

De (on)opzegbaarheid van een eeuwigdurend recht van erfpacht HR 27 april 2007, C05/299HR, LJN AZ9323

Inleiding

Het recht van erfpacht is een van de zakelijke rechten die kunnen bestaan op andermans onroerende zaak. Het geeft de erfpachter de bevoegdheid deze onroerende zaak te houden en te gebruiken. In de akte van vestiging kan volgens art. 5:85 lid 2 BW aan de erfpachter de verplichting worden opgelegd aan de eigenaar op al dan niet regelmatig terugkerende tijdstippen een geldsom – de canon – te betalen. Daarnaast kunnen partijen in de akte van vestiging de duur van de erfpacht regelen, aldus art. 5:86 BW, dus zelfs een eeuwigdurende erfpacht. Verder bepaalt art. 5:87 lid 1 BW dat een erfpacht door de erfpachter kan worden opgezegd, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald. Volgens de eerste volzin van het tweede lid van dit artikel kan een erfpacht door de eigenaar worden opgezegd, indien de erfpachter in verzuim is de canon over twee achtereenvolgende jaren te betalen of in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn andere verplichtingen. Bovendien kan, indien vijf en twintig jaren na de vestiging van de erfpacht zijn verlopen, de rechter op vordering van de eigenaar of de erfpachter de erfpacht wijzigen of opheffen op grond van onvoorziene omstandigheden, welke van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de akte van vestiging niet van de eigenaar of de erfpachter kan worden gevergd, aldus het bepaalde in art. 5:97 lid 1 BW. Maar de vraag is of het voorgaande ook geldt voor een ‘altoos durend’ recht van erfpacht dat is ontstaan bij akte van 15 maart 1741. Op die vraag heeft de Hoge Raad op 27 april 2007 antwoord gegeven.¹

Procesverloop en feiten

Bij exploit van 12 maart 2001 hebben eisers tot cassatie (hierna: eigenaren) verweersters in cassatie (hierna: erfpachters) gedagvaard voor de Rechtbank Rotterdam en primair gevorderd dat de erfpacht betreffende de in de dagvaarding nader omschreven grond te wijzigen door de jaarlijkse canon te verhogen tot een marktconform, althans redelijk, bedrag en subsidiair te verklaren voor recht dat de erfpacht eindigt, althans door opzegging zal eindigen. Erfpachters hebben de vordering bestreden en een voorwaardelijke eis in reconventie ingesteld. Bij vonnis van 3 oktober 2002 heeft de rechtbank de vordering afgewezen. Eigenaren hebben tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij het Hof Den Haag, welk hof bij arrest van 30 juni 2005 het vonnis van de rechtbank heeft bekrachtigd. Tegen het arrest van het hof hebben eigenaren vervolgens beroep in cassatie ingesteld.

Het onderhavige recht van erfpacht is ontstaan op grond van een akte van 15 maart 1741 waarbij een erfpachtsovereenkomst is gesloten tussen de respectievelijke rechtsvoorgangers van eigenaren en erfpachters. Het recht van erfpacht heeft betrekking op een perceel nabij de Brienoordbrug ter grootte van 71 are en 75 centiare. Volgens artikel 1 van de akte is de erfpacht ‘altoos durend en onaflosbaar’ en bedraagt de canon *f* 200 per jaar, welk bedrag erfpachters ook nu nog jaarlijks verschuldigd zijn en welk bedrag ook jaarlijks door hen is betaald.

Grondslag van de beslissing van de Hoge Raad

Ook in cassatie hebben eigenaren primair gevorderd dat de jaarlijkse canon wordt verhoogd tot een marktconform althans redelijk bedrag en subsidiair een verklaring voor recht dat de erfpacht eindigt of door opzegging zal eindigen. De Hoge Raad legt de conclusie van de (plaatsvervangend) procureur-generaal (hierna: P/G) aan haar beslissing ten grondslag. In die conclusie gaat de P/G uitvoerig in op de van toepassing zijnde bepalingen betreffende de opzegbaarheid van een recht van erfpacht in zijn oordeel.

