



## De vestiging van een opstalrecht op grond van art. 5:118a BW, in het bijzonder voor bestaande, in de appartementensplitsing betrokken opstallen

### 1. Inleiding

Sinds 1 mei 2005 is het mogelijk een erfpachtrecht en een opstalrecht te vestigen op het privé-gedeelte van een appartementensrecht oftewel op het gedeelte van het gebouw waarvan men het exclusief gebruiksrecht heeft, zoals bedoeld in art. 5:106 lid 4 BW. Art. 5:118a BW biedt tot een dergelijke vestiging de grondslag. Dit wetsartikel bepaalt het volgende:

“Een appartementseigenaar kan, voor zover in de akte van splitsing niet anders is bepaald, zonder medewerking van de overige appartementseigenaars en beperkt gerechtigden op het gedeelte van de onroerende zaken dat bestemd is om als afzonderlijk geheel door hem te worden gebruikt, een recht van erfpacht en, behoudens voor zover het betreft in de splitsing betrokken gebouwen, werken en beplantingen, een recht van opstal vestigen.”

In deze bijdrage wil ik om meerdere redenen de vestiging van het opstalrecht op het privé-gedeelte van een appartementensrecht zoals bedoeld in art. 5:118a BW onder de loep nemen. Ten eerste komt in de literatuur niet altijd duidelijk naar voren of ook het vestigen van het opstalrecht mogelijk is voor bestaande opstallen die in de appartementensplitsing zijn betrokken.<sup>1</sup> In het licht van art. 5:118a BW kunnen zich namelijk de volgende situaties voordoen:

- a. op de privé-gedeelten te vestigen opstalrechten voor nieuw aan te brengen opstallen;
- b. op de privé-gedeelten te vestigen opstalrechten voor opstallen die reeds in de appartementensplitsing zijn betrokken (bijvoorbeeld een garage die ook volgens de splitsingsakte en de splitsingstekening onderdeel uitmaakt van de appartementensplitsing);
- c. op de privé-gedeelten te vestigen opstalrechten voor opstallen die oorspronkelijk niet in de appartementensplitsing waren betrokken, maar nadien door de appartementseigenaar, al dan niet met toestemming van de VvE, zijn aangebracht. De opstallen worden in deze situatie als het ware de appartementensplitsing ‘ingetrokken’, omdat ze door natrekking als bedoeld in art. 5:20 lid 1 sub e BW gemeenschappelijk eigendom worden van de appartementseigenaars.

De situaties onder b en c leveren enige onduidelijkheid op over het toepassingsbereik van art. 5:118a lid 1 BW. Deze betreffen de situaties waarin bestaande

opstallen in de appartementensplitsing betrokken zijn.

Ten tweede wordt in de praktijk met het al dan niet kunnen vestigen van een opstalrecht conform art. 5:118a BW voor bestaande opstallen verschillend omgegaan, omdat sommige praktijkjuristen menen dat een dergelijke vestiging niet mogelijk is.

Ten slotte bestaat onduidelijkheid over de gevolgen van het ontbreken van de medewerking van de overige appartementseigenaars en beperkt gerechtigden indien hun medewerking aan de vestiging van het opstalrecht vereist is. Immers, uit art. 5:118a BW volgt dat een appartementseigenaar zonder medewerking van de overige appartementseigenaars en beperkt gerechtigden een opstalrecht kan vestigen voor zover in de akte van splitsing niet anders is bepaald.

Overigens moet hier wel de kanttekening worden geplaatst dat indien voor de vestiging van een opstalrecht voor een toekomstige opstal geen medewerking van de overige appartementseigenaars en beperkt gerechtigden vereist is, hun medewerking wel nodig kan zijn voor de wijziging van de splitsingsakte, als gevolg van bouwkundige wijzigingen die met het aanbrengen van de opstal gepaard gaan. Ook zal veelal toestemming van de VvE nodig zijn omdat de bebouwing verandert.<sup>2</sup>

Hierna zal ik achtereenvolgens behandelen wanneer een opstalrecht conform art. 5:118a BW kan worden gevestigd, hoe de medewerking van de overige appartementseigenaars wordt verleend en wat de gevolgen zijn als hun medewerking ontbreekt en hoe die gevolgen zijn te ondervangen.

