Nummer BD2016-010887
Dienst rve grond en ontwikkel

Gemeente Amsterdam
Staf Ruimtelijke Ordening en Grondzaken

Agendapunt, 12 september 2016

STAF

Wethouder **E. van der Burg**

Onderwerp

Instemmen met het in versterkte vorm voortzetten van de huidige (obligatoire) werkwijze bij het wijzigen van in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten

Gevraagde beslissing

1. Kennis te nemen van het advies van NautaDutilh inzake de juridische aspecten rondom de problematiek van in appartementen gesplitste erfpachtrechten en de gevolgen van de huidige gemeentelijke handelswijze in het erfpachtbeheer;

2. Kennis te nemen van de (globale) aantallen erfpachtwijzigingen die jaarlijks plaatsvinden in het erfpachtbeheer;

3. Kennis nemen van de redenen waarom de obligatoire werkwijze is ontstaan en kennis nemen van het feit dat door de huidige wijze van uitgifte van erfpachtrechten verdere vergroting van de problematiek zich vrijwel niet meer voordoet;

4. Kennis nemen van de (mogelijke) risico's van het voortzetten van de huidige obligatoire handelswijze in het erfpachtbeheer, al dan niet in versterkte vorm;

5. Kennis nemen van het feit dat het Amsterdamse notariaat tot nu toe heeft meegewerkt aan de huidige obligatoire werkwijze en het feit dat de huidige obligatoire werkwijze niet of nauwelijks tot problemen heeft geleid;

6. Kennis te nemen van de mogelijkheid de werkwijze in het erfpachtbeheer te wijzigen alsmede van de gevolgen daarvan;

7. Kennis nemen van de mogelijkheid om de juridische constructie bij in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten te wijzigen ("om te keren");

8. Kennis te nemen van de relatie van de huidige obligatoire werkwijze in het erfpachtbeheer met de obligatoire overstapmogelijkheid naar het nieuwe eeuwigdurende erfpachtstelsel;

9. In te stemmen met het voortzetten van de huidige obligatoire werkwijze – inclusief versterking - in het reguliere erfpachtbeheer;

10. Aangeven of u deze notitie, al dan niet gewijzigde vorm, wil bespreken in het BT VES en/of het College.

Gemeente Amsterdam
Staf Ruimtelijke Ordening en Grondzaken
Agendapunt, 12 september 2016

STAF

Korte toelichting / samenvatting

Inleiding

Op 2 februari 2015 is op de Staf RO aan u het probleem toegelicht omtrent de in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten (BD2015-001285). Dit probleem houdt in dat de gemeente appartementsrechten van een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht sinds jaar en dag behandelt alsof er sprake is van afzonderlijke, individuele erfpachtrechten. Dat betekent dat nadere afspraken met betrekking tot wijzigingen in het erfpachtrecht (bijvoorbeeld bestemmingswijzigingen of canonherzieningen einde tijdvak) met de individuele appartementseigenaren worden gemaakt en niet met (zoals juridisch correct zou zijn) de gezamenlijke appartementseigenaars (de gehele Vereniging van Eigenaren (hierna: VvE)). De consequenties van deze handelwijze zijn:

- De afspraken die met individuele erfpachters zijn gemaakt leiden – hoewel ze in de praktijk werken en zelden tot problemen leiden - juridisch gezien niet tot aanpassing van het onderliggende erfpachtrecht, maar bestaan alleen tussen de gemeente en de betreffende appartementseigenaar (het zijn obligatoire afspraken).
- De overige appartementseigenaars van het onderliggende erfpachtrecht, noch de VvE zijn juridisch aan deze afspraken gebonden.
- De mogelijkheid bestaat dat – hoewel dit zich in de huidige erfpachtpraktijk niet of nauwelijks voordoet - een opvolgend appartementseigenaar zich wenst te onttrekken aan de afspraken die zijn rechtsvoorganger met de gemeente heeft gemaakt, omdat deze afspraken geen zakenrechtelijke werking hebben en het onderliggende erfpachtrecht (en het appartementsrecht zelf) juridisch ongewijzigd zijn gebleven.

Op de stafbespreking van 2 februari 2015 is u toegezegd dat hierover advies zou worden gevraagd aan de gemeenteadvocaat (hierna: NautaDutilh). Het definitieve advies is door NautaDutilh op 1 juli 2015 uitgebracht.

Zoals uit het onderstaande zal blijken is de problematiek omvangrijk en complex. Daarnaast heeft de problematiek aanzienlijke raakvlakken met de Vernieuwing van het erfpachtstelsel (hierna: VES), vooral op het gebied van de keuze om een obligatoire, individuele overstap mogelijk te maken. In de afgelopen maanden heeft Grond en Ontwikkeling (hierna: G&O) de betekenis van het advies van NautaDutilh verder in kaart gebracht en oplossingsrichtingen bedacht.

