

DE STICHTING TOT BEVORDERING DER NOTARIËLE WETENSCHAP

Rubriek onder verantwoordelijkheid van de Stichting

www.notarielestichting.nl



Waarde van de eigendom van een opstaller bij een eerder gevestigd hypotheekrecht op dezelfde onroerende zaak

1. Het hypotheekrecht is een rechtsfiguur met een sterke werking. Het dient er immers toe dat een schuldeiser zijn vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers kan verhalen op de goederen van diens schuldenaar en welke goederen daartoe aan het recht van hypotheek zijn onderworpen. Het is ook een beperkt recht en daarmee onderworpen aan de prior-tempore regel, zodat de rangorde tussen het hypotheekrecht en de andere beperkte rechten op dezelfde onroerende zaak wordt bepaald naar het moment waarop zij gevestigd zijn. Is het hypotheekrecht eerder gevestigd, dan neemt het ten opzicht van het later gevestigde beperkte recht een hogere rang in en kan de hypotheekhouder het later gevestigde recht negeren in geval van executie. Is het hypotheekrecht later gevestigd, dan neemt het andere beperkte recht een hogere rang in dan het hypotheekrecht. De rechthebbende van het andere beperkte recht kan zijn recht in dat geval dus tegenwerpen aan de hypotheekhouder.

2. Het hypotheekrecht heeft ook nog om een andere reden een sterke werking. Het strekt zich namelijk op grond van art. 3:227 lid 2 BW uit over al hetgeen de eigendom omvat. Ook veranderingen die worden aangebracht nadat het hypotheekrecht is gevestigd kunnen dus onder het hypotheekrecht komen te vallen en op die manier tot meerdere zekerheid strekken. De eigenaar c.q. hypotheekgever heeft de bevoegdheid deze veranderingen weg te nemen ingevolge het bepaalde in art. 3:266 BW (welke bevoegdheid overigens kan worden weggenomen door in de hypotheekakte het beding van niet-wegneming op te nemen).

3. In Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht viel mijn oog op een in dit verband opmerkelijke passage:¹

“Het ‘wegnemingsrecht’ komt ook toe aan de vruchtgebruiker, de opstaller en de erfpachter, die een hypotheek op hun beperkte recht hebben gevestigd. Men dient dit geval wel te onderscheiden van het geval dat het hypotheekrecht niet op het beperkte recht, maar op de ondergrond drukt. Een opstalrecht, gevestigd vóór het hypotheekrecht, voorkomt dat het hypotheekrecht zich uitstrekt over de onder het opstalrecht vallende opstallen. Op grond van art. 5:102 (bedoeld zal zijn art. 5:105 lid 2, BCM) is de opstaller bevoegd onverplicht aangebrachte of van de eigenaar tegen betaling overgenomen opstallen weg te nemen, tenzij dit in de akte van vestiging is uitgesloten. (zie nr. 672). De hypotheekhouder kan echter een jonger opstalrecht negeren. Zijn recht om als eigenaar de opstallen weg te nemen, kan de opstaller niet aan de oudere hypotheekhouder tegenwerpen, althans voor zover het opstallen betreft die al bij de vestiging van het opstalrecht aanwezig waren en toen van de eigenaar van de ondergrond zijn overgenomen. *Anders is te oordelen voor zover het opstallen betreft die door de opstaller zelf na verkrijging van zijn recht zijn gebouwd. Er bestaat met betrekking tot deze opstallen geen geldige reden om de hypotheekhouder ten koste van de bevoegdheid van de opstaller zijn eigendom weg te halen, een extra zekerheid te bieden (curs. BCM).*”

4. Hoe zit het in dit laatste geval dan met de prior-tempore regel? Anders gesteld, in hoeverre kan de hypotheekhouder het later gevestigde recht van opstal negeren? Als zou het in het geheel niet voor hem bestaan,

1. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 865.

zodat ook de later aangebrachte opstal onder het hypotheekrecht valt? Mijns inziens zou de prior-tempore regel zo moeten worden uitgelegd dat de hypotheekhouder geen nadeel hoeft te ondervinden van het later gevestigde opstalrecht aangezien de waarde die tot zekerheid strekt van de hypothecaire vordering ten minste dezelfde blijft als de waarde vóór de vestiging van het opstalrecht. Bovendien heeft de later aangebrachte opstal nooit tot de eigendom van de grondeigenaar behoord, zodat deze niet onder de werking van art. 3:227 lid 2 BW valt.

