

## 2.1 OVERDRAAGBAARHEID VAN VASTGOED ALS WETTELIJK UITGANGSPUNT

11. Art. 3:83 lid 1 BW opent de wettelijke regeling van de overdracht met de bepaling: "Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen overdracht verzet." Aangezien vastgoed bestaat uit eigendom van onroerende zaken en de beperkte rechten waaraan die zaken – direct of indirect – zijn onderworpen, betekent deze regel dat vastgoed in principe overdraagbaar en daarmee vrij verhandelbaar is, behoudens de genoemde uitzonderingen. Zie over de inhoud van de term vastgoed Heyman & Bartels 2012, hoofdstuk 1. In dit hoofdstuk gaat het met name over die uitzonderingen: wanneer is vastgoed niet of slechts beperkt overdraagbaar en in welke gevallen kan de overdraagbaarheid van een op zichzelf overdraagbaar vastgoed door de rechthebbende worden beperkt?

12. Overdraagbaarheid is een goederenrechtelijke eigenschap van een goed en daarmee tevens van dwingend recht. Als een goed ingevolge art. 3:83 lid 1 BW overdraagbaar is, kan de mogelijkheid van overdracht door de rechthebbende niet worden uitgesloten, althans niet met goederenrechtelijk effect. Hetzelfde geldt voor beperking van de overdraagbaarheid – hoe gering ook – bijvoorbeeld door deze afhankelijk te maken van de toestemming van een derde. Het omgekeerde geldt eveneens: als een goed onoverdraagbaar is, kan het niet door de rechthebbende overdraagbaar worden gemaakt.

Uitsluiting of beperking van overdraagbaarheid van vastgoed is alleen bestaanbaar als de wet dat bepaalt of de mogelijkheid daartoe opent, zoals het geval is in art. 5:91 BW ten aanzien van de mogelijkheid om overdracht van erfpacht afhankelijk te maken van toestemming door de grondeigenaar. Deze en andere wettelijke uitzonderingen op de overdraagbaarheid van eigendom en beperkte rechten behandelen wij in de volgende paragraaf.

Lid 2 van art. 3:83 BW bevat een uitzondering voor vorderingsrechten. Die kunnen, anders dan eigendom en beperkte rechten, wel door een partijbeding onoverdraagbaar worden gemaakt. De vraag kan rijzen of partijen met een dergelijk beding inderdaad de goederenrechtelijke of alleen de obligatoire onmogelijkheid van overdracht hebben bedoeld. Door de Hoge Raad is beslist dat bij de uitleg van een dergelijk beding het

uitgangspunt moet zijn dat slechts een obligatoire werking is bedoeld. De bedoeling om de vordering ook goederenrechtelijk onoverdraagbaar te maken, moet duidelijk blijken. Zie HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682 (Coface/Intergamma). Bij vastgoed kan de overdraagbaarheid van vorderingen een rol spelen bij optie- en voorkeursrechten. Ook hier staat overdraagbaarheid voorop; het tegendeel is mogelijk, maar wordt niet voorondersteld. De bewijslast rust op de partij die beweert dat het desbetreffende recht onoverdraagbaar is. Zie Hof Arnhem 3 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN3036. Ook met betrekking tot een recht op levering van vastgoed kan bedongen worden dat het niet kan worden overgedragen of verpand.

Art. 3:83 BW bevat een regel van goederenrecht. De bepaling staat in beginsel niet in de weg aan beperking van de mogelijkheid om vastgoed te vervreemden of te bezwaren langs de omwegen van het verbintenissen- of rechtspersonenrecht. In paragraaf 2.3 van dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de rechtsgevolgen van overdracht in strijd met dergelijke indirecte overdraagbaarheidsbeperkingen. In die paragraaf zal tevens aandacht worden besteed aan de vraag of er grenzen zijn aan de mogelijkheden om zodanige beperkingen rechtsgeldig tot stand te brengen. Art. 3:83 BW bevat een beginsel van algemeen vermogensrecht dat de grondslag vormt van ons economisch bestel. Specifieke toepassingen van het in art. 3:83 lid 1 BW verwoorde uitgangspunt dat vermogen in beginsel overdraagbaar behoort te zijn, zijn ook elders in de wet terug te vinden, zoals in art. 2:87 lid 1 BW, art. 2:195 lid 5 BW, art. 3:6 BW, art. 4:45 lid 2 BW en art. 6:252 lid 5 BW. Het de facto onoverdraagbaar maken van een goed kan ongeldig zijn wegens strijd met dit algemene beginsel van ons vermogensrecht.