Ad.1. Kennis te nemen van het advies van NautaDutilh inzake de juridische aspecten rondom de problematiek van in appartementen gesplitste erfpachtrechten en de gevolgen van de huidige gemeentelijke handelswijze bij het erfpachtbeheer

De strekking van het advies van NautaDutilh is dat de huidige werkwijze van de gemeente – waarbij appartementsrechten als afzonderlijke erfpachtrechten worden behandeld – onjuist is. Het risico bestaat dat erfpachters er een beroep op doen dat op dergelijke wijze gemaakte afspraken inzake het erfpachtrecht c.q. de appartementsrechten geen zakelijke werking hebben en niet zonder meer automatisch overgaan op rechtsopvolgers van de appartements-eigenaars met wie de afspraken zijn gemaakt. De afspraken met de appartementseigenaars gaan

mogelijk wel op een andere wijze over op opvolgende appartementseigenaars. NautaDutilh schrijft in haar advies:

> *"Wij menen dat het betoog dat sprake is van overdracht van de per appartementseigenaar nader gemaakt obligatoire afspraken naar een rechtsopvolger op grond van de voormelde grondslagen (a) als kenbaar onderdeel van het appartementsrecht en/of (b) op grond van artikel 6:159 BW zonder meer kans van slagen heeft. Desalniettemin bestaat er een zeker procesrisico. Dit risico is lastig in te schatten, omdat de feiten en omstandigheden van het specifieke geval van belang zullen zijn en, mede op grond daarvan, tegenargumenten geformuleerd zouden kunnen worden. De feiten en omstandigheden van het specifieke geval noch de mogelijke tegenargumenten zijn nu bekend."*

NautaDutilh schrijft desalniettemin in haar advies:

> *"Onmiddellijke aanpassing van de handelswijze van de gemeente wordt geadviseerd.".*

In de BIJLAGE treft u het volledige advies van NautaDutilh aan.

Ad. 2 Kennis te nemen van de (globale) aantallen erfpachtwijzigingen die jaarlijks plaatsvinden in het erfpachtbeheer

Om een beeld te krijgen van de omvang van de problematiek heeft G&O een aantal cijfers uit de erfpachtadministratiesystemen opgevraagd. De gemeente geeft in haar cijfers naar buiten toe altijd aan dat er in de stad ongeveer 250.000 erfpachtcontracten zijn. Dit geeft echter een iets vertekend beeld omdat in dit getal ook losse appartementsrechten worden meegeteld (een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht blijft echter één erfpachtrecht, door splitsing in appartementsrechten ontstaan er juridisch gezien niet meerdere erfpachtrechten). Dit getal is dus opgebouwd uit ongesplitste erfpachtrechten en in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten.

Er zijn in Amsterdam ruim 7000 erfpachtrechten die na uitgifte in appartementsrechten zijn gesplitst (moederrechten). Daaruit zijn in totaal ruim 175.000 appartementsrechten ontstaan. Die appartementsrechten worden door de gemeente administratief gezien als afzonderlijke erfpachtrechten. Bij erfpachtwijzigingen is de obligatoire werkwijze gehanteerd.

Van deze 175.000 appartementsrechten zijn ruim 94.000 in particuliere handen. Ruim 65.000 appartementsrechten zijn in handen van woningcorporaties. Ruim 16.000 appartementsrechten zijn in handen van rechtspersonen.

Canonherzieningen einde tijdvak
Een van de erfpachtwijzigingen die op dit moment appartementsgewijs wordt aangeboden en uitgevoerd is de Canon Herziening Einde Tijdvak (hierna: CHET). Een globale schatting is dat er de afgelopen 15 jaar ongeveer 15.000 canonherzieningen appartementsgewijs zijn aangeboden en uitgevoerd. Voor de komende jaren (tot en met 2027) zullen er in totaal ruim 33.000 woningen (appartementsrechten en grondgebonden niet in appartementsrechten gesplitste woningen en andere wooncomplexen) in de CHET komen. Het betreft hier ongeveer 5000 woningen van particulieren. Het grootste deel daarvan zullen appartementsrechten zijn

Bestemmings-en bebouwingswijzigingen
Naast CHET zijn de twee andere belangrijkste erfpachtwijzigingen die in het verleden ook appartementsgewijs zijn doorgevoerd de bestemmings- en bebouwingswijzigingen. Deze wijzigingen vinden echter aanzienlijk minder vaak plaats dan de contractueel vastgelegde CHET. Uit de cijfers van de afgelopen 5 jaar blijkt dat er per jaar in totaal tussen de 300 400 wijzigingen plaatsvinden. Welk deel daarvan appartementsgewijs zijn doorgevoerd is niet nader uitgezocht.

Tuin- en perceelsuitbereidingen
Een erfpachtwijziging die minder vaak voorkomt is de tuin- of perceelsuitbreiding. Hierbij wordt er een gedeelte (grond) toegevoegd aan een bestaand erfpachtrecht. Dit vindt ongeveer 175 keer per jaar plaats, al dan niet in combinatie met een bestemmings- of bebouwingswijziging.

Ad 3. Kennis nemen van de redenen waarom de obligatoire werkwijze is ontstaan en kennis nemen van het feit dat door de huidige wijze van uitgifte van erfpachtrechten verdere vergroting de problematiek zich vrijwel niet meer voordoet

De problematiek is ontstaan doordat erfpachtrechten in appartementsrechten werden gesplitst en er nadien behoefte bleek te zijn om individueel, per appartementsrecht afspraken te maken over bepaalde erfpachtwijzigingen. Deze afspraken zijn vervolgens per appartementsrecht gemaakt terwijl dit – als de juridisch correcte werkwijze was gevolgd – met medewerking van alle appartementseigenaars voor het gehele erfpachtrecht had moeten gebeuren.

