Samenvatting door G&O van advies NautaDutilh dd. 1 juli 2015

NautaDutilh heeft gekeken naar de positie van de gemeente en meer in het bijzonder het verweer dat de gemeente zou kunnen voeren indien een appartementseigenaar/erfpachter zich daadwerkelijk onttrekt aan met zijn rechtsvoorganger gemaakte afspraken ten aanzien van het appartementsrecht. Hieronder volgt een samenvatting van het advies.

Het advies van NautaDutilh is als volgt opgebouwd:

1. Analyse appartementsrecht en onderliggend recht van erfpacht
2. Betoog ten aanzien van gebondenheid aan afspraken met de gemeente
3. Kans van slagen betoog
4. Advies met betrekking tot de bestaande handelwijze van de gemeente
5. Andere aspecten die van belang zijn

I.a.1 Analyse appartementsrecht en onderliggend recht van erfpacht

Na splitsing geven de appartementsrechten recht op:

- een aandeel in de eigendom van het erfpachtrecht, en
- een exclusief zakelijk gebruiksrecht van een bepaald gedeelte van het erfpachtrecht.

Met de splitsing van een erfpachtrecht in appartementsrechten ontstaan niet meerdere erfpachtrechten.

Afspraken tussen de gemeente en een individuele appartementseigenaar over zijn deel in het erfpachtrecht zijn obligatoir van aard. Deze afspraken wijzigen het onderliggende erfpachtrecht en de splitsing niet. De VvE is ook niet betrokken bij of gebonden aan de obligatoire afspraken. Waarschijnlijk blijft de hoofdelijke aansprakelijkheid van de VvE (zoals bij wet bepaald) voor de verschuldigde canon beperkt tot de canonverplichting die blijkt uit de akte waarbij het erfpachtrecht is gevestigd (in samenhang met de akte van splitsing). De hoofdelijke aansprakelijkheid van de VvE geldt dus niet voor een eventuele canonverhoging die voor een appartementsrecht is overeengekomen tussen de gemeente en de betreffende appartementseigenaar. Op de positie van de VvE bij wijzigingen die de belangen van de andere appartementseigenaars raken wordt dieper ingegaan onder ad. 1.a.5 van het advies van NautaDutilh.

I.a.2 Betoog ten aanzien van gebondenheid aan afspraken met de gemeente

Voor binding van een appartementseigenaar aan van de erfpachtakte afwijkende afspraken die zijn gemaakt met zijn rechtsvoorganger met betrekking tot het individuele appartementsrecht, is nodig dat de afspraken aan hem zijn overgedragen.

Het betoog bevat daartoe twee grondslagen:

a. Overdracht van de afspraken als onderdeel van het appartementsrecht
b. Overdracht op de voet van artikel 6:159 BW (contractsoverneming)

Naast deze twee grondslagen bevat het betoog:

c. Ondersteunende argumenten, en
d. Een argument voor erfpachtrechten waar de Algemene Bepalingen 2000 (AB 2000) op van toepassing zijn

I.a.2.a Overdracht van de afspraken als onderdeel van het appartementsrecht

Bij overdracht van een appartementsrecht mag de rechtsopvolger bekend worden verondersteld met de in de openbare registers (het Kadaster) ingeschreven notariële akten die betrekking

hebben op het appartementsrecht. Op grond van het maatschappelijke en economische belang en de juridische basis van het appartementsrecht en de totstandkoming hiervan kan worden betoogd dat met de overdracht van een appartementsrecht ook die afspraken overgaan op een opvolgende erfpachter. Immers, appartementseigenaren hebben veel baat bij de splitsing aangezien appartementsrechten als zelfstandig registergoed op een veilige en overzichtelijke wijze overgedragen kunnen worden. Daarnaast kunnen appartementsrechten bezwaard worden met hypotheek en beslag en ook uitgewonnen worden door middel van een executoriale verkoop (en dus dienen als zekerheid). Omdat sprake is van een zelfstandig registergoed kunnen per appartementsrecht door de appartementseigenaar rechtshandelingen worden verricht.

Dit betekent dat voor ieder appartementsrecht tussen de gemeente en een appartementseigenaar nadere afspraken kunnen worden gemaakt die vervolgens in het Kadaster kunnen worden ingeschreven. Hiervoor is geen toestemming vereist van de andere appartementseigenaars. Deze afspraken kunnen ook betrekking hebben op de verplichting van de appartementseigenaar met betrekking tot de erfpacht ten aanzien van het bewuste appartementsrecht. Dit sluit ook aan bij de wens van de huidige markt c.q. samenleving. Daarnaast werken zowel het notariaat als het Kadaster mee aan deze praktijk.