Eigenaren trachten op grond van art. 5:97 lid 1 een beroep te doen om tot opzegging te kunnen komen van de eeuwigdurende erfpacht. Zij kunnen daar echter geen beroep op doen. In art. 169 Overgangswet NBW is bepaald dat een erfpacht die op het tijdstip van het in werking treden van de wet reeds bestond, niet uit hoofde van artikel 97 lid 1 van Boek 5 kan worden opgeheven en in de tweede volzin dat in geval van een vordering tot wijziging de rechter geen rekening mag houden met omstandigheden die zich vóór dit tijdstip hebben voorgedaan. Het bepaalde in art. 169 Overgangswet NBW bevat met andere woorden een uitzondering op de onmiddellijke werking van het sinds 1 januari 1992 geldende BW. De reden daarvoor is hierin gelegen dat volledige toepassing van deze nieuwe bepaling met haar zakenrechtelijke regeling van de ‘imprévision’, samenhangend met art. 6:258 BW, op reeds bestaande erfpachten niet wenselijk is geacht, omdat partijen bij de vestiging van de erfpacht niet met deze nieuwe bepaling rekening hebben kunnen houden (Parl. Gesch. Overgangswet, p. 147 en 143). Overigens is hetzelfde bepaald voor een reeds voor 1 januari 1992 bestaande voor een erfdienstbaarheid en voor een recht van opstal in art. 165 respectievelijk art. 171 Overgangswet NBW.

Maar door welk recht moeten de rechtsgevolgen van feiten die vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet zijn voorgevallen, dan worden beheerst? Door het oude of door het nieuwe recht? De P/G gaat daarvoor te rade bij Parlementaire Geschiedenis Overgangswet, p. 173-174:

‘Ook al houdt de algemene regel in onmiddellijke werking van het nieuwe recht, die regel wordt juist hier niet zonder terughoudendheid toegepast; zie aldus voor “verkregen rechten” artikel 69, met in het bijzonder de formulering van onderdeel d. Het gaat hier om een algemene vraag; voor de beantwoording daarvan heeft niet beslissend te zijn, of in een concreet geval het oude recht veel of weinig van het nieuwe afwijkt.

1. HR 27 april 2007, C05/299HR, LJN AZ9323.

De vraag welke gevolgen een wijziging van omstandigheden vóór 1 januari 1992 heeft, wordt voor zijn rechtsgevolgen tot die datum beheerst door het oude recht, in het bijzonder artikel 1374. Er is voor gekozen om vanaf die datum zulke voordien ingetreden wijzigingen van omstandigheden volgens gelijke maatstaven – onder het nieuwe recht vervat in artikelen als 6:2 en 6:248 – te beoordelen, en uit te sluiten van de toepassing van de artikelen 6:258-260, of de daarmee vergelijkbare bepalingen van het zakenrecht. Dat het oude recht zich in de richting van het nieuwe beweegt, is daarbij geen bezwaar, doch maakt de overgang des te gemakkelijker.

De conclusie van de P/G aangaande het voorgaande luidt dat de vraag of onvoorziene omstandigheden die zich hebben voorgedaan voor 1 januari 1992 kunnen leiden tot wijziging of wellicht zelfs tot opheffing van een voor 1 januari 1992 gevestigd recht van erfpacht, voor de rechtsgevolgen tot aan die datum moet worden beoordeeld aan de hand van de maatstaven als vervat in art. 1374 BW (oud) en voor de rechtsgevolgen na die datum aan de hand van de maatstaven als vervat in art. 6:2 en 6:248 BW, die onmiddellijke werking hebben.

In het onderhavige geval hebben eigenaren geen mededelingen gedaan over omstandigheden op of na 1 januari 1992, welke tot wijziging aanleiding geven.

Volledigheidshalve merkt de P/G nog het volgende op met betrekking tot de naar huidig en naar oud recht geldende mogelijkheid tot opzegging van de erfpacht:

‘Art. 166 Overgangswet bepaalt dat op een erfpacht, aangevangen vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet, art. 766 BW (oud) van overeenkomstige toepassing blijft (zij het dat de opzegging bij exploit moet geschieden). Art. 766 BW (oud) dat ingevolge art. 783 BW (oud) van overeenkomstige toepassing is op erfpacht, bepaalt dat indien geen bijzondere bedingen of bepalingen omtrent het eindigen van het recht van opstal gemaakt zijn, de eigenaar van de grond het opstalrecht kan doen ophouden, doch niet vroeger dan na verloop van dertig jaren. Als bijzonder beding omtrent het eindigen van het recht van erfpacht geldt het beding in de akte van vestiging dat de erfpacht “eeuwigdurend” en niet opzegbaar is. Daarnaast zijn vanaf hun inwerkingtreding art. 5:86 en de artt. 5:87 en 88 BW van toepassing op bestaande erfpachten; ook deze bepalingen blijven “eeuwigdurende” erfpacht mogelijk maken.’