Vóór 2005 was het volgens het Burgerlijk Wetboek niet mogelijk om individuele appartementsrechten in erfpacht uit te geven. Als het wenselijk was om de rechtsfiguren erfpacht en appartementsrechten te combineren was het slechts mogelijk om een perceel grond eerst in erfpacht uit te geven om vervolgens dat erfpachtrecht in appartementsrechten te splitsen. Dit heeft als nadeel dat toekomstige erfpachtwijzigingen slechts kunnen plaatsvinden met medewerking van alle appartementseigenaars. Deze vormen immers samen de erfpachter. Daarnaast is het juridisch gezien ook niet mogelijk om bijvoorbeeld per appartementsrecht andere erfpachtvoorwaarden van toepassing te verklaren.

Sinds 2005 is het - na een wijziging van het Burgerlijk Wetboek - echter ook mogelijk om een perceel grond eerst in appartementsrechten te splitsen en vervolgens de individuele appartementsrechten in erfpacht uit te geven.

Dit heeft als grote voordeel dat op elk appartementsrecht een eigen erfpachtrecht rust. Dit maakt het mogelijk om per appartementsrecht erfpachtafspraken te maken over bijvoorbeeld de van toepassing zijnde erfpachtvoorwaarden of het canonbetalingsregime. Om die afspraken te maken is slechts de medewerking van die betreffende erfpachter vereist. De overige bewoners/gebruikers beschikken elk over een eigen erfpachtrecht waarmee andere erfpachtafspraken kunnen worden gemaakt.

Sinds 2005 is het bij Amsterdamse gronduitgiftes dan ook gebruikelijk (beleid c.q. een

bestendige gedragslijn) om percelen grond die in appartementsrechten moeten worden gesplitst eerst in appartementsrechten splitsen en vervolgens die individuele appartementsrechten in erfpachtrechten uit te geven.

Het komt in enkele gevallen ook nog wel voor dat na 2005 – op uitdrukkelijk verzoek van de erfpachter/ontwikkelaar - de “oude” werkwijze (eerst uitgeven in erfpacht en daarna splitsen in appartementsrechten) wordt gehanteerd.

Op 22 juni 2016 heeft de Gemeenteraad ingestemd met de invoering van het eeuwigdurende erfpachtstelsel. In het uitgiftebeleid behorende bij het nieuwe eeuwigdurende stelsel is opgenomen dat bij nieuwe uitgiftes de grond eerst in appartementsrechten wordt gesplitst en daarna in erfpacht wordt uitgegeven. De handelswijze die sinds 2005 gemeentelijk beleid was (eerst splitsen in appartementsrechten alvorens in erfpacht uit te geven) wordt dus voortgezet.

Ad. 4. Kennis nemen van de (mogelijke) risico’s van het voortzetten van de huidige obligatoire handelswijze in het erfpachtbeheer, al dan niet in versterkte vorm

Gezien het advies van NautaDutilh dient een afweging te worden gemaakt of de huidige werkwijze in het kader van het erfpachtbeheer dient te worden gewijzigd. NautaDutilh geeft aan dat de huidige werkwijze in geval van een juridische procedure een procesrisico met zich mee brengt. NautaDutilh zegt echter weinig over de aard en de omvang van de risico’s mede omdat er geen concrete casussen en tegenargumenten bekend zijn. Daarom is met behulp van onder meer de afdeling Juridische Zaken van G&O onderzocht wat de risico’s zijn van (het voortzetten van) de huidige obligatoire handelswijze en of deze obligatoire handelswijze mogelijk kan worden “verstevigd” door middel van een kettingbeding of een kwalitatieve verplichting om het procesrisico te verkleinen. Voor reeds op obligatoire wijze uitgevoerde erfpachtwijzigingen biedt dit echter geen oplossing.

Risico´s obligatoire overeenkomst versterkt met kettingbeding:
Het kettingbeding houdt in dat in de overeenkomst wordt opgenomen dat de erfpachter zich verplicht om de afspraak door te leggen aan zijn rechtsopvolger, die zich op zijn beurt moet verplichten de afspraak en de doorlegging van de ketting aan zijn rechtsopvolgers door te leggen. Aan elk van de drie schakels van het kettingbeding wordt over het algemeen een boetebeding verbonden voor het geval de erfpachter de kettingverplichtingen niet nakomt. Op het niet-nakomen van de afspraak (“erfpachtovereenkomst”) staan de in de betreffende AB opgenomen sancties.
Het opnemen van een kettingbeding brengt de volgende risico’s met zich mee:

- De ketting kan gebroken worden. Voor de verkrijger van het betreffende appartementsrecht bestaat geen wettelijke verplichting het kettingbeding te accepteren. De vervreemder mag in dat geval niet leveren. Tot heden is uitgangspunt, dat de met transport belaste notaris toeziet op naleving. In dit kader is tevens van belang dat het gebruik dat notarissen leveringsakten weigeren te passeren onder druk staat. De regelgeving voor de notarissen wordt waarschijnlijk aangepast op dit punt. Als dit daadwerkelijk gebeurt is het verbreken van een kettingbeding niet langer reden voor een notaris om dienst te weigeren. Nadat een ketting gebroken is, rest slechts een verhaalsactie op de in gebreke zijnde schakel.
- Een curator in faillissement is niet gebonden aan het kettingbeding en evenmin

aan de obligatoire overeenkomst tussen de gemeente en de appartementsgerechtigde.
- Een executerend hypotheekhouder en beslaglegger zijn niet gebonden aan het kettingbeding en kunnen het appartementsrecht overdragen zonder de overeenkomst mee over te dragen.

