

HC 6A, 16-12-2019, Fiduciaverbod en kwaliteitsrekening

Voor de overdracht en vestiging van beperkte rechten is een geldige titel nodig. Art. 3:84 lid 3 BW: 'een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed'. Het gaat over de overdracht ten titel van zekerheid en overdracht ten titel van beheer. Bij laatstgenoemde kan gedacht worden aan een vordering die wordt overgedragen met het oog op inning ervan ten behoeve van de vervreemder. Het subjectieve recht wordt overgedragen, maar het belang blijft bij de vervreemder. Via andere rechtsfiguren, zoals lastgeving, moet een geldige titel worden tot stand gebracht.

De ratio van art. 3:84 lid 3 BW ligt in de gedachte dat de in die bepaling bedoelde overdrachten tot zekerheid voor een schuld aan de verkrijger in beginsel meer recht zouden verschaffen dan zijn belang rechtvaardigt. Wanneer behoefte bestaat aan een zogenaamd bezitloos zekerheidsrecht op roerende zaken, dan behoort de wetgever een zodanige zekerheid toe te laten, maar ook niet meer dan dat. Het lid keert zich tegen rechtshandelingen waarbij de uit een recht voortvloeiende bevoegdheden in de vorm van een overdracht op andere wijzen over de betrokkenen zouden worden verdeeld dan door de wet of het stelsel van de wet wordt toegelaten. Partijen kunnen geen nieuwe beperkte rechten in het leven roepen, maar moeten gebruik maken van de door de wetgever gecreëerde beperkte rechten, waaronder het pandrecht of stille pandrecht.

Hoever het fiduciaverbod reikt is beantwoord in de jurisprudentie. De vraag kwam aan de orde bij de 'sale-and-lease-back overeenkomst' in het **Sogalease-arrest**. Bij zo'n overeenkomst koopt een financier een zaak van de wederpartij en leaset de zaak vervolgens terug aan de verkoper. De Zaaiers (drukkerij) wilde nieuwe drukpersen, maar was niet in staat om ze zelf aan te schaffen. Sogalease gaf de koopprijs aan De Zaaiers. De verkoper werd voldaan. De Zaaiers werd eigenaar. Sogalease zocht een vorm van zekerheid voor het bedrag. De Zaaiers droeg de drukpersen over aan Sogalease en betaalde maandelijks een bedrag. Na 7 jaren zouden De Zaaiers de drukpersen kunnen kopen met een koopoptie van 100 gulden. Er waren zoveel afspraken dat er eigenlijk een overdracht was aan De Zaaiers, omdat door de koopoptie het risico wordt neergelegd bij De Zaaiers. De Hoge Raad zegt dat je het fiduciaverbod moet interpreteren naar de achtergrond van het oude recht. De zekerheidsoverdracht is een overdracht ten einde het schuldeisersbelang ten opzichte van andere schuldeisers te beschermen. Aan de andere kant is er sprake van een werkelijke overdracht, waar niks mis mee is en art. 3:84 lid 3 BW niet van toepassing is. Voor de vraag of er sprake is van een werkelijke overdracht moet je kijken of degene die het geld heeft geleend wanpresteert. Als je bij wanprestatie verplicht bent te executeren of te gelde te maken, om vervolgens overwaarde aan te keren aan de schuldenaar, dan is er sprake van zekerheid en dus niet van een werkelijke overdracht. Als je bij wanprestatie als eigenaar alleen maar de overeenkomst te ontbinden met de schuldenaar om te beschikken over de zaak, dan is er sprake van een echt eigendomsrecht en dus van een werkelijke overdracht. In de casus van Sogalease was het laatste het geval, dus was er een werkelijke overdracht. Een rechtshandeling die strekt tot werkelijke overdracht is een geldige titel, tenzij uit bijkomende omstandigheden blijkt van de bedoeling tot ontduiking van art. 3:84 lid 3 BW.