### 2. Wanneer kan een opstalrecht conform art. 5:118a BW worden gevestigd?

Art. 5:118a BW bevat een aantal beperkingen voor de vestiging van het opstalrecht. Enerzijds kunnen beperkingen worden opgenomen in de splitsingsakte en anderzijds volgen er beperkingen uit de wet c.q. de bepaling zelf.

1. A.A. van Rhee, Het vernieuwde appartementensrecht, Bb 2005, 28; A.A. van Velten, Naar een vernieuwd appartementensrecht!, WPNR (2001) 6468; R.F.H. Mertens, (Zakelijke rechten) art. 118a Boek 5 BW, aant. 4; Mon. BW B29 (Mertens), nr. 28; J.J.H. Wijnmaalen, Appartementensrecht en recht van opstal, Vastgoedrecht 2007-3; H.L. van der Beek, De BW-titel Appartementensrechten gewijzigd, MvV juni 2005, nr. 6; A.A. van Velten, Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed, Deventer: Kluwer (2009), p. 427; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008, nrs. 453 onder d, 483 en 583.
2. Zie art. 22 van het Modelreglement bij splitsing in appartementenrechten 2006.

In de splitsingsakte kan de bevoegdheid voor een appartementseigenaar om een opstalrecht op zijn privé-gedeelte te vestigen worden beperkt of uitgesloten. De bevoegdheid van de appartementseigenaar om het opstalrecht te vestigen kan dus geheel ontbreken of de appartementseigenaar is daartoe slechts bevoegd als is voldaan aan in de splitsingsakte opgenomen voorwaarden. Die voorwaarden kunnen bijvoorbeeld inhouden dat een appartementseigenaar voor de vestiging van het opstalrecht de medewerking nodig heeft van de overige appartementseigenaars en/of de beperkt gerechtigden.

Art. 5:118a lid 1 BW bepaalt expliciet dat een opstalrecht voor *toekomstige* opstallen op een appartementsrecht c.q. het privé-gedeelte kan worden gevestigd door de appartementseigenaar zonder medewerking van de overige appartementseigenaars, voor zover in de splitsingsakte niet anders is bepaald. Deze bepaling zou zo kunnen worden gelezen en opgevat dat het vestigen van een opstalrecht voor bestaande opstallen überhaupt niet mogelijk is.<sup>3</sup> Leest men echter de kamerstukken die betrekking hebben op art. 5:118a BW dan ziet men dat daarin expliciet is aangegeven dat art. 5:118a BW de medewerking van alle appartementseigenaars en beperkt gerechtigden vereist indien de vestiging van een opstalrecht gewenst is voor reeds bestaande opstallen:

“Voorts kan een opstalrecht alleen worden gevestigd ten behoeve van het oprichten van toekomstige gebouwen, werken en beplantingen, tenzij alle appartementseigenaars en beperkt gerechtigden meewerken aan de vestiging van het opstalrecht. De onttrekking van reeds bestaande gebouwen, werken en beplantingen aan de splitsing zonder dat de andere appartementseigenaars en eventuele beperkt gerechtigden hun medewerking behoeven te verlenen aan de vestiging van het opstalrecht, zou een te ver gaande inbreuk maken op de mede-eigendom van die andere gerechtigden (vgl. artikel 5:117 leden 2 en 3 BW).”<sup>4</sup>

en

“Gaaf het daarentegen om reeds bestaande gebouwen, werken en beplantingen, *dan vereist artikel 5:118a* (curs., BCM) de medewerking van alle appartementseigenaars en beperkt gerechtigden, omdat anders inderdaad sprake zou zijn van een te ver gaande inbreuk op de mede-eigendom respectievelijk op de aanwezige beperkte rechten, namelijk door de onttrekking van dergelijke reeds bestaande gebouwen etc. aan de splitsing zonder medewerking van alle appartementseigenaars en beperkt gerechtigden aan de vestiging van het opstalrecht.”<sup>5</sup>

Met andere woorden, de vestiging van een opstalrecht op een privé-gedeelte van een appartementsrecht voor reeds bestaande opstallen is mogelijk, mits alle appartementseigenaars en beperkt gerechtigden daaraan hun medewerking verlenen.

### 3. Hoe wordt de medewerking van de overige appartementseigenaars en beperkt gerechtigden verleend?

Duidelijk is nu dat de medewerking van de overige appartementseigenaars en beperkt gerechtigden vereist *kan* zijn voor toekomstige opstallen en vereist *is* voor de vestiging van een opstalrecht voor bestaande opstallen. Er is echter noch bij art. 5:118a BW noch bij een ander artikel in titel 5.9 BW betreffende appartementsrechten bepaald hoe die medewerking voor de vestiging van het opstalrecht moet worden verleend.

