Gemeente Amsterdam

KABINET

In appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten en de overstap naar eeuwigdurende erfpacht

Aan Bestuurlijk Team Vernieuwing Erfpachtstelsel: Wethouder Van der Burg (Grondzaken), wethouder Ivens (Wonen), wethouder Kock (Financien)

Van Projectteam VES (Werkgroep Juridische effecten)

Datum 12 maart 2015

Gevraagde beslissing

Kennis te nemen van:

1. De verschillende juridische constructies met betrekking tot erfpacht en appartementsrechten; te weten in appartementsrechten gesplitste erfpacht en erfpacht gevestigd op afzonderlijke appartementsrechten.
2. De twee mogelijke oplossingen om de overstap naar eeuwigdurende erfpacht bij erfpachtrechten die zijn gesplitst in appartementsrechten mogelijk te maken, te weten:
   i) Het structureel wijzigen van de juridische constructie waardoor in de toekomst alle wijzigingen per appartementsrecht mogelijk zijn. Deze oplossing zal vele jaren vergen maar geeft de grootste juridische zekerheid. Deze oplossing is niet alleen in verband met de Vernieuwing verstandig, maar eveneens in verband met het beheer van de bestaande in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten.
   ii) De mogelijkheid van een obligatoire overeenkomst waarbij appartementsgerechtigden op korte termijn individueel over kunnen stappen naar eeuwigdurende erfpacht, indien de eerste oplossing niet of nog niet is gerealiseerd en daardoor de individuele overstap naar eeuwigdurende erfpacht in de weg staat. Deze mogelijkheid kan op korte termijn worden gerealiseerd maar geeft een minder grote juridische zekerheid.
3. De afgevallen oplossingen voor de overstap naar eeuwigdurende erfpacht bij erfpachtrechten die zijn gesplitst in appartementsrechten (bijlage).

In te stemmen met:

4. Het voornemen om in het kader van de vernieuwing van het erfpachtstelsel beleid op te stellen dat voorschrijft dat bij de uitgifte in erfpacht de erfpacht altijd wordt gevestigd op afzonderlijke appartementsrechten.

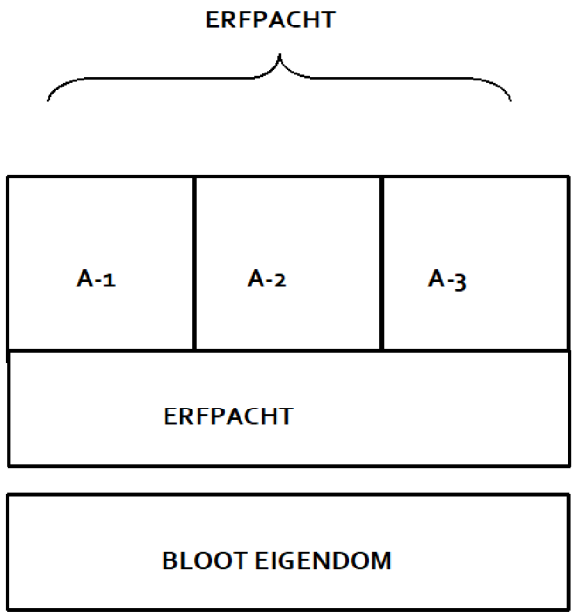
5. Het uitwerken van een concreet maatregelenpakket om de juridische constructie van alle appartementsrechten de komende jaren aan te passen. Het gaat hier waarschijnlijk om een langjarig proces waarop menskracht, middelen en juridisch kader pas moeten worden gemaakt.
6. Het verder uitwerken van de obligatoire overeenkomst ten behoeve van de overstapregeling met als doel zo veel mogelijk juridische zekerheid te geven, de beperkingen van deze oplossing zo veel mogelijk ondervangen en daarbij gebruik te maken van de kennis van andere steden en experts.

Toelichting op de beslispunten

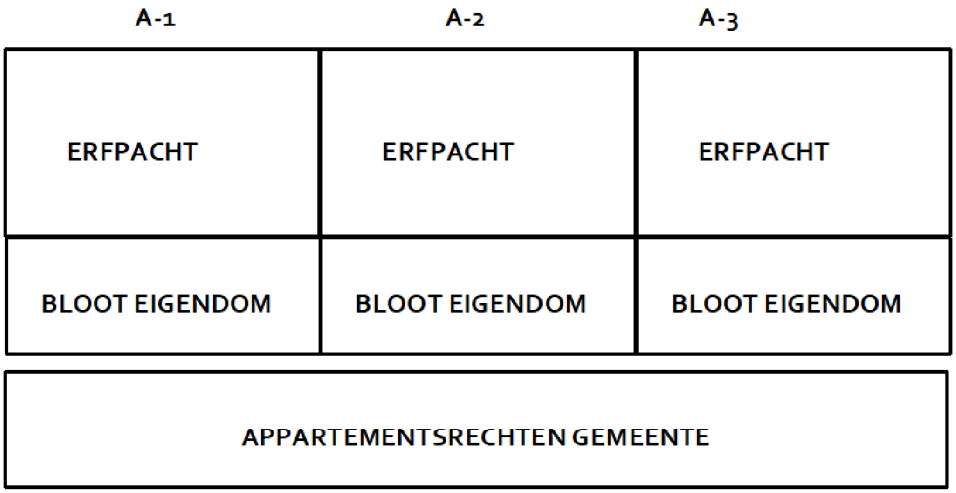
Ad. 1. De verschillende juridische constructies met betrekking tot erfpacht en appartementsrechten