In geval van bijvoorbeeld bestemmingswijzigingen moet de gemeente dus haar verlies nemen en genoegen nemen met de ongewenste situatie, dat het feitelijk gebruik door de opvolgende verkrijger wordt gecontinueerd zonder dat die afwijking van de erfpachtvoorwaarden (obligatoir) geregeld is. Gevolg hiervan zal zijn dat de canonverhoging die aan de bestemmingswijziging was verbonden, niet meer zal worden betaald. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor wijzigingen die in het kader van de CHET hebben plaatsgevonden en niet collectief zijn afgestemd en vastgelegd.

Risico's obligatoire overeenkomst verzwaard met kwalitatieve verplichting
Een kwalitatieve verplichting is een verplichting die bestaat uit een "dulden" of een "niet doen" ten aanzien van een gerechtigde tot het registergoed ten laste waarvan de verplichting is overeengekomen. In dit geval betekent dit dat de appartementsgerechtigde de verplichting opgelegd krijgt ten aanzien van zijn appartementsrecht.
De verplichting wordt vastgelegd in een notariële akte welke wordt ingeschreven in de openbare registers. De kwalitatieve verplichting is daarmee kenbaar voor derden en gaat automatisch over op rechtsopvolgers. Ook de kwalitatieve verplichting brengt enkele risico's met zich mee:
- De verplichting moet een dulden of niet doen inhouden en is dus passief. Negatief geformuleerd verplichtingen die passief lijken maar een actief handelen vergen, houden geen stand. De vraag is of alle afspraken die de gemeente en de erfpachter individueel maken op deze wijze geformuleerd kunnen worden. De kwalitatieve verplichting zal dan in algemene zin inhouden dat de appartementsgerechtigde duldt dat in afwijking van de onderliggende erfpacht voor zijn appartementsrecht andere afspraken gelden. naar het oordeel van G&O is het echter zeer de vraag of al deze afspraken een "dulden" of "niet doen" inhouden, bijvoorbeeld het betalen van een hogere canon.
- Eerdere hypotheekhouders en beslagleggers hoeven een latere kwalitatieve verplichting niet te respecteren.
- In faillissement houdt de kwalitatieve verplichting in beginsel stand, maar ook in dat geval zijn er mogelijk situaties waarin de curator de kwalitatieve verplichting kan negeren. De gedachte leeft dat een curator de verplichting kan negeren, tenzij als gevolg daarvan het beding betekenisloos is bij overdracht van het registergoed. In het geval de kwalitatieve verplichting het dulden van afspraken die afwijken van de onderliggende erfpacht inhoudt, zou het voor kunnen komen dat de curator de verplichting negeert tot aan de overdracht en zich dus tot dat moment slechts gebonden acht aan de afspraken van de onderliggende erfpacht en bijbehorende (lage) canon en bestemming/gebruik. Bij de overdracht van het appartementsrecht zal de curator de kwalitatieve verplichting niet kunnen negeren.

De (versterkte) obligatoire overeenkomst in relatie tot de vereniging van eigenaars
Van belang is hoe obligatoire afspraken zich verhouden tot de interne afspraken die zijn gemaakt binnen de VvE:
- Binnen de VvE zijn afspraken gemaakt over de verdeling van de canon. Obligatoire afspraken tussen één appartementsgerechtigde en de gemeente die leiden tot een hogere canon, kunnen tot problemen binnen de VvE leiden maar

ook tot problemen voor de gemeente. Wanneer de obligatoir overeengekomen canon hoger is dan de canon die de appartementsgerechtigde moet betalen op grond van de splitsingsakte, dan is er voor het surplus geen hoofdelijke verbondenheid van de VvE. De gemeente verliest voor het surplus dus een verhaalsmogelijkheid[1].

- Wanneer de obligatoir overeengekomen canon echter lager is dan de canon die betaald moet worden op basis van de splitsingsakte, is dit een nadeel voor de appartementsgerechtigde. Deze kan zich namelijk jegens de VvE niet van zijn verplichting bevrijden op grond van de met de gemeente gemaakte afspraken.
- Bij in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten kunnen de appartementsrechten op grond van het nemo-plus beginsel[2] niet meer rechten verschaffen dat het erfpachtrecht biedt. De omvang en inhoud van erfpachtrecht en de daarop gevormde appartementsrechten sluiten naadloos op elkaar aan. Dat wil zeggen, dat:
    - bij een handelwijze die uit gaat van wijziging van de erfpacht in z´n geheel, een wijziging in de bestemming en/of bebouwing van de erfpacht tevens zou moeten leiden tot een wijziging van de splitsing. Alleen daardoor kunnen appartementsgerechtigden immers gebruik maken van / gebonden zijn aan wijziging van het erfpachtrecht;
    - bij de huidige handelwijze waarin de wijziging met een individuele appartementsgerechtigde (al dan niet versterkt) obligatoir wordt overeengekomen blijft de splitsingsakte onverkort van kracht; gemeente en appartementsgerechtigde moeten de afspraken binnen de VvE respecteren.

Met de huidige handelwijze van de gemeente omtrent in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten, wordt de splitsingsakte genegeerd en handelt de gemeente in strijd met hetgeen tussen gemeente en appartementsgerechtigde is overeengekomen. Hiermee loopt de gemeente het risico dat zij de verhoudingen binnen de VvE niet respecteert en dat dit tot verzet leidt bij de overige appartementsgerechtigden. Zij hoeven de obligatoire afspraken niet tegen zich te laten gelden en kunnen jegens de gemeente en de andere appartementseigenaren terugvallen op de akte van uitgifte (of een eventuele latere notariële akte waarin de erfpacht is gewijzigd) en de splitsingsakte. De individuele afspraken zijn naar verwachting niet afdwingbaar jegens de overige appartementsgerechtigden en de hogere canon die voortvloeit uit de individuele afspraken valt niet onder de hoofdelijkheid van de VvE. Dit is ook een risico waar NautaDutilh op wijst.