Een aanwijzing daarvoor is te vinden in art. 5:140 lid 1 BW:

“Indien een of meer der in de leden 1 en 3 van het vorige artikel genoemden zich niet *verklaren* (curs., BCM) of zonder redelijke grond weigeren hun medewerking of toestemming te verlenen, kan deze worden vervangen door een machtiging van de kantonrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin het gebouw of het grootste gedeelte daarvan is gelegen.”

Hieruit kan worden afgeleid dat de overige appartementseigenaars en de beperkt gerechtigden die hun medewerking moeten verlenen aan de vestiging van het opstalrecht zich moeten hebben verklaard. Bewijstechnisch verdient het vanzelfsprekend aanbeveling die verklaringen schriftelijk vast te leggen en aan de opstalakte te hechten.

Volgens Van Velten moet een opstalrecht voor bestaande (of toekomstige) opstallen ten laste van de gemeenschap worden gevestigd door de desbetreffende opstal aan de appartementsplitsing te onttrekken door middel van een wijziging van de splitsingsakte, zoals bedoeld in art. 5:117 lid 3 BW. Die wijziging bestaat erin dat het opstalrecht aan de appartementsplitsing wordt onttrokken en dit recht door de gezamenlijke eigenaars wordt gevestigd ten behoeve van de opstaller.<sup>6</sup> Degenen die hun medewerking moeten verlenen aan de vestiging van het opstalrecht moeten van hun medewerking blijk geven door de akte mede te ondertekenen dan wel door daarvoor een notariële volmacht te verlenen.

3. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008, nr. 483

4. Kamerstukken II 28 614, nr. 3, p. 4

5. Kamerstukken II 28 614, nr. 5, p. 4

6. Zie Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008, nr. 453

#### 4. Wat zijn de gevolgen als de vereiste medewerking van de overige appartementseigenaars ontbreekt en hoe zijn die te ondervangen?

Wat heeft nu te gelden indien de vereiste medewerking voor de vestiging van het opstalrecht op basis van art. 5:118a lid 1 BW ontbreekt? Ook daarover zijn in titel 5.9 BW geen (specifieke) bepalingen opgenomen. Men is dan genooddakt terug te grijpen naar de algemene regels.

Op grond van art. 3:98 jo. 3:89 jo. 3:84 BW is voor de vestiging van een opstalrecht een geldige titel, beschikkingsbevoegdheid en levering c.q. vestiging nodig. Indien de medewerking van de andere appartementseigenaars en eventuele beperkt gerechtigden voor de vestiging van het opstalrecht ontbreekt, is de appartementseigenaar niet beschikkingsbevoegd. Die beschikkingsonbevoegdheid is als volgt te onderbouwen.

In de praktijk komt wel eens de situatie voor dat een opstalrecht wordt gevestigd door een appartementseigenaar die weliswaar tot het vestigen van een opstalrecht op zijn privé-gedeelte bevoegd is, maar dat de opstal waarvoor hij dit recht vestigt geen toekomstige opstal is, maar een opstal die al voor de vestiging van het opstalrecht is aangebracht in het gebouw dat in een appartementensplitsing is betrokken. In de praktijk is dit een veel voorkomend probleem bij het aanbrengen van een WKO (warmte/koude opslag) ten behoeve van een appartementencomplex. Ten aanzien van deze situatie geldt dat het ontbreken van de vereiste medewerking met zich brengt dat de vestiging van het opstalrecht niet geldig is. Als vervolgens de opstal wordt aangebracht, zal de opstal worden nagetrokken door de appartementengemeenschap en de appartementensplitsing worden ingetrokken. De opstal wordt door de natrekking eigendom van de gezamenlijke appartementseigenaars.

Een soortgelijke situatie doet zich voor als een appartementseigenaar, die bevoegd is tot het vestigen van een opstalrecht op zijn privé-gedeelte (voor een toekomstige opstal), een opstal aanbrengt in zijn privé-gedeelte op een moment dat is gelegen na de appartementensplitsing. Ook dan vindt natrekking van de opstal plaats. Omdat de opstal als gevolg daarvan gemeenschappelijk eigendom is van de gezamenlijke appartementseigenaars, is de appartementseigenaar van het individuele appartementenrecht niet beschikkingsbevoegd om daarvoor alsnog zelfstandig een opstalrecht te vestigen. De opstal maakt immers deel uit van de appartementengemeenschap. De appartementseigenaar kan daardoor niet meer rechten overdragen dan hij zelf heeft op grond van het nemo plus-beginsel.<sup>7</sup> De vestiging van het opstalrecht zonder de bedoelde medewerking is ook dan ongeldig.

