Risico's van wijzigingen in de erfpacht op obligatoire wijze versterkt door middel van een kettingbeding of een kwalitatieve verplichting

Uitgangspunten:

- Obligatoire overeenkomst versterkt met een kettingbeding en boetebeding
- Obligatoire overeenkomst in de vorm van een kwalitatieve verplichting

Risico´s

1) 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 afspraak en doorlegging 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 al deze gevallen moet de gemeente haar verlies nemen en dealen met de ongewenste situatie, dat het feitelijk gebruik door de opvolgende verkrijger wordt gecontinueerd zonder dat die afwijking van de erfpachtvoorwaarden (obligatoir) geregeld is.

2) 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. Het is echter 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.

3) <u>De (versterkte) obligatoire overeenkomst in relatie tot de vereniging van eigenaars:</u>

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.
  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 niet meer rechten verschaffen dat het erfpachtrecht biedt. De omvang en inhoud van erfpachtrecht en de daarop gevormde appartementsrechten naadloos op elkaar aan. Dat wil zeggen, dat:
  - bij een handelwijze die uit gaat van <u>wijziging van de erfpacht in z'n geheel</u>, een wijziging in de bestemming en/of bebouwing van de erfpacht tevens zou moeten leiden tot een wijziging van de splitsingsakte. Alleen daardoor kunnen appartementsgerechtigden immers gebruik maken van / gebonden zijn aan de wijziging van het erfpachtrecht;
  - bij de huidige handelwijze waarin de wijziging <u>met een individuele appartementsgerechtigde</u> (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 wel genegeerd en vaak handelen in strijd daarmee tussen gemeente en appartementsgerechtigde 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.