Het voorgaande brengt met zich mee dat de obligatoire afspraken niet alleen versterkt zouden moeten worden door middel van een kettingbeding of een kwalitatieve verplichting, maar dat daarnaast de VvE moet instemmen met afwijkingen van het erfpachtrecht en de splitsingsakte. Wanneer afstemming met de VvE niet plaatsvindt hanteert de gemeente een werkwijze die niet in overeenstemming is met de wet. Van de gemeente mag worden verwacht dat zij de wet naleeft. De afweging hoe groot het risico is dat het een keer mis gaat, zou hierin geen rol moeten spelen.

Ad. 5. Kennis nemen van het feit dat het notariaat tot nu toe heeft meegewerkt aan de huidige obligatoire werkwijze en het feit dat de huidige obligatoire

[1] Van deze verhaalsmogelijkheid maakt de gemeente overigens in de praktijk geen gebruik.
[2] Nemo plus beginsel: niemand kan meer rechten op een ander overdragen dan hij zelf heeft

werkwijze niet of nauwelijks tot problemen heeft geleid;

Erfpachtrechten kunnen slechts worden gevestigd door middel van een notariële akte gevolgd door inschrijving van die akte in de openbare registers (het Kadaster). Ook erfpachtwijzigingen kunnen slechts plaatsvinden door middel van de inschrijving van een notariële akte bij het Kadaster. Juridisch gezien kunnen wijzigingen alleen plaatsvinden als de gehele VVE meewerkt. Indien wijzigingen obligatoir zijn overeengekomen en vastgelegd bestaat er een risico dat de afspraken niet overgaan op rechtsopvolgers.

Het Amsterdamse notariaat (en in mindere mate het Kadaster aangezien het kadaster een "lijdelijk" karakter heeft) heeft (hebben) de afgelopen decennia vele duizenden malen meegewerkt aan het wijzigen van erfpachtrechten op de obligatoire wijze. Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat hiermee een zuiver juridisch gezien onjuiste werkwijze werd gerechtvaardigd. Mogelijk kan dit echter wel als een aanwijzing worden gezien dat het notariaat het wijzigen van erfpachtrechten op obligatoire wijze verdedigbaar en aanvaardbaar vond. De notaris is immers verantwoordelijk voor de juridische juistheid van hetgeen hij in een akte vastgelegd.
In het kader van de VES en de expertsessies die met enkele vertegenwoordigers van het Amsterdamse notariaat hebben plaatsgevonden is de onderhavige problematiek aan de orde gekomen. Uit deze gesprekken bleek dat de betreffende notarissen van mening waren dat appartementsgewijze wijzigingen juridisch gezien onjuist zijn en niet tot de beoogde wijziging van het erfpachtrecht leiden. Een en ander laat echter onverlet dat het Amsterdamse notariaat zoals gezegd in de afgelopen decennia op grote schaal heeft meegewerkt aan de huidige (obligatoire) werkwijze.

NautaDutilh adviseert de huidige obligatoire werkwijze onmiddellijk aan te passen omdat deze juridische risico's met zich mee brengt. Nauta geeft echter ook in haar advies aan dat het betoog dat sprake is van overdracht van de per appartementseigenaar nader gemaakt obligatoire afspraken naar een rechtsopvolger zonder meer kans van slagen heeft. Het is dus niet gezegd dat het procesrisico zich zal verwezenlijken.

Uit de ervaringen van G&O met het erfpachtbeheer in de afgelopen decennia kan in ieder geval worden geconcludeerd dat de obligatoire werkwijze niet tot noemenswaardige problemen heeft geleid. Er bestaan weliswaar (proces)risico's maar gezien het feit dat die risico's zich in de afgelopen decennia nog niet verwezenlijkt hebben kan de vraag worden gesteld hoe reëel de risico's zijn. Van de andere kant kan uit het feit dat de risico's zich niet hebben voorgedaan niet worden afgeleid dat ze zich ook in de toekomst niet voor zullen doen.

Ad. 6. Kennis te nemen van de mogelijkheid de werkwijze in het erfpachtbeheer te wijzigen alsmede de gevolgen daarvan

Algemeen
NautaDutilh adviseert de huidige werkwijze onmiddellijk aan te passen omdat deze juridisch onjuist is en er in geval van een juridische procedure een procesrisico bestaat dat een eventueel opvolgende erfpachter niet aan de overeengekomen erfpachtwijziging gebonden is. Het aanpassen van de huidige werkwijze is mogelijk maar heeft aanzienlijk gevolgen.

Aanpassing van de werkwijze zou er uit bestaan dat elke erfpachtwijziging van een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht voortaan complexgewijs wordt uitgevoerd. Dit houdt in dat een verzoek van een appartementseigenaar tot bijvoorbeeld een bestemmings- of bebouwingswijziging, een tuinuitbreiding of de afkoop van de canon voor zijn appartement slechts nog kan worden doorgevoerd indien alle overige appartementseigenaars (en in veel gevallen ook hun hypotheekhouders) hiermee instemmen en hieraan meewerken. In plaats van de individuele appartementseigenaar zal dus voortaan de gehele VVE of het VVE bestuur moeten worden aangeschreven.