De opstaller verliest weliswaar zijn recht door zuivering (uitgaande van het geval dat de hypotheekhouder overgaat tot executie van het verhypothekerde goed zonder het recht van opstal),² maar hij behoudt de mogelijkheid zijn eigendom, te weten de door hem aangebrachte opstallen, vóór de executie weg te nemen. Overigens zal deze situatie alleen dan gunstig uitpakken als de opstallen in bepaalde mate verplaatsbaar zijn oftewel zonder schade van betekenis kunnen worden weggenomen en dus elders weer kunnen worden opgetrokken dan wel elders weer kunnen worden gepoot. Als voorbeeld kan het (tijdelijk) stallen van bloembollen in andermans grond worden genoemd.³

Ook Gerver schrijft over het wegnemingsrecht in relatie tot het hypotheekrecht, zij het in meer algemene bewoordingen:⁴

“Beperkt gerechtigden die lager in rang zijn dan de hypotheekhouder en huurders/pachters in strijd met het huurbeding kunnen soms een – eigen – ius tollendi aan de hypotheekhouder tegenwerpen: art. 3:123 en 124, io. art. 3:208 en 5:89 en art. 7A:1603 (art. 7.4.3.3 lid 2 en 7.5.6.6 lid 4).”

Opvallend is dat art. 5:105 BW ontbreekt in de rij met aangehaalde artikelen. Juist ook omdat dit artikel het wegnemingsrecht regelt bij het einde van het opstalrecht, het recht dat de natrekking als bedoelt in art. 5:20 lid 1 sub e en f BW doorbreekt. Men zou haast geneigd zijn aan te nemen dat op basis van voorgaande ook de andere beperkt gerechtigden en zelfs huurders en pachters een recht hebben dat de natrekking doorbreekt. Immers ook zij hebben, als niet anders is overeengekomen, de bevoegdheid weg te nemen wat door hen zelf of een rechtsvoorganger onverplicht is aangebracht of *zelfs* van de eigenaar tegen vergoeding van de waarde is overgenomen. Voor wat precies mag worden weggenomen zij verwezen naar de door Gerver aangehaalde artikelen. Daarbij komt nog merkwaardig genoeg dat de zaak waarop het recht van de beperkt gerechtigde, de huurder of de pachter betrekking had weer in de oude toestand zal moeten worden teruggebracht, dus ook in het geval zaken van de eigenaar tegen vergoeding zijn overgenomen. Derhalve afbreken, wegnemen en (weer) opbouwen.

Enige opheldering brengt Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht in nr. 672:

“Anders dan de erfpachter heeft de opstaller naar de aard van zijn (eigendoms)recht reeds de bevoegdheid tot tussentijdse afbraak van de opstal, door wie ook gebouwd of aangebracht en onafhankelijk van de vraag of dit verplicht dan wel onverplicht is geschied. Vandaar, dat hem een dergelijke bevoegdheid niet nadrukkelijk in de wet behoefde te worden gegeven zoals bij de erfpachter is gebeurd (art. 5:89 lid 3). Men kon volstaan met het scheppen van een mogelijkheid deze bevoegdheid te beperken (art. 5:102). Met de bevoegdheid tot wegnemen van de gebouwen, werken en beplantingen aan het einde van het opstalrecht is het echter anders gesteld. Deze bevoegdheid wordt elders geregeld en wel in art. 5:105. Het eerste lid van dat artikel bepaalt – eigenlijk ten overvloede – dat het einde van het opstalrecht ook het einde van de daardoor geschapen afwijkende zakenrechtelijke situatie meebrengt: de eigendom van de gebouwen, werken en beplantingen valt van rechtswege terug naar de grondeigenaar. Dit is een andere situatie dan bij erfpacht, waar de (uitgeholde) eigendom altijd bij de grondeigenaar is gebleven. De eigenaar herkrijgt dus bij het einde van het opstalrecht de eigendom. Een afbreken en wegnemen van gebouwen, werken of beplantingen door de voormalige opstaller zou nu een inbreuk op het recht van de eigenaar betekenen. Vandaar, dat hier wel een wetsbepaling nodig was. Art. 5:105 lid 2 geeft de opstaller een wegneemrecht met betrekking tot gebouwen, werken en beplantingen die door of zijn rechtsvoorganger onverplicht zijn aangebracht dan wel van de eigenaar tegen vergoeding zijn overgenomen. Zie ook art. 5:89 lid 3 bij erfpacht, waarover nr. 647. Was het een en ander door de opstaller verplicht aangebracht, dan kan hij aan het einde van zijn recht daarvan de waarde vergoed krijgen evenals bij erfpacht het geval is (art. 5:105 lid 2 jo. 99, zie wederom nr. 647).”

M.a.w. er vindt bij de vestiging van een recht van erfpacht geen doorbreking van de natrekking plaats en hetgeen door de erfpachter wordt aangebracht op hetgeen hij in erfpacht heeft, wordt eigendom van de grondeigenaar c.q. erfverpachter.

In art. 3:227 lid 2 BW zal bedoeld zijn de eigendom op dat moment (de hypotheekverlening) en van hetgeen later door de grondeigenaar zelf is aangebracht, dan wel ver-

2. Zie voor een dergelijke situatie met erfpacht: Mon. BW B12b (Huijgen), p. 66.

3. Vergelijk HR 10 december 1937, NJ 1938, 335.

4. P.H.M. Gerver, Het recht van hypotheek (2001), p. 70.

plicht is aangebracht door de (beperkt) gerechtigde van een gebruiksrecht of genotsrecht.⁵

Niettemin blijft merkwaardig dat ook andere (beperkt) gerechtigden dan de opstaller de bevoegdheid hebben weg te nemen wat door hen zelf of een rechtsvoorganger onverplicht is aangebracht of *zelfs* van de eigenaar tegen vergoeding van de waarde is overgenomen, nu zij daarvan niet de eigendom hebben.⁶ Het zou met het oog op het systeem en de functie van de (beperkte) rechten beter zijn geweest voor die gevallen te bepalen dat de waarde van deze opstallen vergoed wordt aan de gewezen (beperkt) gerechtigde. In ieder geval kunnen zij, indien er na de executie geld overblijft, een vergoeding krijgen krachtens art. 3:264 lid 7 c.q. 3:282 BW.

5. Geconcludeerd kan worden dat een opstalrecht dat is gevestigd na een hypotheekrecht op dezelfde onroerende zaak, ondanks de lagere rang volgens de prior-tempore regel, nut kan hebben. Dit is het geval indien de opstallen door de opstaller zelf na de verkrijging van zijn recht zijn

aangebracht, aangezien de opstaller dan de mogelijkheid behoudt zijn opstallen die hij krachtens zijn recht in eigendom heeft weg te nemen in geval de hypotheekhouder overgaat tot executie van het verhypothekteerde. Bovendien kan hij nog eventueel een schadevergoeding krijgen krachtens art. 3:282 BW.

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

-
5. Zie ook Parl. Gesch. Boek 3, p. 734: "De nieuwe redactie doet ook duidelijker uitkomen dat hypotheek niet slechts de bestanddelen van de verhypothekteerde zaak omvat, maar tevens die bij de zaak behorende objecten die daarvan weliswaar niet bestanddeel zijn doch wel onder de eigendom van de zaak vallen. men denke met name aan art. 5.3.1."
 6. Zie art. 5:20 lid 1 BW.

* Promovenda aan de Universiteit van Amsterdam en Legal Assistant voor de praktijkgroep Real Estate van een advocaten- en notarissenkantoor te Amsterdam.