In '**BTL Lease/Van Summeren**' ging het om een soort gelijke situatie. Van Summeren-concern kreeg financiering van BTL Lease. Er werden trekkers en opleggers aan BTL en terug geleased aan Van Summeren. Daarna werd afgelost en dan zouden de trekkers en opleggers weer toevallen aan Van Summeren-concern. BTL vordert de zaken op als eigenaar nadat bedrijven uit het concern failliet gaan. Het blijkt dat een aantal trekkers en opleggers niet meer op het terrein van Van Summeren aanwezig zijn. BTL spreekt de bestuurder aan voor inbreuk op eigendomsrecht vanwege verduistering van de zaken. Van Summeren stelt dat er geen sprake is van inbreuk op eigendomsrecht, omdat het fiduciaverbod van toepassing is en BTL dus geen eigenaar is geworden. De trekkers en opleggers waren overgedragen voor een bedrag van 350.000 gulden, terwijl de waarde 700.000 gulden was. Van Summeren zei dat er dus sprake was van een zekerheidsoverdracht. Het Hof knoopt hierbij aan. De Hoge Raad stelt dat het waardeverschil niet relevant is in het geval van een werkelijke overdracht. Maar het is wel relevant voor de vraag of er sprake is van een werkelijke overdracht.

In het Sogalease-arrest zei de Hoge Raad ook iets over het verbod van overdracht ten titel van beheer. Dit verbod staat niet in de weg aan louter persoonlijke rechten en verplichtingen ten aanzien van het overdragen van een zaak. Het verhindert slechts het ontstaan van rechten met goederenrechtelijke werking.

De paradox van het Sogalease-arrest is dat het arrest een prikkel oplevert tot overbedeling. Er zijn twee situaties, namelijk de verboden zekerheidsoverdracht en de werkelijke overdracht. In de praktijk zitten de transacties hiertussen in. Als je de transactie inkleedt als een werkelijke overdracht, dan kan je ontkomen aan het fiduciaverbod. De financier moet meer rechten worden verschaft, dan zijn belang rechtvaardigt, omdat men hem de volledige eigendom moet verschaffen om aan het fiduciaverbod te ontkomen. Het fiduciaverbod strekt tot voorkoming van de situatie waarin de financier meer rechten krijgt dan zijn belang rechtvaardigt (paradoxaal).

Bescherming van de lessee

Bij fiduciaire overdracht (oud recht) werden beschermingsbepalingen van pandrecht analogisch toegepast. Er was een verbod van toe-eigening en de verplichting tot afdracht van de overwaarde. De Hoge Raad lijkt dat in Sogalease-arrest juist uit te sluiten bij sale-and-lease-back. De koper is dus eigenaar door werkelijke overdracht, of de verkoper is eigenaar vanwege een ongeldige titel in de overdracht door zekerheidsoverdracht of overdracht ten titel van beheer. De wetgever heeft in titel 7.2 bepalingen opgenomen over de financiële zekerheidsvereenkomst. Lidstaten zijn ook verplicht om een fzo tot overdracht op te nemen. In art. 7:51 onder b BW is dit opgenomen. Een fzo tot overdracht is een overeenkomst op grond waarvan geld, effecten of kredietvorderingen worden overgedragen als waarborg voor een verplichting. Dit is eigenlijk in strijd met het fiduciaverbod. Dus in art. 7:55 eerste zin BW is een oplossing opgenomen: 'een fzo-overdracht is geen overdracht tot zekerheid of een overdracht die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen in de zin van art. 3:84 lid 3 BW'. De regels betreffende pandrecht zijn op een zodanige overeenkomst en de uitvoering daarvan niet van toepassing of overeenkomstige toepassing (tweede volzin).