Canonherziening einde tijdvak
Ook de canonherziening einde tijdvak (CHET) zou slechts nog complexgewijs kunnen plaatsvinden. Daardoor verdwijnt de huidige individuele keuze voor de appartementseigenaar om bijvoorbeeld – in afwijking van zijn buren uit dezelfde VVE - te kiezen voor een gemeentelijke aanbieding in plaats van een (duurdere) deskundigenprocedure. Indien voor de deskundigenprocedure wordt gekozen vervalt ook de mogelijkheid voor de appartementseigenaar om een eigen deskundige te kiezen. Deze individuele keuzemogelijkheden had de erfpachter - indien van het begin af aan wijzigingen juridisch correct en dus complexgewijs waren aangeboden en uitgevoerd – natuurlijk nooit gehad, maar nu in de praktijk de afgelopen decennia anders is gehandeld zal het wijzigen van de gemeentelijke handelswijze waarschijnlijk door de erfpachter worden gezien als een inperking van rechten.
De VVE moet het in geval van complexgewijze benadering eens worden over de deskundige die namens de VVE ten behoeve van de CHET procedure wordt aangewezen. De deskundigencommissie maakt vervolgens één CHET rapport voor het gehele appartementencomplex/ erfpachtrecht, waarna de nieuw vastgestelde canon over de appartementsrechten wordt verdeeld volgens de verdeelsleutel die is opgenomen in de splitsingsakte.

Voor wat betreft de CHET procedure zou een wijziging van de werkwijze door de gemeente voor de gemeente overigens tijd en kosten (en voor de erfpachters in ieder geval ook kosten) kunnen besparen omdat er slechts één commissie in het complex aan het werk gaat die één rapport uitbrengt. Ook in de notariële kosten en kadasterkosten voor de verdere vastlegging van de wijziging kan dit aanzienlijk schelen. In de huidige praktijk zijn er soms meerdere commissies en meerdere rapporten (en dus ook meerdere waarderingsmethodes) binnen een complex. De CHET wordt dan ook in meerdere notariele aktes (per appartementsrecht) vastgelegd.

Afkoop van de canon en verlengde afkoop onder de AB 1994
Wijziging van de werkwijze zou ook aanzienlijke gevolgen hebben voor gevallen waarin de AB 1994 van toepassing zijn. De AB1994 biedt de mogelijkheid voor de erfpachter om zijn huidige tijdvak eenmalig met maximaal 50 jaar te verlengen onder de verplichting om de canon voor het huidige en het toekomstige tijdvak vooruit te betalen (af te kopen). Hiermee wordt een canonherziening einde tijdvak met maximaal 50 jaar uitgesteld. Ook deze mogelijkheid is in het verleden appartementsgewijs en op basis van individuele besluiten van appartementseigenaars toegestaan en toegepast. Dit heeft er echter toe geleid dat er binnen een complex op dit moment verschillende Algemene Bepalingen van toepassing zijn. Zuiver juridisch gezien zou verlengde afkoop slechts complexgewijs,

dus met instemming en medewerking van alle appartementseigenaars, kunnen plaatsvinden. Aangezien het appartementsgewijs verlengd afkopen de afgelopen decennia ook appartementsgewijs is toegestaan zal een wijziging van de huidige werkwijze naar alle waarschijnlijkheid tot protesten van erfpachters leiden omdat hen deze (individuele) mogelijkheid wordt ontnomen.

Ontbreken overeenstemming binnen de VVE
Indien een van de appartementseigenaars binnen het complex – om welke reden dan ook – niet instemt of meewerkt aan de wijziging zal de wijziging niet kunnen plaatsvinden. Dit zal bijvoorbeeld aan de orde zijn in gevallen waar er binnen een VVE sprake is van een conflictsituatie (burenruzie). Hoe groter het complex, hoe lastiger het zal zijn om consensus te bereiken en medewerking van alle appartementseigenaren te bewerkstelligen. Dit kan de mogelijkheden om erfpachtwijzigingen door te voeren belemmeren, maar van de andere kant is dat nu eenmaal het gevolg van het feit dat een appartementseigenaar deel uitmaakt van een VVE. Dat impliceert dat over sommige zaken die de gehele VVE aangaan, overeenstemming moet worden bereikt.

Juridisch gezien bestaat er in sommige gevallen de mogelijkheid om onwelwillende VVE leden via de rechter tot medewerking te dwingen. Dit is voor de appartementseigenaar en de overige VVE leden een vervelende, langdurige en vaak kostbare procedure. Ook is de verwachting dat de rechter slechts in een beperkt aantal gevallen een erfpachter/VVE lid zal veroordelen om mee te werken aan een door de buurman gewenste wijziging.

Voor erfpachtwijzigingen is in veel gevallen ook de toestemming van de bank (hypotheekhouder) van de appartementseigenaar nodig. Indien alle leden van de VVE moeten meewerken aan een erfpachtwijziging zullen ook alle hypotheekhouders (en eventuele beslagleggers) moeten instemmen. Hiervoor zal de notaris die de erfpachtwijziging notarieel vastlegt zorg moeten dragen. In de praktijk is dit, zeker in geval van grotere appartementencomplexen, een zeer tijdrovend en kostbaar proces.

