6086.
10. Zie Booms, *WPNR* 2015/7075, p. 758 die daarvoor verwijst naar Asser/Beekhuis 3-II 1977, p. 231 en Pitlo/Brahn, *Het Zakenrecht*, Arnhem: Gouda Quint, 1977, p. 293.

van de term “afhankelijk” niet de bedoeling bestond om het opstalrecht als een *accessoir* recht aan te merken (als bedoeld in het huidige art. 3:7 BW).¹¹ Ook in de jurisprudentie werd de term “huurafhankelijk” gebruikt, terwijl discutabel is of deze opstalrechten ook daadwerkelijk een *afhankelijk* (in de zin van *accessoir*) karakter hadden.¹² De genoemde opstalrechten hadden blijkens de akte meestal een *aanvullend* karakter en gingen daarnaast niet van rechtswege teniet bij het eindigen van de huurovereenkomst. Dat was ook de bedoeling van partijen.¹³ Van Velten trok in 1993 reeds de conclusie dat de historische huuraanvullende opstalrechten in beginsel zelfstandige, verhuypothekeerbare opstalrechten zijn.¹⁴ In paragraaf 4 van onze bijdrage zullen wij eenzelfde conclusie trekken voor het huuraanvullend opstalrecht anno 2024.

2.2 Hedendaagse praktijk

Een belangrijk motief in de hedendaagse praktijk voor het gebruiken van het huuraanvullend opstalrecht is, nog steeds, om dit opstalrecht te kunnen bezwaren met een hypotheekrecht. Partijen kiezen bewust voor de bewoording in de akte van vestiging dat het opstalrecht aanvullend is op de huurovereenkomst, maar daarvan niet afhankelijk is in de zin van 5:101 lid 2 BW.

De bevoegdheden ten aanzien van de onroerende zaak waarop het opstalrecht wordt gevestigd, zijn geregeld in de huurovereenkomst. Het opstalrecht wordt gevestigd voor dezelfde duur als waarvoor de huurovereenkomst is aangegaan. Bij het einde van de huurovereenkomst door tijdsverloop zal dus ook het opstalrecht tenietgaan door tijdsverloop.¹⁵ Bij een eventuele wanprestatie onder (en ontbinding van) de huurovereenkomst, gaat het opstalrecht niet van rechtswege teniet. Het is immers een zelfstandig opstalrecht. Om tegemoet te komen aan de wens van de eigenaar om bij een beëindigde huurovereenkomst zijn onroerende zaak onbezwaard (terug) te verkrijgen, wordt in de opstalvoorwaarden voor de eigenaar een opzeggingsbevoegdheid opgenomen.

3. De verplichting tot huren als opstalbepaling

3.1 Regeling als bedoeld in artikel (5:103 BW)

Art. 5:103 BW maakt het mogelijk om de bevoegdheden ten aanzien van de onroerende zaak waarop het opstalrecht rust nader vorm te geven in de akte van vestiging. Bij gebreke van een regeling in de akte van vestiging heeft de opstaller de bevoegdheden die voor zijn volle genot nodig zijn. In het geval van een huuraanvullend opstalrecht houdt deze regeling een verplichting in tot het sluiten en gesloten houden van een huurovereenkomst. Een vervolgvraag die men

kan stellen is of deze verplichting ook goederenrechtelijk onderdeel uitmaakt van het opstalrecht. Daarvoor geldt het voldoende verbandcriterium.¹⁶ Aangezien art. 5:103 BW expliciet de mogelijkheid biedt om te voorzien in een nadere regeling omtrent het gebruik van de onroerende zaak waarop het opstalrecht gevestigd wordt, zal deze verplichting naar onze mening in voldoende verband staan tot het opstalrecht.¹⁷

3.2 Opzegging door de eigenaar

Het huuraanvullend opstalrecht eindigt niet automatisch met het tussentijds eindigen van de huurovereenkomst. Partijen zullen bij het tussentijds eindigen van de huurovereenkomst echter het opstalrecht willen beëindigen en zullen daartoe op voorhand een regeling willen treffen die, zo nodig, ook werkt in het faillissement van de opstaller. We beschreven dat daarin wordt voorzien door aan de eigenaar een opzeggingsbevoegdheid te geven voor het geval dat de huurovereenkomst eindigt. Wij zijn van mening dat deze opzeggingsbevoegdheid past binnen het dwingendrechtelijk regime van art. 5:87 BW. Art. 5:87 BW kent twee grondslagen voor mogelijke opzeggingsbevoegdheden: lid 2 en lid 3. Door Van Drunen & Hinskens-Van Neck is beargumenteerd dat lid 3 geen mogelijkheid biedt

11. Aldus Booms, *WPNR* 2015/7075, p. 759.

12. HR (Belastingkamer) 7 maart 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7442, NJ 1980/116 m.nt. W.M. Kleijn, Hof 's-Gravenhage 4 februari 1983, ECLI:NL:GHSGR:1983:AX1871, V-N 1984/278. Rb. Rotterdam 10 januari 1983, KG 1983, 99. Zie hierover ook met name Ploeger 1997, p. 209-211 en HR 14 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:AA2971, V-N 1994/3138.