Kwaliteitsrekening

Een kwaliteitsrekening is een rekening die wordt aangehouden ten behoeve van een derde. Het vermogen staat los van het eigen vermogen. Een notaris houdt zo'n rekening aan voor bijvoorbeeld een onroerendgoedtransactie. De vraag was of het mogelijk was om de bevoegdheden van degene die de rekening aanhoudt te beperken, omdat degene de gelden enkel onder zich heeft om ten behoeve van derden een transactie te verrichten. Het kan worden gezien als inbreuk op de hoofdregel van art. 3:276 BW, want schuldeisers van de houder van de kwaliteitsrekening kunnen zich niet verhalen op het gehele vermogen van degene die de rekening houdt. In 'Slis-Stroom' ging het om een partij die een visrestaurant verkocht op vrijdagmiddag 23 januari 1981. De notaris Slis-Stroom passeerde de akte. Het geld kon niet meer worden overgemaakt, dus dat werd pas om maandagochtend aan de verkoper uitbetaald. De notaris was in aanraking gekomen met een criminele organisatie rondom vastgoedtransacties. De notaris ging naar de bank op maandag en nam 3 miljoen van de bankrekening op. De rest was niet voldoende om de verkoop te voldoen. Ze werd failliet verklaard. Er was niet genoeg geld om de verkoper te betalen. De curatoren hadden geld weten te traceren (2 miljoen). De verkoper stelde dat het geld was van de verkoper, omdat de koper het had overgemaakt aan de notaris met het doel om het te laten uitkeren aan de verkoper. De vraag is of het mogelijk is dat de notaris het geld beheert, maar het geld toekomt aan degene in wiens belang de rekening is opgezet. De Hoge Raad aanvaardt de mogelijkheid van een kwaliteitsrekening, waarbij het saldo losstaat van het vermogen van de rekeninghouder. De kwaliteitsrekening ontstaat door storting van het bedrag op een afzonderlijke rekening ten name van de notaris met vermelding van diens hoedanigheid van opdrachtnemer van de betreffende koper en verkoper of een daarmee gelijk te stellen weg. De kwaliteitsrekening valt buiten het vermogen van de notaris en dus ook buiten het faillissement.

In de praktijk is er een algemene kwaliteitsrekening voor alle transacties, dus niet per transactie een kwaliteitsrekening. De wetgever heeft in art. 25 Wet op het notarisambt de verplichting van de kwaliteitsrekening opgenomen. De rechthebbende van de rekening zijn degenen ten behoeve van wie

de gelden zijn gestort (art. 25 lid 3 en 4 Wna). Als dit meerdere personen zijn, dan is er een gemeenschap ex art. 3:166 e.v. BW met betrekking tot de vordering op de bank die correspondeert met het saldo. De notaris voert slechts het beheer ten aanzien van het geld en de vordering op de bank valt niet in het faillissement van de notaris. In 'Koren q.q./Tekstra q.q.' heeft de Hoge Raad uitleg gegeven aan de wijze waarop de aanspraak tot een deel van het vermogen op een kwaliteitsrekening moet worden benaderd. Tekstra was curator in het faillissement van een vennootschap. Hij trof informatie aan waardoor hij dacht dat de bestuurder onrechtmatige transacties had gepleegd. De bestuurder wordt aangeklaagd. Tijdens de procedure werd het huis van de bestuurder verkocht. Tekstra had beslag gelegd op het huis ter zekerheid van het vonnis. De bestuurder en Tekstra hadden een afspraak, waardoor de verkoop door zou kunnen gaan, maar Tekstra wel zekerheid zou hebben. De opbrengst van het huis werd gestort op een bijzondere rekening bij de notaris. Als Tekstra gelijk zou krijgen, dan zou het geld naar Tekstra gaan. Er was geen algemene kwaliteitsrekening, maar een bijzondere voor het specifieke geschil. De bestuurder ging ook in persoon failliet. Koren werd curator. De vraag was van wie het geld op de kwaliteitsrekening was. Koren stelde dat de opbrengst van het huis voor de bestuurder was, want het huis was van de bestuurder. De Hoge Raad knoopt aan bij art. 25 Wna, want die bepaling mag worden toegepast op een bijzondere notariële kwaliteitsrekening. Het is een gemeenschap tussen de rechthebbenden met een voorwaardelijk recht op toebedeling. De voorwaarde was het winnen van de rechterlijke procedure. Tekstra heeft geen last van het faillissement van de bestuurder als hij de procedure wint, want hij heeft een voorwaardelijk recht voor het faillissement van de bestuurder. De vordering op de bank valt niet in het faillissement van de notaris.