In paragraaf 2.4 wordt ingegaan op de oude kwestie, die opnieuw in de belangstelling is gekomen door het Novitaris-arrest (HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831), in hoeverre rechtens aanvaardbaar is dat een obligatoire of statutaire beperking, die volgens het burgerlijk recht alleen tot een *niet mogen* overdragen kan leiden, de facto toch tot een *niet kunnen* overdragen leidt doordat de notaris weigert aan een overdracht in strijd met zo'n beperking zijn medewerking te verlenen, zonder welke medewerking de handeling niet kan worden verricht.

## 2.2 WETTELIJKE UITZONDERINGEN OP DE OVERDRAAGBAARHEID VAN VASTGOED

### 2.2.1 Inleiding

13. Het uitgangspunt dat eigendom en beperkte rechten overdraagbaar zijn, moet wijken als de wet of de aard van het recht zich tegen overdracht verzet (art. 3:83 lid 1 slot BW).

Een onthullende mededeling van de wetgever is dit op zichzelf niet. Vanzelfsprekend kan de wet op haar eigen uitgangspunt uitzonderingen toelaten. De tegenstelling tussen de 'wet' en 'de aard van het recht' is overigens niet scherp, aangezien de aard van het

recht ook berust op de wet. De bedoeling is om aan te geven dat uitzonderingen op de overdraagbaarheid met goederenrechtelijk effect alleen bestaanbaar zijn als zij een duidelijke wettelijke basis hebben. Dat kan het geval zijn doordat de wet dat met zoveel woorden bepaalt ofwel doordat dit meer indirect volgt uit de eigenschappen die blijken de wet aan een goed toekomen.

Met 'de wet' in art. 3:83 BW wordt bedoeld een uitdrukkelijke wetsbepaling waarin de mogelijkheid van overdracht wordt beperkt of zelfs geheel wordt uitgesloten. Het moet gaan om een wet in formele zin, maar het hoeft geen privaatrechtelijke wet te zijn; het kan eveneens gaan om publiekrechtelijke wetgeving, bijvoorbeeld de Wet voorkeursrecht gemeenten (Wvg), die hierna nog aan de orde komt.

Voorbeelden van dergelijke wetsbepalingen die betrekking hebben op vastgoed zijn overigens betrekkelijk schaars. In het navolgende zullen wij er een aantal bespreken die in de vastgoedpraktijk met zekere regelmaat een rol spelen. Naar volledigheid wordt hierbij niet gestreefd. Daarna behandelen wij de gevallen waarbij de beperking van de overdraagbaarheid voortvloeit uit de aard van het recht.

#### 14. Wettelijke uitzonderingen op het beginsel van onbeperkte overdraagbaarheid van vastgoed komen in verschillende varianten en gradaties van beperking voor.

Sommige beperkingen vloeien rechtstreeks voort uit de wet (bijvoorbeeld art. 3:226 BW en art. 10 Wvg; in andere gevallen biedt de wet alleen aan partijen de mogelijkheid om een overdraagbaarheidsbeperking met goederenrechtelijke werking overeen te komen (bijvoorbeeld art. 5:91 BW). Een enkele keer wordt overdracht ook definitief geblokkeerd, zoals bij de rechten van gebruik en bewoning (art. 3:226 lid 3 BW), maar in de meeste gevallen geldt de blokkering alleen zolang niet aan bepaalde voorwaarden is voldaan, bijvoorbeeld dat toestemming is verleend of dat van een gemeentelijk voorkeursrecht geen gebruik is gemaakt. Bovendien gaat het veelal niet om het beperken van iedere vorm van beschikken, maar alleen om bepaalde beschikkingshandelingen, bijvoorbeeld alleen overdracht, verdeling en het vestigen van beperkte genotsrechten, terwijl bezwaring met hypotheek en uitwinning door schuldeisers wel gewoon mogelijk zijn. Aldus is bijvoorbeeld het geval bij het voorkeursrecht van de gemeente (art. 1 letter f Wvg).

#### 2.2.2 *Absolute en relatieve onoverdraagbaarheid en de verhouding tot beschikkingsonbevoegdheid*

15. Voordat de afzonderlijke wetsbepalingen die beperkingen bevatten van de mogelijkheid om vastgoed te vervreemden en te bezwaren worden besproken, willen wij een ogenblik stilstaan bij de verhouding tussen onoverdraagbaarheid en beschikkingsonbevoegdheid. Een dergelijke beperking kan immers eveneens het gevolg zijn van beperking van de beschikkingsonbevoegdheid van de rechthebbende zonder dat van enigerlei vorm van onoverdraagbaarheid van het vastgoed sprake

is. Zo kan een failliet niet beschikken over de goederen die hem toebehoren zonder dat die goederen door het faillissement onoverdraagbaar zijn geworden. Niet steeds blijkt uit een wetsbepaling (duidelijk) of het in een geval van niet kunnen beschikken gaat om een geval van onoverdraagbaarheid of van beschikkingsonbevoegdheid, zoals bij het gemeentelijk voorkeursrecht van art. 10 Wvg en de beperking van de beschikkingsmogelijkheid van een deelgenoot als bedoeld in art. 3:175, 3:190 en 3:191 BW.