Indien in een akte van levering van het appartementsrecht wordt verwezen naar de afspraken met de gemeente, dan kan worden betoogd dat deze afspraken zijn overgedragen en dat de rechtsopvolger deze heeft aanvaard. De
gebruikelijke notariële praktijk zal er over het algemeen toe leiden dat niet alleen wordt verwezen naar de afspraken maar dat deze tevens worden geciteerd, ofwel als bijzondere erfpachtvoorwaarden, kwalitatieve verplichtingen en/of als kettingbeding of andere (quasi) zakenrechtelijk werkende bedingen worden vermeld.

Indien in een akte van levering niet wordt verwezen naar de afspraken met de gemeente, kan op grond van de huidige praktijk bij erfpacht en de individuele benadering van appartementsgerechtigden worden betoogd dat de appartementseigenaar bedacht moet zijn geweest op dergelijke nadere afspraken en dat hij deze afspraken gelet op de inschrijving daarvan kon kennen en zich niet te goeder trouw op onbekendheid met de afspraken kan beroepen. Daarbij wordt gewezen op de meldingsplicht van de verkoper, de onderzoeksplicht van een koper en op het feit dat de overdracht plaatsvindt bij notariële akte, waarbij de (onafhankelijke) notaris de nodige informatie over de rechten en verplichtingen van partijen over het over te dragen appartementsrecht heeft toegelicht.

I.a.2.b Overdracht op de voet van artikel 6:159 BW (contractsoverneming)
Wanneer nadere afspraken zijn opgenomen in de leveringsakte, kan dit worden aangemerkt als overdracht op grond van artikel 6:159 BW (contractoverneming). Per specifiek geval zal moeten worden gekeken of hiervan sprake is. Voor contractoverneming is medewerking van de gemeente vereist, maar dit is vormvrij en kan zowel vooraf als achteraf (door middel van bekrachtiging) plaatsvinden. Deze instemming is bedoeld ter bescherming van de gemeente. De verwachting is dan ook niet dat de rechtsopvolger zich zal kunnen onttrekken aan de in de akte van levering benoemde nadere afspraken met de gemeente, wanneer de gemeente niet expliciet heeft ingestemd met de contractoverneming.

I.a.2.c Ondersteunende argumenten
Ook de rechtszekerheid en het belang van de gemeente - dat zij er van uit moet kunnen gaan dat met een appartementsgerechtigde gemaakte afspraken over de uitvoering van het erfpachtrecht

mee overgaan op de rechtsopvolger - spelen een rol. Wanneer de gemaakte afspraken niet mee overgaan op de rechtsopvolger (behoudens voor zover overdracht op grond van artikel 6:159 BW heeft plaatsgevonden) is dit voor de gemeente niet aanvaardbaar, onwerkbaar, leidt dit tot grote schade en zal dit mogelijk in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid die de erfpachters/appartementseigenaars jegens de gemeente in acht moeten nemen.

De argumenten van veronderstelde kenbaarheid van de afspraken, de rechtszekerheid en het belang van de gemeente zijn ondersteunend aan de argumenten genoemd onder ad. I.a.2.a en ad. I.a.2.b.

I.a.2.d De AB 2000 zijn van toepassing

In gevallen waarin de AB 2000 van toepassing zijn, kan artikel 38 van AB2000 als argument gebruikt worden. Het gaat dan met name om lid 3. Dit artikellid bepaalt dat derdenwerking wordt beoogd voor bepalingen die niet onder het erfpachtrecht vallen (en daardoor niet automatisch derdenwerking hebben), maar wel zijn opgenomen in de bijzondere erfpachtbepalingen.

Op grond van artikel 38 lid 3 AB 2000 kan worden betoogd dat de nadere afspraken die de appartementseigenaar met de gemeente heeft gemaakt, bij overdracht van het appartementsrecht in de akte van levering aan de verkrijger van het appartementsrecht namens de gemeente worden opgelegd, en dat de verkrijger deze verplichten in de akte van levering aanvaardt. Doorgaans worden de afspraken op enige wijze omschreven in de akte van levering en is de verkrijger dus bekend met de inhoud van de verplichtingen.

I.a.3 Kans van slagen betoog

NautaDutilh is van mening dat het betoog zoals voorgaand samengevat, zonder meer kans van slagen heeft. Hierbij wordt wel gewezen op een zeker procesrisico. NautaDutilh merkt hierbij op dat het procesrisico in dit geval lastig in te schatten is, omdat de feiten en omstandigheden van het specifieke geval van belang zullen zijn alsmede de door de wederpartij te formuleren tegenargumenten. Omdat zich op dit moment geen specifiek geval voor doet, zijn zowel de omstandigheden als de tegenargumenten niet bekend.