In het 'Procall-arrest' rees de vraag of andere beroepsbeoefenaars (naast de notaris en gerechtsdeurwaarder) ook gebruik konden maken van de kwaliteitsrekening. De Hoge Raad oordeelt dat bij de uitbreiding van de mogelijkheid een kwaliteitsrekening in het leven te roepen terughoudendheid moet worden betracht. De facto is er sprake van een inbreuk op art. 3:276 BW. De andere schuldeisers worden benadeeld bij het aanhouden van een kwaliteitsrekening. Ook komt een kwaliteitsrekening niet ten goede van de belangen van het financieringsverkeer en de rechtszekerheid. De Hoge Raad stelt wel dat de bepalingen die in de wet zijn opgenomen analoog kunnen worden toegepast op accountants en advocaten. Vanuit het publiek is de gedachte dat deze beroepsbeoefenaars dat geld gescheiden houden van hun eigen vermogen. In de advocatuur is geen sprake van een algemene kwaliteitsrekening. Een stichting derdengelden houdt de rekening aan. Een faillissement van het advocatenkantoor heeft geen gevolgen voor de cliënten. De Hoge Raad oordeelde in '**Stichting Beheer Derdengelden Advocatuur NautaDutilh/Ontvanger**' dat de rekening die door de stichting wordt aangehouden valt onder de kwaliteitsrekeningen waarop de Wet op het Notarisambt van toepassing is. De vordering van de bank is daardoor ook afgescheiden van het vermogen van de stichting derdengelden.

HC 6B, 18-12-2019, Erfpacht en opstal

Het opstalrecht is geregeld in art. 5:101 BW. Het recht van opstal is een zakelijk recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen. Voor allerlei constructies wordt dit genotsrecht gebruikt, zoals bij een parkeergarage, de Noord-Zuidlijn in Amsterdam, windmolens, zonnepanelen. Niet duidelijk is zonnepanelen worden nagetrokken door de woning als men kijkt naar de Depex-criteria. Het doel van opstal is het doorbreken van de natrekkingsregel van art. 5:20 sub e en f BW. De eigendom van de grond omvat, voor zover de wet niet anders bepaalt gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen en werken, voor zover ze geen bestanddeel zijn van eens anders onroerende zaak en met de grond verenigde beplantingen. Het gevolg van opstal is een horizontale splitsing van de eigendom.

In 'Chemours Netherlands/Stedin Netbeheer' ging het om een eigen elektriciteitsaansluiting. Onderdeel daarvan is een transformatorhuisje. Het geschil ging over de vraag wie de eigenaar was van het huisje. Chemours of de netbeheerder Stedin. De vraag was of het huisje onderdeel uitmaakt van het elektriciteitsnet. Dit is van belang op grond van art. 5:20 lid 2 BW. In afwijking van lid 1 behoort de eigendom van een net, bestaande uit een of meer kabels of leidingen, bestemd voor transport van vaste, vloeibare of gasvormige stoffen, van energie of van informatie, dat in, op of boven de grond van anderen is of wordt aangelegd, toe aan de bevoegde aanlegger van dat net dan wel aan diens rechtsopvolger. De aanlegger wordt dus eigenaar van het net. Stedin wilde eigenaar blijven en vestigde een opstalrecht. Is dat nodig als het huisje behoort tot het elektriciteitsnet? De eigenaar van het net is eigenaar van het huisje. Het opstalrecht kan ook worden gebruikt bij twijfel over de vraag of wie eigenaar van het huisje is. De eigendom wordt gelegaliseerd door het opstalrecht.