16. In theorie is het onderscheid tussen beide overdrachtsbeperkingen simpel te maken. (On)overdraagbaarheid is een eigenschap van het goed, beschikkings(on)bevoegdheid heeft betrekking op de persoon van de overdrager. Bij beschikkingsbevoegdheid gaat het om de vraag *wie kan beschikken*, niet om de vraag *of kan worden beschikt*.

Bij een uitzondering op de overdraagbaarheid gaat het erom dat beschikken, of een bepaald type beschikking, *überhaupt niet mogelijk* is. Aan de vraag wie die beschikkingshandeling zou kunnen verrichten, komt men dan eenvoudigweg niet toe. Overdraagbaarheid in de zin van art. 3:83 BW vormt "het toegangskaartje tot art. 3:84 BW", aldus S.E. Bartels, WPNR 2001/6440, p. 320.

Dit neemt niet weg dat niet altijd duidelijk is welke belemmering voor overdracht in een bepaald wetsartikel wordt bedoeld en waaruit die bedoeling kan worden afgeleid. Daar komt bij dat beide begrippen soms met elkaar worden vereenzelvigd. Dit is bijvoorbeeld het geval in de Algemene Opmerkingen in de Toelichting Meijers bij Boek 5 BW (Parl. Gesch. BW Boek 5, p. 4), waar onder punt 5 wordt opgemerkt: "De regel dat zakelijke rechten door een beding niet *onoverdraagbaar* kunnen worden gemaakt in dier voege, dat de gerechtigde bij een overdracht als *beschikkingsonbevoegd* zou gelden, geeft het ontwerp in art. 3.4.2.1 (art. 3:83)" (onze curs.; HH/SB/VT). Vergelijk ook HR 9 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2891, NJ 2000/688, waar in r.o. 4.2.1 wordt overwogen "dat de strekking van de Wet voorkeursrecht gemeenten is om, in de woorden van art. 6:252 lid 5 BW, een rechthebbende te beperken in zijn *bevoegdheid* een zaak te vervreemden (...). Door deze strekking maakt de wet een uitzondering op het in art. 3:83 lid 1 BW verwoorde beginsel dat eigendom en zakelijke rechten – vrij – overdraagbaar zijn (...)" (onze curs.; HH/SB/VT). Zie kritisch over deze formulering S.E. Bartels (WPNR 2001/6440, noot 15), die schrijft: "Het was beter geweest als de Hoge Raad had gezegd dat de vervreemder was beperkt in de mogelijkheid over het goed te beschikken." Het gaat in art. 3:83 BW inderdaad om de (on)mogelijkheid, en in art. 3:84 BW om de (on)bevoegdheid om te beschikken. Het begrip beschikkings(on)bevoegdheid dient om onderscheid te kunnen maken tussen personen die wel en personen die niet een bepaalde beschikkingshandeling kunnen verrichten. Zie hoofdstuk 3, nrs. 39-41. Bij onoverdraagbaarheid kan niemand beschikken. Het is op zichzelf niet onjuist om te zeggen dat dan iedereen, en dus ook de rechthebbende, beschikkingsonbevoegd is. Het nadeel van die woordkeuze is echter dat de genoemde functie van het begrip beschikkingsbevoegdheid – het onderscheid kunnen maken tussen personen die wel en die niet

bevoegd zijn – daarbij niet meer aan de orde is. Het begrip wordt dan in een oneigenlijke betekenis gebruikt, wat niet bijdraagt aan heldere begripsvorming.