Overigens is er in het overgangsrecht een soortgelijke bepaling betreffende de verbintenisrechtelijke *imprévision* van art. 6:258 BW opgenomen. In art. 195 Overgangswet NBW is namelijk bepaald dat in een geval van een vordering tot wijziging of ontbinding van een overeenkomst als bedoeld in art. 6:258 BW, de rechter bij de toepassing van deze bepalingen geen rekening houdt met een wijziging in

de omstandigheden die zich vóór de inwerkingtreding van de wet heeft voorgedaan. Dat wil dus zeggen dat ook in verbintenisrechtelijke verhoudingen onvoorziene omstandigheden die zich hebben voorgedaan voor 1 januari 1992 tot aan die datum moeten worden beoordeeld aan de hand van het bepaalde in het oude BW van 1838 en voor de rechtsgevolgen na die datum aan de hand van het bepaalde in het huidige BW.

Dat de werking van de redelijkheid en billijkheid niet alleen geldt voor verbintenisrechtelijke verhoudingen, maar ook voor goederenrechtelijke leidt de P/G onder meer af uit de arresten HR 26 januari 1979, NJ 1979, 452 m.nt. WMK, betreffende de goede trouw bij erfpacht c.q. een niet-contractuele verhouding en HR 26 maart 1999, NJ 1999, 446 betreffende verhoging van canon bij heruitgifte in erfpacht en uit de dissertatie van T.H.D. Struycken.² Wel wijken de *imprévision*-bepalingen gedeeltelijk af van de regeling in het overeenkomstenrecht, omdat de wetgever uitdrukkelijk rekening heeft gehouden met de grotere stabiliteit die in zakenrechtelijke verhoudingen door partijen en door derden mag worden verwacht.³ Deze afwijking bestaat voor het recht van erfpacht, alsmede voor het recht van opstal overeenkomstig art. 5:104 lid 2 BW, hierin dat de rechter pas bevoegd is tot wijziging of opheffing van het recht, indien 25 jaar na de vestiging ervan zijn verlopen.

De P/G komt voor het onderhavige geval kort samengevat tot de volgende conclusie. Voor de primaire vordering, de marktconforme canon, is art. 6:2 BW bepalend. Geoordeeld wordt dat de canon weliswaar door inflatie is gereduceerd tot een symbolisch bedrag, maar aangezien gedurende meer dan 250 jaar de canon is voldaan door de erf-pachters (en hun rechtsvoorgangers) aan de eigenaren (en hun rechtsvoorgangers), vormt dit een substantiële vergoeding voor de erfpacht. Dit oordeel is mijns inziens niet onredelijk als men bedenkt dat in de huidige tijd vaak grond in eeuwigdurende erfpacht wordt uitgegeven waarbij de canon ineens wordt betaald door middel van een afkoopsom.

Voor de subsidiaire vordering, de opzegging van het recht van erfpacht, is het bepaalde van het oud BW doorslaggevend. Volgens art. 766 BW (oud), dat ingevolge art. 783 BW (oud) van overeenkomstige toepassing is op erfpacht, kan de eigenaar van de grond het opstalrecht (lees: het recht van erfpacht) doen ophouden, doch niet eerder dan dertig jaren, indien geen bijzondere bedingen of bepalingen omtrent het eindigen van het recht van opstal (lees: het recht van erfpacht) doen ophouden. In de akte is opgenomen dat het recht van erfpacht eeuwigdurend *en onaflosbaar* is. Dit laatste vormt een bijzonder beding dan wel een bijzondere bepaling in de zin van art. 766 BW (oud), waarmee kracht wordt bijgezet dat het recht van erfpacht

2. Zie ook T.H.D. Struycken, De numerus clausus in het goederenrecht (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 738 voor wat betreft erfpacht.

3. Struycken 2007, p. 727; Parl. Gesch. Boek 5, p. 322.

eeuwigdurend is. Dit leidt er in het onderhavige geval toe dat het onderhavige eeuwigdurende recht van erfpacht onopzegbaar is.

Tot slot wil ik nog ingaan op het betoog van eigenaren dat altoosdurend en onaflosbaar niet betekent dat er nooit een wijziging kan worden aangebracht in de hoogte van de te betalen erfpachtcanon en dat de begrippen redelijkheid en billijkheid te dezen ten minste moeten meebrengen dat, indien eeuwig letterlijk eeuwig is, er *te allen tijde* een prijs betaald moet worden voor het gebruik van de grond *die recht doet aan de waarde van de grond*. Zulks wordt niet bepaald door art. 767 BW (oud) en volgens het in art. 5:85 lid 2 BW bepaalde, *kan* in de akte van vestiging aan de erfpachter de verplichting worden opgelegd aan de eigenaar op al dan niet regelmatig terugkerende tijdstippen een geldsom – de canon – te betalen, waarbij het om het even is wat de duur van het recht van erfpacht is.

*Mr. B.C. Mouthaan,
promovenda aan de Universiteit van Amsterdam en Legal
Assistant voor de praktijkgroep Real Estate van DLA Piper
Nederland N.V.*