13. Zie ook de uitspraak van Hof 's-Gravenhage 4 februari 1983, ECLI:NL:GHSGR:1983:AX1871, V-N 1984/278 waar het hof vaststelt dat het opstalrecht blijft bestaan na beëindiging van de huurovereenkomst. De opstaller zal wel een nieuwe huurovereenkomst met de blooteigenaar dienen te sluiten voor een gebruiksrecht op de grond. Zie ook hierover Booms *WPNR* 2015/7075 p. 758.

14. A.A. van Velten, ‘Rechtsvragenrubriek. Kan een afhankelijk opstalrecht hypotheecair worden bezwaard?’, *WPNR* 1993/6086. Zie ook HR (Belastingkamer) 7 maart 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7442, NJ 1980/116 m.nt. W.M. Kleijn.

15. Art. 5:86 lid 1 jo. art. 5:104 BW jo. Art 3:81 lid 2 sub b. BW.

16. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/239 en 217. HR 11 maart 1981, NJ 1982/76 m.nt. W.M. Kleijn, Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/257. H.D. Ploeger & H. Bonjourn, *Erfpacht en opstal (Monografieën. BW nr. B28)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 12.

17. Ook zo: P.L. Visser & F.J. Vonck, ‘De toegevoegde waarde van het huurafhankelijke opstalrecht’, *ToHB* 2013, p. 82.

voor zo een geldige en goederenrechtelijke opzeggingsbevoegdheid.¹⁸ Zij stellen daarnaast dat het voor zich spreekt dat de opzeggingsbevoegdheid op lid 3 wordt gebaseerd en niet op lid 2. Met die stelling zijn wij het niet eens; wij menen dat het juist lid 2 is dat bedoelde opzeggingsbevoegdheid toelaat.¹⁹ Uit art. 5:87 lid 2 BW volgt dat de eigenaar kan opzeggen wanneer de opstaller *in ernstige mate* tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen (anders dan de verplichting tot voldoening van de canon). Het gaat om “zijn verplichtingen” die opstaller heeft in zijn (goederenrechtelijke) hoedanigheid van opstaller.²⁰ In paragraaf 3.1 van deze bijdrage hebben wij geschetst dat de verplichting om – kortgezegd – te huren een geldige opstalvoorwaarde is. Het schenden van deze verplichting zal aldus gezien worden als een tekortschieten als hiervoor bedoeld. Gelet op de inhoud van art. 5:87 lid 2 BW is de vervolgvraag of dat tekortschieten ook voldoende ernstig is.

Het lijkt ons aannemelijk dat het schenden van deze verplichting snel een ernstige mate van tekortschieten oplevert. Wij menen namelijk dat, mede gelet op de partijbedoeling bij het aangaan van de verschillende rechtshandelingen, de regeling gezien moet worden als een kernbepaling.²¹ Het raakt de essentie van wat partijen met elkaar beogen en het is een voorwaarde waaronder eigenaar bereid is het opstalrecht te verlenen. Het schenden van een kernbepaling levert sneller een ernstige mate van tekortschieten op.²² Ook zien meerdere auteurs ruimte om in de opstalvoorwaarden kleuring te geven aan wat zij binnen hun rechtsverhouding als kernbepaling zien.²³ Hier wordt blijkens jurisprudentie ook daadwerkelijk rekening mee gehouden.²⁴

4. Het huuraanvullend opstalrecht als zelfstandig opstalrecht

Zoals wij beschreven kan men zich afvragen of een huuraanvullend opstalrecht ook kan (her)kwalificeren als een afhankelijk opstalrecht in de zin van 5:101 lid 2 BW. Indien vormgegeven zoals besproken in deze bijdrage, menen wij van niet. Hiervoor vinden wij brede steun in de literatuur.²⁵ De vraag of een opstalrecht kwalificeert als zelfstandig of huuraanafhankelijk opstalrecht, is volgens de Hoge Raad te beantwoorden door een uitleg te geven van de in de akte van vestiging tot uiting gebrachte partijbedoeling. Deze partijbedoeling dient afgeleid te worden uit:

*“de in die akte opgenomen, naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte uit te leggen, omschrijving van de duur van het opstalrecht.”*²⁶

Leggen wij de bewoordingen en vormgeving van

het huuraanvullend opstalrecht naar objectieve maatstaven uit, dan kunnen wij niet anders concluderen dan dat partijen bedoeld hebben een zelfstandig opstalrecht te vestigen. Dit opstalrecht wordt weliswaar gecombineerd met een huurovereenkomst, maar is daar bewust niet van afhankelijk gemaakt. Of partijen zelfstandigheid beoogd hebben kan mede worden bepaald aan de hand van de inhoud van de opstalvoorwaarden. Als het opstalrecht niet automatisch eindigt met het eindigen van de huurovereenkomst is dat een belangrijke aanwijzing dat sprake is van een zelfstandig opstalrecht.²⁷ Het gerechtshof Den Haag en het gerechtshof Leeuwarden achtten dit in 1983 respectievelijk 2011 doorslaggevend.²⁸