17. Het onderscheid tussen onoverdraagbaarheid en beschikkingsonbevoegdheid ligt evenwel subtieler dan hiervoor zo ‘eenvoudig’ is voorgespiegeld. Met het oog op de rechtsgevolgen van onoverdraagbaarheid dient naar onze mening een onderscheid te worden gemaakt tussen absolute en relatieve onoverdraagbaarheid. Van absolute onoverdraagbaarheid spreken we als overdracht volstrekt is uitgesloten, zoals bijvoorbeeld bij de rechten van gebruik en bewoning of bij een afhankelijk recht (los van het hoofdrecht). Een levering van zo’n absoluut onoverdraagbaar goed mist ieder effect en kan ook niet door bekrachtiging, derdenbescherming of verjaring worden geheeld. Aan de vraag of voldaan is aan de vereisten van art. 3:84 BW, komt men hier niet toe. Van relatieve onoverdraagbaarheid spreken we als de onoverdraagbaarheid kan worden opgeheven door het verlenen van toestemming (bijvoorbeeld in geval van art. 5:91 BW) of doordat van een voorkeursrecht geen gebruik wordt gemaakt (bij de Wvg). In deze gevallen is de onoverdraagbaarheid slechts betrekkelijk. Deze vorm van onoverdraagbaarheid ligt dichterbij beschikkingsonbevoegdheid. Hij wordt daar ook niet altijd duidelijk van onderscheiden. Wij pleiten ervoor om de rechtsgevolgen van relatieve onoverdraagbaarheid in beginsel gelijk te stellen aan die van beschikkingsonbevoegdheid. Als iemand wel kan overdragen, mits met toestemming van een derde, is niet vanzelfsprekend dat het gaat om de eigenschap van het goed en niet om de onbevoegdheid van een persoon. De onmogelijkheid die enkel afhangt van de wilsverklaring van een persoon in wiens belang de overdrachtsbeperking is gegeven, tendert sterk naar een vorm van onbevoegdheid (“zonder mijn toestemming mag jij dat niet”). Bij relatieve onoverdraagbaarheid van vastgoed achten wij derdenbescherming, bekrachtiging en verkrijging door verjaring niet principieel uitgesloten. De gelijkstelling van de gevolgen van relatieve onoverdraagbaarheid en beschikkingsonbevoegdheid levert het praktische voordeel op dat de vraag welke overdrachtsbeperking zich voordoet, kan blijven rusten.

18. Niet goed valt in te zien waarom een levering die nietig is door het ontbreken van de daarvoor vereiste toestemming (bijvoorbeeld in het geval van art. 5:91 BW) niet door het alsnog verlenen van die toestemming zou kunnen worden bekrachtigd op dezelfde wijze als later intredende beschikkingsonbevoegdheid het aanvankelijk ontbreken daarvan kan helen. Vergelijk Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/224. En waarom zou de verkrijging later niet alsnog tot stand kunnen komen door verjaring? Bij vastgoed is bescherming tegen het bestaan van een toestemmingsvereiste weliswaar niet goed denkbaar, maar wel kan derdenbescherming aan de orde zijn als bijvoorbeeld de grondeigenaar het vertrouwen heeft gewekt dat er toestemming is verleend (art. 3:36 BW).

19. Het verschil in rechtsgevolg tussen onoverdraagbaarheid en beschikkingsonbevoegdheid wordt gewoonlijk vooral gevonden in de toepasselijkheid van de regels van derdenbescherming. Als de ongeldigheid van de overdracht het gevolg is van beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, dan kan de verkrijger onder omstandigheden daartegen worden beschermd door art. 3:86 en 3:88 BW. Zie over derdenbescherming uitgebreid hoofdstuk 13. Tegen ongeldigheid van een overdracht wegens onoverdraagbaarheid bestaat een dergelijke bescherming niet.

Een ander verschil is dat voor splitsing in appartementsrechten beschikkingsbevoegdheid wel is vereist, maar overdraagbaarheid niet. Wij wezen er hiervoor (in nr. 9) al op dat splitsen van een onoverdraagbaar goed juridisch op zichzelf wel mogelijk is, maar praktisch zinloos, omdat de appartementsrechten als aandelen in een onoverdraagbaar goed op hun beurt ook weer onoverdraagbaar zijn.

Uiteindelijk is er met betrekking tot vastgoed praktisch gezien nauwelijks verschil in rechtsgevolgen tussen relatieve onoverdraagbaarheid en beschikkingsonbevoegdheid, en is het onderscheid voornamelijk van rechtssystematisch belang. Wilen we toch weten of we van doen hebben met een uitzondering op het beginsel van de vrije overdraagbaarheid van art. 3:83 lid 1 BW of met een geval van beschikkingsonbevoegdheid, dan kan als indicatie daarvoor dienen de omstandigheid dat de beschikkingsbeperking zich na een geslaagde overdracht bij de verkrijger herhaalt. Als elke verkrijger na vervreemding opnieuw aan dezelfde beperking is onderworpen, de beperking is repetitief, dan kan dat worden gezien als een aanwijzing dat die beperking meer betrekking heeft op (de aard van) het goed dan op de persoon die de beschikkingshandeling verricht. Eveneens een aanwijzing voor onoverdraagbaarheid is als de beschikkingsbeperking ook geldt bij uitwinning door schuldeisers. We benadrukken dat het hier slechts om indicaties gaat en niet om harde vereisten.