Het opstalrecht kan alleen gevestigd worden ten aanzien van gebouwen, werken of beplantingen. Waar ligt de grens? Traditioneel werd het opstalrecht gebruikt om bouwwerken te verzelfstandigen. De laatste tijd ook voor GSM-masten en warmtepompinstallaties. Kan een opstalrecht worden gevestigd voor elk onderdeel, bijvoorbeeld op dakpannen op iemand anders huis of een keuken in iemand anders huis? Daar is geen duidelijkheid over. Het goederenrecht gaat over tegenwerpbaar van rechten tegen derden, dus derden moeten weten waar ze rekening mee moeten houden. Voor derden moet duidelijk en kenbaar zijn waarop goederenrechtelijke rechten betrekking hebben (individualiseringsbeginsel). Het gaat om de verkeersopvatting om te bepalen of iets een werk of gebouw is, zoals de zelfstandigheid en wenselijkheid voor exploitatie. Een zolderverdieping is niet handig om te exploiteren, want die persoon moet door het gehele huis om er te komen, waardoor het niet snel zal gebeuren dat iemand een opstalrecht daarop wil. De vraag is of alleen de werking van art. 5:20 BW worden doorbroken of ook de werking van art. 3:4 BW. Art. 3:4 BW ziet op natrekking van roerende zaken naar onroerende zaken. Een onderdeel van een gebouw kan van de rest van het gebouw en de grond worden afgescheiden.

Erfpacht

Erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken (art. 5:85 lid 1 BW). De erfpachter heeft hetzelfde genot als een eigenaar (art. 5:89 lid 1 BW). de erfpachter heeft, behoudens andersluidende bepaling, recht op vruchten (art. 5:90 lid 1 BW). De eigenaar blijft blooteigenaar en kan dus enkel het eigendom zonder genot overdragen. De erfpachter kan worden verplicht tot betaling van canon (art. 5:85 lid 2 BW). Als eigenaar kan je profiteren van de waardevermindering van de grond. De erfpachter mag geen andere bestemming aan de zaak geven of een handeling in strijd met die bestemming verrichten (art. 5:89 lid 2 BW). In de erfpachttakte kan de bestemming worden bepaald. De Gemeente Amsterdam maakt veel gebruik van erfpacht. De gemeente kan blijven profiteren van waardeverminderingen van de grond. Ook houdt de gemeente invloed op de wijze van gebruik en bebouwing en kan zij een canon bedingen.

Het goederenrecht is een gesloten stelsel. Er kunnen geen nieuwe beperkte rechten in het leven worden geroepen. Derden kunnen weten welke beperkte rechten aan hun kunnen worden tegengeworpen (Typenzwang). Ook is de inhoud en omvang van de beperkte rechten gebonden aan de wettelijke omschrijving en wettelijke bepalingen (Typenfixierung). Er bestaat wel enige ruimte bij de invulling van het erfpachtrecht. In de erfpachttakte kan bijvoorbeeld verplichtingen worden opgenomen, waarna

die verplichtingen derdenwerking krijgen. Verkrijgers van de eigendom of het erfpachtrecht zijn ook gebonden aan de verplichtingen uit de vestigingsakte. In het arrest 'Kademuur' was er een baggerplicht voor het water in Rotterdamse haven voor de gemeente. De Hoge Raad geeft als uitgangspunt dat de partijen vrij zijn om de erfpachtverhouding naar eigen goeddunken te regelen, mits niet in strijd met het wezen van het erfpachtrecht. Ook een verplichting tot het baggeren van water dat naast het perceel ligt is dus toelaatbaar. Dit geldt ook als de verplichting zelfs alleen kan worden uitgevoerd door de huidige erfverpachter en niet door een opvolgend eigenaar of erfverpachter die geen eigenaar is van het aangrenzend perceel waarop de verplichting betrekking heeft. De rechten en verplichtingen mogen niet in strijd zijn met het wezen van het erfpachtrecht.