Een ander argument is dat, gelet op de (wets)-historische achtergrond van het huuraanvullend opstalrecht, afhankelijkheid niet te snel aangenomen dient te worden.²⁹ Het opstalrecht is van oorsprong naar zijn aard geen accessoir recht, maar het zijn de partijen die dat accessoire karakter daaraan eventueel zouden toekennen. Waar dat niet beoogd is, zoals bij het huuraanvullend opstalrecht, lijkt het niet aannemelijk dat het toch als zodanig zou kwalificeren.³⁰

18. Van Drunen & Hinskens-van Neck, *WPNR* 2021/7315, p. 199.

19. In gelijke zin Visser & Vonck, *TvHB* 2013, p. 82.

20. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2013, p. 242-243.

21. Visser & Vonck, *TvHB* 2013, p. 82.

22. Vonck 2013, p. 250 onder verwijzing naar HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2993, *NJ* 2000/208, m.nt. J. Hijma. en HR 9 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9965, *LJN* AA9965.

23. Vonck 2013, p. 251 en S.E. Bartels, J.B. Spath & K. Everaars (red.), *Tenietgaan van beperkte rechten* (Onderneming en recht nr. 99), Deventer: Wolters Kluwer 2017, paragraaf 5.5.

24. Bartels, Spath & Everaars (red.), *Tenietgaan van beperkte rechten* (O&R nr. 99), 2017/5.5.

25. Bartels, e.a. 2016, p. 334. In dezelfde zin Ploeger 1997, p. 209-211; Ploeger & Bounjouw 2019, nr. 60; Visser & Vonck, *TvHB* 2013/2, p. 82; Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:101 BW, aant. 2.4.

26. HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR2010:BM8933.

27. Van Velten *WPNR* 1993/6086. Ploeger & Bounjouw 2019, nr. 60. Zie Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:101 BW, aant. 2.4 en Ploeger 1997, p. 208-211.

28. Hof 's-Gravenhage 4 februari 1983, ECLI:NL:GHGR:1983:AX1871, *V-N* 1984/278 en Hof Leeuwarden 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU1889, *WR* 2013/67 m.nt. Ploeger.

29. Vonck in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:101 BW, aant. 2.4. Zie ook Bartels, e.a. 'Boek 5 BW van de toekomst, in *KNB Preadviezen* 2016, p. 331-334.

30. Ploeger 1997, p. 204.

5. Een opstalrecht zonder gebruik van de onroerende zaak

Door Van Drunen & Hinskens-van Neck is de vraag opgeworpen of het mogelijk is om een zelfstandig opstalrecht te vestigen dat geen gebruiksrecht verleent van de onroerende zaak waarop het opstalrecht rust.³¹ Zij stellen dat een opstalrecht dat geen gebruik verleent, lijkt te botsen met het feit dat het opstalrecht een genotsrecht betreft.

Ploeger schreef hierover eerder:

“Zo’n opstalrecht kan worden ingesnoerd tot het minimum aan bevoegdheden, het recht om op de grond te bouwen en de opstal in eigendom te hebben. De exploratieve bevoegdheden op de grond ontleent hij aan zijn gebruiksrecht. Desondanks is het een zelfstandig, dus in beginsel overdraagbaar opstalrecht.”³²

Wij zouden ons bij Ploeger willen aansluiten. Omdat het huuraanvullend opstalrecht zoals wij in deze bijdrage bespraken past binnen de wettelijke regeling van artikel 5:103 BW, zien wij geen

aanleiding om aan te nemen dat een huuraanvullend opstalrecht “te weinig genot” zou verschaffen om van een opstalrecht te kunnen blijven spreken. Overigens zij nog opgemerkt dat huuraanvullende opstalrechten wat betreft het genot niet altijd zo beperkt omschreven zijn als Van Drunen & Hinskens-van Neck als uitgangspunt hebben genomen. Dat neemt niet weg dat het een interessante theoretische vraag blijft welk minimum aan “genot” van de onroerende zaak waarop het opstalrecht rust noodzakelijk is om van een opstalrecht te kunnen spreken.

6. Conclusie

Het huuraanvullend opstalrecht is een rechtsfiguur die steeds weer nieuwe toepassingen vindt. Een rechtsfiguur die naar onze mening niet kan ontbreken in de gereedschapskist van de juridische adviseur. De wijze waarop het huuraanvullend opstalrecht met de huurovereenkomst wordt gecombineerd past binnen het huidige BW. Een opstalrecht als aanvulling op een huurovereenkomst blijft daarmee een oude vertrouwde rechtsfiguur.

31. Van Drunen & Hinskens-van Neck, *WPNR* 2021/7315, p. 200-201.

32. Ploeger 1997, p. 209-211.