20. Onze benadering van relatieve onoverdraagbaarheid heeft – in een wat vergezocht geval – toch gevolgen voor de toepassing van derdenbeschermingsbepalingen. De vraag kan zich voordoen of onoverdraagbaarheid tevens onbevoegdheid inhoudt. Dat doet zich voor bij de toepassing van art. 3:88 BW, als in dat kader moet worden beoordeeld of de ongeldigheid van een vroegere overdracht het gevolg was van de *onbevoegdheid* van de toenmalige vervreemder. Neem de volgende casus: A draagt zijn erfpachtrecht over aan B. In de leveringsakte is vermeld dat daarvoor de toestemming is vereist van de eigenaar, X, en dat die toestemming is verleend (art. 5:91 lid 1 BW). B financiert de aankoop met een lening waarvoor hypotheek wordt verleend op het erfpachtrecht ten behoeve van C. Vervolgens blijkt dat de vermelding van de verleende toestemming onjuist is. Vast komt te staan dat X nimmer toestemming voor de overdracht A-B heeft gegeven. Die overdracht is daardoor niet tot stand gekomen. Hetzelfde geldt voor de hypotheek van C wegens de beschikkingsonbevoegdheid van B. X is niet bereid om de toestemming alsnog te verlenen, zodat de overdracht en de hypotheekverlening niet bekrachtigd worden. C stelt nu dat de hypotheek toch geldig is, met een beroep op

art. 3:88 BW. Hij is te goeder trouw ten aanzien van de toestemmingskwestie; de onbevoegdheid van B vloeit voort uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht (A-B), welke ongeldigheid niet het gevolg is van de beschikkingsonbevoegdheid van A, maar van de onoverdraagbaarheid van de erfpacht zonder de toestemming van X. Eigenaar X daarentegen is van mening dat A wel degelijk (ook) beschikkingsonbevoegd was, omdat moeilijk kan worden volgehouden dat wie niet *kan* beschikken daartoe wel bevoegd is. Wij geven de voorkeur aan laatstbedoelde benadering. De relatieve onoverdraagbaarheid wordt hier dus gelijkgesteld met beschikkingsonbevoegdheid, wat leidt tot de conclusie dat een succesvol beroep door C op art. 3:88 BW niet mogelijk is. In een geval van absolute onoverdraagbaarheid komt men aan deze kwestie überhaupt niet toe, omdat de ongeldigheid van de tweede beschikking het directe gevolg is van de onoverdraagbaarheid. Terzijde merken we op dat C in het genoemde geval – afhankelijk van de concrete omstandigheden – zijn toevlucht kan zoeken tot art. 3:26 BW. Wanneer echter levering A-B en vestiging B-C gelijktijdig worden ingeschreven, lijkt dit geen kansrijke route te zijn.

Dezelfde vraag kan zich voordoen bij een levering door A aan B in strijd met het voorkeursrecht van gemeente X, gevolgd door hypotheekverlening door B ten behoeve van bank C, aangenomen dat het voorkeursrecht leidt tot (relatieve) onoverdraagbaarheid (daarover meer in nr. 21). Zie ook A.J.P. Schild, WPNR 2009/6788, die meent dat de hypotheekhouder (C) beschermd kan worden door art. 3:88 BW als de overdracht A-B ongeldig is wegens onoverdraagbaarheid, terwijl dat niet zou kunnen als de ongeldigheid het gevolg zou zijn van beschikkingsonbevoegdheid van A. Volledigheidshalve merken we op dat in het toen aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van de Wvg in art. 2 lid 2 was opgenomen dat het voorkeursrecht tot beschikkingsonbevoegdheid leidde. Wij delen de visie van Schild niet. Naar onze mening is bescherming van C op grond van art. 3:88 BW sowieso niet aan de orde, ongeacht de koppeling van het voorkeursrecht aan de overdraagbaarheid of de beschikkingsonbevoegdheid, aangezien we de rechtsgevolgen van relatieve onoverdraagbaarheid gelijkstellen aan de rechtsgevolgen van beschikkingsonbevoegdheid. Voor de toepassing van art. 3:26 BW geldt hetzelfde als hiervoor: bij gelijktijdige inschrijving is bescherming niet aan de orde.

### 2.2.3 *Beperking van overdraagbaarheid door een wetsbepaling*

21. Als voorbeelden van gevallen waarin door een bijzondere wetsbepaling een uitzondering wordt gemaakt op het beginsel van vrije overdraagbaarheid als bedoeld in art. 3:83 lid 1 BW noemen wij de volgende wetsartikelen:

*a. Art. 3:226 lid 4 BW: de rechten van gebruik en bewoning.* Het artikellid bepaalt dat deze rechten, die een variant zijn van het recht van vruchtgebruik, door de rechtshabende niet kunnen worden vervreemd of bezwaard. De bepaling is een schoolvoorbeeld van onoverdraagbaarheid.