I.a.4 Advies met betrekking tot de bestaande handelwijze van de gemeente

Hoewel NautaDutilh van mening is dat verdedigbaar is dat een opvolgende appartementsgerechtigde gebonden is aan de obligatoire afspraken met betrekking tot de erfpacht, adviseert NautaDutilh om de bestaande handelwijze niet voort te zetten en deze onmiddellijk aan te passen. Dit houdt kort gezegd in dat erfpachtwijzigingen voortaan niet per appartementsrecht, maar per erfpachtrecht worden doorgevoerd. Alle appartementseigenaars binnen een appartementencomplex zullen met een dergelijke wijziging moeten instemmen.

Naast het direct aanpassen van de handelwijze van de gemeente als hiervoor omschreven, noemt NautaDutilh nog de mogelijkheid om een obligatoire overeenkomst te sluiten, versterkt met quasi-zakenrechtelijke instrumenten als een kwalitatieve verplichting of een kettingbeding. Dit is in wezen de werkwijze zoals die nu wordt gevolgd, maar met meer waarborgen omkleed. NautaDutilh stelt de volgende stappen voor:

- de nadere afspraken met appartementseigenaars altijd in een notariële akte laten vastleggen in de vorm van een kwalitatieve verplichting en/of kettingbeding;
- in de notariële akte opnemen dat partijen erkennen/bevestigen dat deze nadere afspraken deel uit maken van het appartementsrecht. (Dit sluit aan bij ad. 1 van het betoog);
- in de notariële akte opnemen dat de gemeente reeds bij voorbaat instemt met overdracht van de nadere afspraken op grond van artikel 6:159 BW; en

- in de notariële akte opnemen dat de appartementseigenaar de nadere afspraken met de gemeente in de akte van levering aan de verkrijger van het appartementsrecht zal opleggen namens de gemeente en dat de verkrijger deze verplichtingen in de akte van levering aanvaardt.

NautaDutilh wijst er hierbij op dat deze laatstgenoemde maatregelen de onderliggende problematiek niet wegnemen. Door obligatoire afspraken met een individuele appartementseigenaar wijzigt het erfpachtrecht niet. Wanneer de gemeente deze problematiek en de daarmee gepaard gaande risico's wil vermijden, dan adviseert NautaDutilh om geen nadere afspraken meer te maken met individuele appartementseigenaars maar met alle appartementseigenaars gezamenlijk (de gehele VvE). Mogelijk kunnen obligatoire afspraken wel een 'vangnet' bieden in die gevallen waar reeds een juridisch incorrecte situatie is ontstaan waardoor complexgewijze aanpak niet langer mogelijk is (zie ook hierna onder punt I.c.).

Met betrekking tot de vernieuwing van het erfpachtstelsel adviseert NautaDutilh om overstap naar het nieuwe stelsel complexgewijs plaats te laten vinden, dus door alle appartementseigenaars tezamen (met instemming van hypotheekhouders en andere beperkt gerechtigden). Voor de vernieuwing van het erfpachtstelsel wordt ook de mogelijkheid bekeken om de splitsing in appartementsrechten 'om te keren', hierover meer onder punt I. d.

I.a.5 Andere aspecten die van belang zijn

Ten slotte wijst NautaDutilh er nog op dat onderscheid kan worden gemaakt tussen:

- afspraken met een individuele appartementseigenaars die de andere appartementseigenaars niet raken (bijvoorbeeld nieuwe canon na het einde van het tijdvak, afkoop van de canon e.d.), en
- afspraken die de andere appartementseigenaars wel raken (bijvoorbeeld wijziging van de bestemming van een appartementsrecht).

Bij de laatste categorie wijst NautaDutilh op het risico dat de obligatoire afspraak met de afzonderlijke appartementseigenaars tot verzet van de overige appartementseigenaars leidt. Jegens de gemeente kunnen deze appartementseigenaars terugvallen op hetgeen in de akte van uitgifte (en eventuele akten tot wijziging van de erfpacht) en de akte van splitsing is opgenomen. De afspraken met de individuele appartementseigenaars zijn niet afdwingbaar jegens de overige appartementseigenaars. Dit heeft tot gevolg dat de VvE, in tegenstelling tot hetgeen wettelijk bepaald is, niet hoofdelijk (naast de betreffende appartementseigenaar) aansprakelijk is voor de hogere canon die met de individuele appartementseigenaars is afgesproken.