In '**Haven Zwartewaal**' ging het over overdracht van een perceel in de haven. De vervreemder bleef eigenaar van de opstallen. De vraag was of de eigenaar de bevoegdheid heeft om de grond waarop de opstallen zich bevinden te gebruiken. Het gebruik was niet enkel erop komen, maar geheel te gebruiken. De opstaller heeft dan ook het gebruik van de grond, dus lijkt op erfpacht. De Hoge Raad oordeelt dat je extra bevoegdheden aan het opstalrecht kan vastmaken door een beding, indien ze in zodanig verband staan met die welke de opstaller naar aard van dat recht toekomen dat het gerechtvaardigd is die bevoegdheden als onderdeel van dat recht te behandelen. Er is een voldoende verband-vereiste. Dit is uitgebreider dan 'in strijd met het wezen van het recht'. In art. 5:103 BW is bepaald dat de opstaller normaliter een gebruiksrecht op de grond heeft voor zover nodig voor het volle genot van het opstalrecht, maar alleen bij gebreke van een regeling daaromtrent. Een regeling in deze zin is per definitie een regeling die voldoende verband houdt met het opstalrecht. Bij bevoegdheden die dienstig zijn aan de uitoefening van het erfpacht- of opstalrecht geldt hetzelfde. Als dat niet zo is, dan staan de rechten of verplichtingen los en er is er geen voldoende verband en gaat het ook niet mee op rechtsverkrijgers.

Als we kijken naar de verhouding tussen de erfpachter en erfverpachter, dan is de vraag in hoeverre verbintenisrechtelijke regels kunnen worden toegepast op hun goederenrechtelijke verhouding. Het goederenrecht regelt de verhouding tussen mensen en zaken. Het verbintennisrecht regelt de verhouding tussen personen onderling. Verbintenisrechtelijke afspraken kunnen goederenrechtelijke werking krijgen voor zover zij niet in strijd zijn met het wezen van het erfpachtrecht. Daarnaast moeten de rechten en verplichtingen in zodanig verband met de aard van het recht staan dat het gerechtvaardigd is die rechten en verplichtingen als onderdeel van het recht te behandelen. Soms kent de wet een goederenrechtelijke tegenhanger van een verbintenisrechtelijke regel, zoals art. 5:97 BW. In 'Erfpachters Den Haag' oordeelde de Hoge Raad dat na de expiratedatum van een tijdelijk erfpachtrecht een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding kan blijven bestaan. Art. 6:216 BW geeft de mogelijkheid om regelingen uit het verbintennisrecht toe te passen in goederenrechtelijke rechtsverhoudingen.

De erfverpachter hanteert vaak erfpachtvoorwaarden. De Gemeente Amsterdam heeft algemene bepalingen die afzonderlijk zijn ingeschreven in de openbare registers en maken deel uit van het erfpachtrecht. Dit is mogelijk op grond van art. 46 Kadasterwet. Een vraag is of de voorwaarden dan in de akte zijn opgenomen of dat het letterlijk in de akte moet zijn opgenomen. Zolang in de akte wordt verwezen naar de algemene voorwaarden, dan is de inhoud van die bepalingen ook opgenomen in de akte. De grondeigenaar is de gebruiker van de algemene voorwaarden en de erfpachter is de wederpartij. De inhoud kan ook worden getoetst aan de algemene voorwaarden-regeling. Hoe moet worden omgegaan met het feit dat het erfpachtrecht wordt gewijzigd? Je moet aanknopen bij de eerste vestiging. Degene die dan de wederpartij is, is degene die als wederpartij moet worden aangemerkt in het kader van de algemene voorwaarden-regeling. De rechter is ambtshalve gehouden de oneerlijkheid van de erfpachtvoorwaarden te toetsen. De Richtlijn oneerlijke bedingen is van toepassing op gevallen na 31 december 1994. Het peilmoment is de vestiging van het erfpachtrecht.