Het betreft een van de zeldzame gevallen waarbij iedere mogelijkheid van overdracht of bezwaring met beperkte rechten geheel en al ontbreekt. Zie voor een ander geval art. 4:23 lid 5 BW inzake het vruchtgebruik van de (stief)ouder (zie nr. 22). De bepaling verbiedt zelfs ook het laten gebruiken van de zaak waarop het recht – direct of indirect – betrekking heeft door een ander dan de rechthebbende zelf. De rechten van gebruik en bewoning hebben indirect betrekking op een zaak als zij zijn gevestigd op een ander beperkt recht, bijvoorbeeld een recht van erfpacht of opstal. Gelet op het hoogstpersoonlijke karakter van deze rechten zal moeten worden aangenomen dat zij evenmin vatbaar zijn voor uitwinning door schuldeisers. Splitsing in appartementsrechten zal op zichzelf wel mogelijk zijn, maar mist praktische betekenis, aangezien de ontstane appartementen niet vatbaar voor vervreemding of bezwaring zullen zijn.

*b. Art. 5:117 BW: goederen die in een appartementensplitsing zijn betrokken.* Hiervan is bepaald dat deze niet kunnen worden overgedragen, verdeeld, bezwaard of uitgewonnen.

Op deze absolute onoverdraagbaarheid bestaan enkele uitzonderingen. Zo bevat het vierde lid van art. 5:117 BW de mogelijkheid dat een in de splitsing betrokken goed door de gezamenlijke appartementseigenaars wordt belast met een erfdienstbaarheid.

Daarnaast wijzen we op het geval bedoeld in art. 5:114 lid 2 BW dat meer goederen in een splitsing zijn betrokken, terwijl op enkele – maar niet op alle – een beslag of hypotheek van een derde rust. In dat geval kan uitwinning door de beslaglegger of de hypotheekhouder leiden tot overdracht van die goederen die daardoor aan de splitsing worden onttrokken. Het betreft hier overigens een wat atypisch geval, omdat door een appartementensplitsing de daarin betrokken rechten – eigendom, erfpacht of opstal – worden getransformeerd in andere rechten, te weten appartementsrechten. De oorspronkelijke rechten leiden zolang de splitsing duurt een sluimerend bestaan. Reeds om die reden is het begrijpelijk dat daarover niet goederenrechtelijk kan worden beschikt. Eveneens is begrijpelijk dat de prioriteitsregel van het goederenrecht meebrengt dat de appartementensplitsing geen afbreuk kan doen aan tevoren reeds bestaande beperkte rechten die rusten op de te splitsen goederen. Voor genotsrechten bepaalt art. 5:114 lid 3 BW dat deze ondanks de splitsing ongewijzigd voortduren. Voor hypotheek en beslag, die (kunnen) leiden tot vervreemding door executoriale verkoop, is bepaald dat die rechten na splitsing van de goederen waarop zij betrekking hebben komen te rusten op de appartementsrechten waarin die goederen zijn getransformeerd. Alleen in het geval niet alle goederen die in de splitsing zijn betrokken met hypotheek of beslag zijn bezwaard, is de uitzondering van toepassing dat die goederen door executieverkoop aan de splitsing kunnen worden onttrokken.

Ten slotte kan ingevolge art. 5:118 en 5:118a BW het gedeelte van een in de splitsing betrokken goed dat is bestemd voor uitsluitend gebruik door een appartementseigenaar, worden bezwaard met een erfdienstbaarheid, een recht van erfpacht of een recht van opstal; een regeling die voortkomt uit de gedachte dat deze rechten alleen kunnen



worden gevestigd op een zaak en dus niet op een appartementsrecht, hoewel daarbij veelal sprake is van een aandeel in een zaak. Een extra eigenaardigheid hierbij is dat zakelijke rechten gevestigd kunnen worden op een onzelfstandig deel van een zaak. Zie voor kritiek op deze weinig fraaie dogmatische structuur H.W. Heyman, in: Vast en Goed (Van Velten-bundel) 2003, p. 77 e.v.

*c. Art. 5:91 BW: het recht van erfpacht.* De bepaling maakt het mogelijk om in de akte van erfpacht een beding op te nemen dat de erfpacht niet kan worden overgedragen of bij verdeling van een gemeenschap kan worden toegedeeld zonder toestemming van de grondeigenaar (lid 1). Op gelijke wijze kan ook de (verticale) opsplitsing van het erfpachtrecht door overdracht of toedeling van gedeelten van de in erfpacht uitgegeven grond aan de toestemming van de grondeigenaar worden gebonden (lid 2). Ten slotte is een derde lid toegevoegd waarin is bepaald dat een toestemmingsbeding als bedoeld in lid 1 en 2 ook kan worden gemaakt ten aanzien van de appartementsrechten waarin het erfpachtrecht (horizontaal) wordt gesplitst. Voor het (zelfstandige) recht van opstal geldt op grond van art. 5:104 lid 2 BW precies hetzelfde regime. Ter wille van de leesbaarheid beperken we ons tot het erfpachtrecht.