Ad. 7. Kennis nemen van de mogelijkheid om de juridische constructie bij in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten te wijzigen (“om te keren”)

Een ‘omkering van de splitsing’ kan een oplossing bieden voor de problematiek die is ontstaan in de huidige erfpachtpraktijk. Omkering leidt er toe dat de volgorde erfpachtuitgifte-appartementensplitsing wordt omgedraaid en een situatie wordt bereikt waarbij de grond eerst in appartementsrechten is gesplitst en de appartementsrechten in erfpacht zijn uitgegeven. Dit is gelijk aan de huidige wijze van uitgifte, zoals hiervoor onder Ad 3 omschreven.

Dit is echter een oplossing waarbij wederom de gehele VvE (en alle hypotheekhouders) moet instemmen en meewerken. Onduidelijk is echter nog wat de fiscale consequenties[3] zijn voor de erfpachters, welke (notariële) kosten en aan de omkering zijn verbonden en in hoeverre erfpachters bereid zullen zijn om hieraan mee te werken.

[3] Hierover heeft G&O al geruime tijd geleden contact gezocht met de Belastingdienst. Een uitspraak van de Belastingdienst is er op dit punt echter nog niet.

Op dit moment wordt bij G&O als proef aan erfpachters die hun complex in appartementsrechten willen splitsen aangeboden om de juridische situatie om te keren zodat de situatie van in erfpacht uitgegeven appartementsrechten wordt bereikt. Over de bereidheid van erfpachters om hieraan mee te werken is echter op dit moment nog niets te zeggen.

Ad. 8. Kennis te nemen van de relatie van de huidige obligatoire werkwijze in het erfpachtbeheer met de obligatoire overstapmogelijkheid naar het nieuwe eeuwigdurende erfpachtstelsel

Het advies van NautaDutilh ten aanzien van de obligatoire overeenkomst is diffuus. Enerzijds geeft NautaDutilh aan dat de huidige handelswijze, waarbij erfpachtwijzigingen per appartementsrecht worden toegepast (obligatoir), juridisch niet juist is en het wenselijk is om de handelswijze bij erfpachtwijzigingen aan te passen. Door middel van omkering zoals onder ad 7 omschreven kunnen appartementencomplexen waar dit in het verleden toch “fout” is gegaan, in juridische zin worden gerepareerd.

Tegelijkertijd geeft NautaDutilh aan dat de obligatoire overeenkomst, zeker als deze juridisch wordt versterkt, een mogelijkheid is om voor appartementsrechten individueel te kunnen overstappen. Van belang in dit licht is ook dat de gemeente Den Haag de obligatoire overeenkomst hanteren om de overstap naar eeuwigdurende erfpacht mogelijk te maken.

De onderhavige problematiek heeft ook betrekking op de mogelijkheid om individueel danwel complexgewijs/collectief over te stappen naar het nieuwe eeuwigdurende erfpachtstelsel. In het kader van VES zal door G&O aan het BT VES worden voorgesteld:

- Overstap tussentijds: obligatoir is het uitgangspunt en omkeren en complexgewijs hebben we achter de hand als dat de wens van de erfpachter is.
- Overstap bij einde tijdvak: Dit is alleen complexgewijs mogelijk of door middel van omkering. Dat brengt met zich mee dat de CHET-procedure ook complexgewijs moet worden uitgevoerd.

Bij tussentijdse overstap kan omkering naar het oordeel van G&O niet verplicht worden gesteld en de verwachting is dat het er in de praktijk vanwege de complexiteit (iedereen moet meewerken, ook alle banken), de kosten en de mogelijke fiscale consequenties niet van zal komen dat omgekeerd gaat worden.
Een CHET is nog het enige moment waarop er voor alle erfpachters binnen een complex op hetzelfde moment iets met het erfpachtrecht moet gebeuren en waarbij je dus alle appartementsgerechtigden hebt. Dat is dus een goed moment om door middel van de omkering de gewenste juridische situatie te krijgen.

Dit besluit om in het kader van VES door middel van een obligatoire overeenkomst een overstap naar het nieuwe stelsel mogelijk te maken is mogelijk maar is (gezien ook het advies van NautaDutilh) tegelijk suboptimaal. Hoewel de obligatoire overeenkomst ook in andere steden wordt toegepast kunnen er (vanuit zakenrechtelijk oogpunt) mogelijke risico’s zijn omdat rechtsopvolgers van de partijen

niet zondermeer aan de obligatoire overeenkomst zijn gebonden. Daarom is met betrekking tot de VES overstap het voorstel gedaan om de obligatoire overeenkomst te verzwaren met een kettingbeding en een kwalitatieve verplichting. Op deze manier kunnen rechtsopvolgers steviger aan de afspraken worden gebonden. Het door NautaDutilh genoemde risico wordt hiermee echter niet geheel weggenomen.

Van belang is ook dat indien één (of meerdere, doch niet alle) van de appartementseigenaars binnen een appartementencomplex individueel, door middel van een obligatoire overeenkomst overstapt naar de AB2016, het lastiger (zo niet onmogelijk) kan worden om overige erfpachtwijzigingen voor het erfpachtcomplex collectief, met instemming van alle appartementseigenaars te laten plaatsvinden. Hiervoor zal in de uitwerking aandacht zijn.