Bij stapeling van beperkte rechten gaat het om vestiging van meerdere beperkte rechten op een eigendomsrecht of op een ander beperkt recht. De nemo plus-regel moet hierbij worden toegepast. Een beperkt recht kan alleen worden gevestigd op het recht dat men zelf heeft. alle zakelijke rechten staan in Boek 5 BW. Een zakelijk recht kan alleen worden gevestigd op zaken. Goederenrechtelijke rechten kunnen op alle goederen, dus ook vermogensrechten, worden gevestigd (Boek 3 BW).

Goederenrechtelijke rechten kunnen worden gestapeld. Een hypotheekrecht kan bijvoorbeeld worden gevestigd op een erfpachtrecht.

In art. 5:84 en 5:93 BW zijn stapelbepalingen opgenomen, want zakelijke rechten kunnen niet worden gestapeld. In art. 5:93 BW is opgenomen dat de erfpachter bevoegd is de zaak waarop het recht van erfpachtrecht rust, geheel of ten dele in ondererfpacht te geven, voor zover de akte niet anders bepaalt. Op de zaak wordt dan een tweede erfpachtrecht gevestigd. De nemo plus-regel wordt doorbroken. De ondererfpachter heeft dezelfde bevoegdheden. Op een zelfstandig opstalrecht is hetzelfde geregeld in art. 5:104 lid 2 BW. Voor de situatie dat een erfpacht op een opstalrecht wordt gevestigd of een opstalrecht op een erfpachtrecht wordt gevestigd, heeft de wetgever geen regeling opgenomen. De opstaller wordt in de eerste situatie eigenaar van de betreffende zaak en dat is dus mogelijk. Het is niet mogelijk dat men een opstalrecht vestigt op het erfpachtrecht, omdat de erfpachter een ander niet de eigendom kan verschaffen, want hij is geen eigenaar. Dit is onmogelijk.

Uitleg van akte

Een notariële akte moet worden ingeschreven in de openbare registers voor de vestiging van een opstalrecht of erfpachtrecht. De Hoge Raad heeft bepaald dat bij de beantwoording van de vraag of een beperkt recht is gevestigd, het aankomt op de in de notariële akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling. De partijbedoeling moet worden afgeleid uit de bewoordingen in de akte en deze moeten worden uitgelegd naar objectieve maatstaven en gekeken naar de gehele inhoud van de akte. De partijbedoeling is enkel relevant voor zover deze in de notariële vestigingsakte tot uitdrukking komt.

De Haviltex-maatstaf is niet van toepassing op de uitleg van de akte. De Haviltex-maatstaf gaat uit van een wederzijds kenbare partijbedoeling. De ratio van de objectieve uitlegmaatstaf bij de akte is gelegen in het voor registergoederen geldende stelsel van publiciteit. Derden moeten kunnen afgaan op hetgeen in een in de openbare registers ingeschreven akte is vermeld ter zake van de overdracht van een registergoed of de vestiging van een beperkt recht op een registergoed.

Voor cessieakten en pandakten geldt een andere uitlegmaatstaf. Deze mogen worden uitgelegd met de Haviltex-maatstaf. Deze akten kunnen worden tegengeworpen aan derden. Inschrijving ervan leidt niet tot de uitlegmaatstaf van akten die worden ingeschreven in de openbare registers. Vb. A verpand aan B een vordering. In de akte staat dat het een vordering is op Henk de Boer van 100 euro. A gaat failliet en B meldt zich bij de curator. Bedoeld was echter Hendrik de Boer met een vordering op hem van 10.000 euro. B moet dit bewijzen. Via de Haviltex-maatstaf kom je dan bij Hendrik de Boer. B kan 10.000 euro incasseren. Uit '**Coface/Intergamma**' volgt dat onoverdraagbaarheidsbedingen moeten worden uitgelegd naar de objectieve uitlegmaatstaf.