De werking van de hier toegelaten uitzonderingen op de vrije overdraagbaarheid van art. 3:83 lid 1 BW is op verschillende wijzen beperkt:

- Zij gelden niet bij overdracht die het gevolg is van een executie door schuldeisers (art. 5:91 lid 1 slot).
- Zij zijn blijkens de tekst en de wetsgeschiedenis van art. 5:91 BW beperkt tot overdracht en toedeling en gelden dus niet voor de vestiging van beperkte rechten van hypotheek en vruchtgebruik (Parl. Gesch. BW Boek 5, p. 313). Hetzelfde geldt voor het vestigen van een erfdienstbaarheid (art. 5:84 BW) of een ondererfpachtrecht (art. 5:93 BW), zij het dat volgens die bepalingen niet de erfpacht wordt bezwaard, maar de onderliggende eigendom/zaak. Aan bedingen die ook bezwaring van de erfpacht met beperkte rechten aan toestemming van de grondeigenaar verbinden, hetgeen in de praktijk regelmatig voorkomt, komt alleen obligatoire maar geen goederenrechtelijke werking toe. Vervreemding of verkaveling via het vestigen van ondererfpacht blijft mogelijk, maar de mogelijkheid daarvan kan wel worden uitgesloten (art. 5:93 lid 1 BW).
- De toestemming voor overdracht of toedeling mag door de eigenaar niet zonder redelijke gronden worden geweigerd (art. 5:91 lid 4 BW).

Er bestaat van oudsher behoefte aan de mogelijkheid voor de eigenaar – meestal een gemeente – om invloed te kunnen uitoefenen op de persoon van de erfpachter en om verkaveling van de in erfpacht uitgegeven grond te kunnen tegengaan. Uit de wetsgeschiedenis blijkt duidelijk dat de wetgever hier een uitzondering heeft gemaakt op de hoofdregel van art. 3:83 lid 1 BW dat beperking van de overdraagbaarheid door partijen

niet met goederenrechtelijk effect kan worden bedongen. Zie Parl. Gesch. BW Boek 5, p. 312-313. Dat hier geen sprake is van (enkel) beschikkingsonbevoegdheid, maar van relatieve onoverdraagbaarheid staat daarmee buiten kijf. Bovendien ontleent het beding zijn goederenrechtelijke werking aan het feit dat het deel uitmaakt van de erfpacht als zakelijk recht. Het is daarmee een eigenschap van dat recht. Ook het feit dat de verkrijger opnieuw gebonden is aan het toestemmingsvereiste wijst daarop.

Dat het toestemmingsbeding ex art. 5:91 BW de overdraagbaarheid van het erfpachtrecht beperkt en niet aangrijpt op de beschikkingsonbevoegdheid van de rechthebbende, wordt thans vrij algemeen aangenomen. Zie Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht* 2017/677; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht* 2019/109; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/224; Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen, *Hartkamps Compendium van het vermogensrecht* 2017/134. In Ploeger & Bounjouh, *Erfpacht en opstal* (Mon. BW nr. B28) 2019/36 en in Hijma/Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht* 2017/245 wordt het standpunt ingenomen dat het toestemmingsbeding de beschikkingsonbevoegdheid van de erfpachter beperkt.

Bij de uitleg van een in de akte opgenomen toestemmingsbeding geldt niet de uitlegregel die de Hoge Raad in het arrest Coface/Intergamma (HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682) heeft geformuleerd met betrekking tot 'onoverdraagbaarheidsbedingen' bij vorderingen (zie nr. 12). In de eerste plaats omdat het hier gaat om de uitleg van een beding dat is opgenomen in een in de openbare registers ingeschreven notariële akte en dat onderdeel uitmaakt van het erfpachtrecht. Daarom geldt de objectieve uitlegmaatstaf van het arrest Eelder Woningbouw/Van Kammen (HR 8 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8901, NJ 2001/350). Daarnaast menen wij dat – gelet op de ratio van het toestemmingsbeding – juist voorop zal staan dat partijen met het beding in de erfpachtakte goederenrechtelijke werking beogen. Zie R. Mellenbergh, *MvV* 2016/9.