NautaDutilh adviseert ook om de communicatie omtrent de AB2016 zodanig in te kleden dat een overstap complexgewijs, met instemming en medewerking van de gehele VVE, te laten plaatsvinden. Aangezien de verwachting is dat de eis van collectieve overstap of omkering er toe zal leiden dat overstap naar het nieuwe eeuwigdurende stelsel slechts in zeer beperkte mate zal plaatsvinden, is besloten om desalniettemin – in afwijking van het advies van NautaDutilh - slechts bij CHET een collectieve overstap te verplichten en voor de tussentijdse overstap de (versterkte) obligatoire werkwijze te hanteren.
Er is op dit moment een beperkt beeld van de risico's die uit de obligatoire overeenkomst kunnen voortkomen omdat deze niet goed zijn te voorzien. Ook NautaDutilh kan deze niet benoemen. Bij de verdere uitwerking van de Overstapregeling en obligatoire overeenkomst zullen steeds consequenties en eventuele risico's van de obligatoire overeenkomst in beeld worden gebracht en benoemd. Dit om er voor te zorgen dat de obligatoire overeenkomst tegemoet komt aan het doel en de risico's maximaal ondervangt.

Indien een appartementseigenaar in het complex obligatoir, individueel overstapt in het kader van VES naar het eeuwigdurende erfpachtsysteem is het overigens ook zeer moeilijk denkbaar dat de erfpachters later nog als "collectief" optreden bij erfpachtwijzigingen.

Ad. 9. in te stemmen met het voortzetten van de huidige obligatoire werkwijze – inclusief versterking - bij erfpachtwijzigingen in het reguliere erfpachtbeheer

G&O is zich er van bewust dat de bovenstaande materie zeer complex is. Het aantal erfpachtwijzigingen dat in het verleden op de obligatoire werkwijze heeft plaatsgevonden is groot. NautaDutilh wijst er in haar advies terecht op dat de huidige obligatoire werkwijze risico's met zich mee brengt. Ook bij een versterking van de huidige obligatoire werkwijze blijven de risico's (zij het in beperktere mate) bestaan.

Omkering van erfpachtrechten kan een mogelijke manier zijn om de in het verleden ontstane problematiek op te lossen. Het is echter de vraag of erfpachters de omkering, gezien de complexiteit (iedereen moet meewerken, ook de banken), de aanzienlijke kosten en mogelijke fiscale consequenties, als oplossing zullen aanvaarden voor de ontstane problematiek.

De benoemde risico's hebben zich de afgelopen jaren echter niet voorgedaan en ook

het notariaat heeft de huidige werkwijze altijd gefaciliteerd. Nauta geeft in haar advies aan dat het betoog dat sprake is van overdracht van de per appartementseigenaar nader gemaakt obligatoire afspraken naar een rechtsopvolger zonder meer kans van slagen heeft, maar wijst daarbij op procesrisico's..

Het wijzigen van de huidige werkwijze in het erfpachtbeheer zal er waarschijnlijk tot grote problemen bij erfpachtwijzigingen leiden indien erfpachters binnen een complex geen overeenstemming bereiken.

In het kader van de VES is besloten om een appartementsgewijze obligatoire tussentijdse overstap mogelijk te maken en complexgewijze overstap slechts in het geval van overstap bij CHET te verplichten.

Alles overwegende adviseert G&O om de huidige obligatoire werkwijze, ondanks de genoemde risico's in het reguliere erfpachtbeheer voort te zetten. Een aanpassing van de werkwijze zal er toe leiden dat erfpachtwijzigingen slechts zeer beperkt kunnen plaatvinden. Omdat de genoemde (juridische) risico's zich niet hebben verwezenlijkt en het betoog dat sprake is van overdracht van de per appartementseigenaar nader gemaakt obligatoire afspraken naar een rechtsopvolger zonder meer kans van slagen heeft acht G&O het door Nauta genoemde procesrisico aanvaardbaar.

G&O stelt wel voor om de obligatoire overeenkomst (door middel van kettingbedingen en/of kwalitatieve verplichtingen, zie hiervoor ad 4.) te versterken om het door NautaDutilh genoemde procesrisico te verkleinen.

Ad.10. Aangeven of u deze notitie in al dan niet gewijzigde vorm wil bespreken in het BT VES en/of het College

Gezien

- de aard en de omvang van de problematiek en de mogelijke risico's van de huidige werkwijze;
- de aanzienlijke consequenties voor de erfpachters die een wijziging van de werkwijze in het erfpachtbeheer kan hebben;
- de nauwe verwevenheid met de (obligatoire) overstapmogelijkheid in het kader van de VES;

adviseert G&O deze notitie (al dan niet in gewijzigde vorm) ter bespreking te agenderen voor het BT VES en ter bespreking en besluitvorming te agenderen voor het College van B&W.

Stukken

Meegezonden stukken

Advies NautaDutilh inzake obligatoire handelswijze in het erfpachtbeheer.

Verdere procedurestappen met data

Indien u dat aangeeft zal de problematiek worden geagendeerd in het BT VES en/of het College van B&W.
Ander overleg: n.v.t.

Gemeente Amsterdam
Staf Ruimtelijke Ordening en Grondzaken
Agendapunt, 12 september 2016

STAF

Publiciteit / communicatie

n.v.t.

Wijze van voorbereiding

Afstemming met andere dienst	n.v.t.
Resultaat overleg met directie/bestuursdienst	BA: Gezien. Op verzoek van BA ook aan DJZ gezonden DJZ: Toegezonden maar nog geen reactie ontvangen
Ander overleg	n.v.t.

Productinformatie

Opdracht verleend	n.v.t.
Financiering/budget	n.v.t.
Tijd	n.v.t.
Kwaliteit	n.v.t.

Beslissing

Behandelend ambtenaar

5.1.2e 5.1.2e geo; Erfpacht en Uitgifte; 5.1.2e @amsterdam.nl; 5.1.2e