Ten aanzien van de bestaande, in de appartementensplitsing betrokken opstallen heeft een appartementseigenaar van het begin af aan slechts mede-eigendom en is de appartementseigenaar deelgerechtigd. Ook dan is de appartementseigenaar beschikkingsonbevoegd en kan hij niet zelfstandig een opstalrecht vestigen.

De beschikkingsonbevoegdheid die bestaat door het ontbreken van de vereiste medewerking als hiervoor beschreven, wordt niet geheeld door art. 3:88 lid 1 BW omdat de onbevoegdheid niet voortvloeit uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht. De beschikkingsonbevoegdheid kan wel worden geheeld door bekrachtiging van deze vestiging door de onmiddellijk belanghebbenden (i.c. de andere appartementseigenaars en eventuele beperkt gerechtigden) als bedoeld in art. 3:58 BW, namelijk door alsnog de desbetreffende akte(n) mede te ondertekenen dan wel door daarvoor alsnog een notariële volmacht te verlenen.

In de praktijk zal dit een omslachtige oplossing zijn en het is ook maar de vraag of men ook van alle belanghebbenden ook de vereiste medewerking (alsnog) zal verkrijgen. Dit laatste is met name het geval als men van doen heeft met een grote VvE. Een alternatief kan gevonden worden in de vestiging van een erfpachtrecht op het privé-gedeelte, mits in de akte van splitsing niet is bepaald dat de appartementseigenaar daarvoor de medewerking nodig heeft van de andere appartementseigenaars en/of beperkt gerechtigden. Immers geldt ook voor de vestiging van het erfpachtrecht dat een appartementseigenaar dit recht alleen kan vestigen zonder de medewerking van de andere appartementseigenaars en/of beperkt gerechtigden, voor zover in de akte van splitsing niet anders is bepaald.

#### 5. Conclusie

Een opstalrecht kan door een appartementseigenaar niet alleen worden gevestigd op het privé-gedeelte van zijn appartementenrecht voor toekomstige opstallen, maar ook voor bestaande, in de appartementensplitsing betrokken opstallen indien de overige appartementseigenaars en beperkt gerechtigden daaraan hun medewerking verlenen. De bestaande opstallen kunnen niet alleen al aanwezig zijn geweest ten tijde van de appartementensplitsing, maar ook op een later moment de appartementensplitsing zijn ingetrokken, doordat de appartementseigenaar de opstal heeft aangebracht op een moment dat is gelegen na de appartementensplitsing.

7. J.J.H. Wijnmaalen, *Appartementenrecht en recht van opstal*, Vastgoedrecht 2007-3

De medewerking van de appartementseigenaars en eventuele beperkt gerechtigden voor de vestiging van een opstalrecht op grond van art. 5:118a BW indien deze is vereist, dient te blijken doordat zij zich verklaren. Het verdient aanbeveling deze medewerking in een schriftelijke verklaring vast te leggen en aan de opstalakte te hechten in geval van een opstalrecht voor een toekomstige opstal. Indien het de vestiging van een opstalrecht voor een bestaande opstal betreft, blijkt de medewerking uit de ondertekening dan wel de aanhechting van een notariële volmacht van de wijzigingsakte. Overigens kan dan ook het opstalrecht worden gevestigd ten laste van de gemeenschap, hetgeen wellicht de voorkeur verdient.

Indien de medewerking aan de vestiging van het opstalrecht conform art. 5:118a BW ontbreekt, brengt dit met zich dat de appartementseigenaar die het opstalrecht vestigt c.q. wil vestigen beschikkingsonbevoegd is. Deze beschikkingsonbevoegdheid kan worden geheeld als de andere appartementseigenaars en eventuele beperkt gerechtigden de vestiging van het opstalrecht bekrachtigen als bedoeld in art. 3:58 BW.

*Mw. mr. B.C. Mouthaan\**

---

\* Advocaat te Amsterdam en onderzoeker aan de TU Delft.  
([bertine.mouthaan@cms-dsb.com](mailto:bertine.mouthaan@cms-dsb.com))