In een latere fase van de wetsgeschiedenis is alsnog in een toegevoegd derde lid bepaald dat het mogelijk is om de bedingen bedoeld in het eerste en het tweede lid ook te maken ten aanzien van de appartementsrechten waarin het erfpachtrecht wordt gesplitst, zie Parl. Gesch. BW Inv. Boek 5, p. 1073-1074. Voor zo'n splitsing is ingevolge art. 5:106 lid 7 BW altijd toestemming van de eigenaar nodig, eventueel te vervangen door rechterlijke machtiging. De eigenaar is daardoor in de gelegenheid om bij het verlenen van die toestemming als voorwaarde te stellen dat de appartementsrechten niet zonder zijn toestemming kunnen worden overgedragen of toegedeeld. De wet verlangt dat het toestemmingsbeding niet alleen in de erfpachtakte, maar ook in de splitsingsakte wordt opgenomen. Alleen wanneer dat laatste het geval is, kan het aan de verkrijger onder bijzondere titel van een appartementsrecht worden tegengeworpen. Het zou anders voor dergelijke verkrijgers onvoldoende kenbaar zijn. De vraag kan opkomen wat het gevolg voor de overdraagbaarheid is indien het beding niet is opgenomen in de splitsingsakte, maar de derde het desondanks toch kende. Kan hij het beding dan negeren of is hij er toch aan gebonden? Een casus kan helpen om het plaatje scherper te krijgen. A is eigenaar en B is erfpachter. In de erfpachtakte is het toestemmingsbeding opgenomen. B gaat over tot splitsing in appartementsrechten, en het toestemmingsbeding wordt (in

afwijking van het 'voorschrift' van art. 5:91 lid 3 BW) niet in de splitsingsakte opgenomen. B draagt een appartementsrecht over aan C, zonder toestemming van A. C is echter op de hoogte van het bestaan van het toestemmingsbeding in de erfpachttakte. Kan A het beding aan C tegenwerpen, of kan C met succes betogen dat het beding aan hem niet tegenwerpelijk is? Uitgangspunt bij dergelijke vormen van derdenbescherming is dat die niet geldt als de verkrijger het feit waartegen hij beschermd wordt toch kende (vgl. art. 3:24 lid 1 BW). Art. 5:91 BW bevat een dergelijke uitzondering weliswaar niet, maar wij zouden toch willen aannemen dat het beginsel van art. 3:24 BW opgeld doet en dat C dus niet beschermd wordt. Bescherming tegen onbekendheid met feiten die men, ondanks het feit dat aan het publicatievoorschrift niet is voldaan, toch kent, dient niet te worden toegestaan. Zie ook hierna nr. 524.

Of de verlangde toestemming wel of niet wordt verleend, is blijkens het vierde lid van art. 5:91 BW niet overgelaten aan de willekeur van de eigenaar. Als deze zich niet (binnen een redelijke termijn) over het verzoek van de erfpachter uitspreekt of dat afwijst op onredelijke gronden, kan de erfpachter de kantonrechter verzoeken vervangende machtiging te verlenen voor de voorgenomen overdracht. De eigenaar kan aan zijn toestemming wel voorwaarden verbinden, mits die niet onredelijk zijn. De rechter kan de redelijkheid daarvan zelfstandig toetsen en, als hij meent dat de gestelde voorwaarden onredelijk zijn, de machtiging verlenen hetzij onvoorwaardelijk, hetzij onder voorwaarden die naar zijn oordeel wel redelijk zijn. Het als voorwaarde stellen dat de canon wordt aangepast in afwijking van de geldende erfpachtvoorwaarden zal als onredelijk hebben te gelden. Zie HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, NJ 2010/242. Onjuist is blijkens genoemd arrest de uitspraak van het Hof Leeuwarden (14 januari 2010, NJF 2010/239) waarin uit de wetsgeschiedenis werd afgeleid dat in het geheel geen financiële voorwaarden mogen worden gesteld, omdat de toestemmingsbevoegdheid alleen zou zijn ingevoerd om de eigenaar de mogelijkheid te geven invloed uit te oefenen op de persoon van de erfpachter. Dit is weliswaar – zoals hiervoor al vermeld – een belangrijke reden geweest om een toestemmingsbeding mogelijk te maken, maar niet kan worden volgehouden dat dit impliceert dat andere voorwaarden niet zouden mogen worden gesteld. De enige toets volgens de Hoge Raad is de redelijkheid. Het gaat hierbij om een volle en niet slechts om een marginale toets. De weigering van de toestemming of de voorwaarden waaronder die wordt verleend, moet(en) redelijk zijn. Voor het verlenen van vervangende machtiging is niet vereist dat de weigering of de voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Gelet op het wettelijk uitgangspunt dat beperkte rechten in principe overdraagbaar behoren te zijn, zal het stellen van voorwaarden die iedere overdracht praktisch onmogelijk of uitermate bezwaarlijk maken niet licht als 'redelijk' kunnen worden aanvaard. Als – zoals meestal – de erfverpachter een gemeente (of ander overheidslichaam) is, zal bij de redelijkheidstoets ook rekening worden gehouden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – de publiekrechtelijke redelijkheid en billijkheid – en de eventuele doorkruising van het publiekrecht. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, waar de onredelijkheid van canonherziening als voorwaarde