Voor een goed begrip van deze notitie is het noodzakelijk om twee situaties van elkaar te onderscheiden, te weten i.) in appartementsrechten gesplitste erfpacht en ii.) erfpacht gevestigd op appartementsrechten afzonderlijk.

i.) In appartementsrechten gesplitste erfpacht houdt in dat een perceel dat in erfpacht wordt uitgegeven waarna het erfpachtrecht wordt gesplitst in appartementsrechten. Hierbij blijft sprake van één erfpachtrecht met één set toepasselijke algemene bepalingen en één set toepasselijke bijzondere bepalingen. Voor het gehele recht geldt dus één canon, één bestemming en één tijdvak. Er ontstaat een vorm van mede-eigendom; alle appartementsgerechtigden samen zijn erfpachter. Een wijziging van het erfpachtrecht kan slechts plaatsvinden indien alle appartementsgerechtigden hier mee instemmen.
Deze situatie ziet er schematisch als volgt uit:



ii.) Erfpacht gevestigd op appartementsrechten afzonderlijk houdt in dat voorafgaand aan de uitgifte in erfpacht reeds een appartementensplitsing heeft plaatsgevonden door de volle eigenaar (in dit geval de gemeente). De vol eigenaar geeft vervolgens de appartementsrechten afzonderlijk uit in erfpacht. Op elk individueel appartementsrecht wordt een erfpachtrecht gevestigd met z'n eigen algemene bepalingen en bijzondere bepalingen. Elk appartementsrecht heeft dus een eigen canon, tijdvak en bestemming. Voor de wijziging van het erfpachtrecht is alleen de betreffende appartementsgerechtigde nodig.
Deze situatie ziet er schematisch als volgt uit:



Situatie i. heeft veelvuldig plaatsgevonden en vindt nog steeds regelmatig plaats in Amsterdam. Een groot deel van de Amsterdamse erfpachtrechten is dan ook gesplitst in appartementsrechten. Na een appartementensplitsing blijft er sprake van één erfpachtrecht. Alle appartementsgerechtigden tezamen zijn erfpachter. Dit brengt met zich mee dat steeds àlle appartementsgerechtigden moeten instemmen met àlle wijzigingen van het erfpachtrecht. Bij de appartementensplitsing wordt de canon over de appartementsrechten verdeeld. De vereniging van eigenaars is hoofdelijk verbonden voor de door één of meerdere appartementsgerechtigden verschuldigde canon.
Het voorgaande betekent dat voor een overstap naar eeuwigdurende erfpacht instemming van alle appartementsgerechtigden vereist is indien sprake is van een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht. Dit is niet flexibel en beperkt de keuzevrijheid van erfpachters. In het kader van de vernieuwing van het erfpachtstelsel en in het bijzonder de overstapregeling is door de raadsleden Van der Ree en Boomsma juist gevraagd of per appartementsrecht kan worden overgestapt.

Overigens voert de gemeente voor huidige in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten (situatie i) wel wijzigingen door per appartementsrecht. Dit is juridisch niet correct en brengt mogelijk risico's met zich mee. De wethouder grondzaken is hiervan op de hoogte gebracht en op dit moment vindt nader onderzoek plaats naar een mogelijke oplossing hier voor.

Ad. 2 De twee oplossingen met betrekking tot de overstap naar eeuwigdurende erfpacht bij erfpachtrechten die zijn gesplitst in appartementsrechten.

Zoals voorgaand vermeld is een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht inflexibel omdat voor elke wijziging van het erfpachtrecht de instemming van alle appartementsgerechtigden vereist is. Flexibiliteit is gewenst zodat wijzigingen (bijvoorbeeld de overstap naar eeuwigdurende erfpacht) wel per appartementsrecht plaats kunnen vinden. Daarom is gekeken naar oplossingen die deze flexibiliteit bij dergelijke rechten toch kunnen bieden. De volgende opties zijn bekeken:

- *Wijzigingen per appartementsrecht met aanpassing van de juridische constructie: Erfpacht op afzonderlijke appartementsrechten c.q. wooneenheden:*
  De juridische constructie van in appartementsrechten gesplitste erfpacht moet dusdanig worden aangepast dat de erfpacht niet langer op het perceel rust (situatie i.), maar dat er afzonderlijke erfpachten rusten op alle appartementsrechten c.q. wooneenheden afzonderlijk. Op die manier ontstaat bijvoorbeeld de situatie die nu het uitgangspunt is bij de uitgifte in erfpacht (situatie ii.) zoals hiervoor onder 1 omschreven. Er is een aantal mogelijkheden bedacht om te komen tot erfpacht op afzonderlijke appartementsrechten c.q. wooneenheden. De mogelijkheden lopen uiteen van juridisch heel zuiver, maar zeer ingrijpend c.q. complex tot juridisch minder zuiver of experimenteel en minder ingrijpend. Grond en Ontwikkeling adviseert om één van deze mogelijkheden toe te passen. Dit wordt hieronder nader toegelicht.
- *Wijzigingen per appartementsrecht zonder aanpassing van de juridische constructie:*
  Mogelijkheden om wijzigingen per appartementsrecht door te voeren op een wijze die juridisch correct is en waarbij de juridische constructie niet wordt gewijzigd, zodat sprake blijft van een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht (situatie i.). Hiervoor is één mogelijkheid gevonden, de obligatoire overeenkomst, en deze wordt hieronder nader toegelicht.

Voor enkele oplossingsrichtingen is reeds advies gevraagd aan vooraanstaande juristen op het gebied van onroerend goed die bekend zijn met erfpacht en het Amsterdamse stelsel. De strekking van dit advies wordt eveneens weergegeven in de toelichting op de oplossingsrichtingen. Ook wanneer (nog) geen advies is gevraagd wordt dit weergegeven in de toelichting.
De volgende juristen hebben op één of meerdere oplossingsrichtingen advies gegeven:
- De heer prof. mr. 5.1.2e : Hoogleraar notarieel recht aan de Universiteit Leiden.
- Mevrouw dr. mr. 5.1.2e Voormalig hoogleraar notarieel recht aan de Universiteit Utrecht en thans adviseur bij NautaDutilh en raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof Arnhem.
- De heer prof. mr. 5.1.2e : Universitair hoofddocent/onderzoeker aan de TU Delft en bijzonder hoogleraar aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

Ad. 3 De afgevallen oplossingen voor de overstap naar eeuwigdurende erfpacht bij erfpachtrechten die zijn gesplitst in appartementsrechten

De overige oplossingen die zijn bekeken maar uiteindelijk zijn afgevallen, worden toegelicht in de bijlage (vanaf pagina 9).

Ad. 4 Het voornemen om beleid op te stellen dat voorschrijft dat bij de uitgifte in erfpacht de erfpacht altijd wordt gevestigd op afzonderlijke appartementsrechten.
Bij de uitgifte in erfpacht kan situatie ii. worden gecreëerd wanneer de gemeente splitst in appartementsrechten en deze vervolgens afzonderlijk uitgeeft in erfpacht. Hiermee ontstaat per appartementsrecht een afzonderlijk erfpachtrecht dat ook afzonderlijk gewijzigd kan worden, waardoor afzonderlijke erfpachters volledige keuzevrijheid hebben. Dit brengt tevens met zich mee dat géén sprake is van hoofdelijke verbondenheid van de appartementsgerechtigden voor de canon die op één erfpachtrecht niet voldaan is. Het voordeel hiervan is dat de gemeente verhaal kan halen op elk met een appartementsrecht samenvallend erfpachtrecht afzonderlijk. Deze wijze van uitgeven in erfpacht zorgt dus in meerdere opzichten voor flexibiliteit.

Bij projecten met verschillende bestemmingen of waarbij sprake is van meer zelfstandig te gebruiken eenheden (koop-/huurwoningen) geeft Grond en Ontwikkeling sinds 2014 op deze wijze in erfpacht uit, maar kan dit (nog) niet in alle gevallen afdwingen. Bijvoorbeeld bij (Duitse) beleggers bestaat ook bij huurwoningen een voorkeur voor erfpacht op de grond en niet op de op die grond te realiseren appartementsrechten. Grond en Ontwikkeling is voornemens alleen nog maar op de hiervoor omschreven wijze uit te geven in erfpacht. In het kader van de vernieuwing van het erfpachtstelsel is het voornemen om dit in beleid formeel vast te leggen zodat het ook kan worden afgedwongen. Hiermee ontstaan flexibele en toekomstbestendige erfpachtrechten. Dit beleid zal in een later stadium aan het BT worden voorgelegd.

Ad 5. Uitwerking structurele oplossing, het wijzigen van de juridische constructie

Het wijzigen van de juridische constructie (binnenstebuiten keren van de splitsing) waardoor de erfpacht op de afzonderlijke appartementsrechten komt te rusten:
Deze oplossing leidt tot de juridisch meest zuivere en een flexibele situatie. Om deze situatie te bereiken is echter eerst medewerking van alle appartementsgerechtigden nodig. Pas daarna is het mogelijk om individueel over te stappen naar eeuwigdurende erfpacht. Daarnaast zal de uitwerking relatief veel tijd in beslag nemen en kosten (notarieel en mogelijk ook fiscaal) met zich meebrengen.
Omdat deze oplossing leidt tot een juridisch zuivere, stabiele en flexibele situatie is deze oplossing niet alleen wenselijk in verband met de Vernieuwing van het erfpachtstelsel en de overstap naar eeuwigdurende erfpacht, maar tevens in verband met het beheer van de huidige voortdurende erfpachtrechten die in appartementsrechten zijn gesplitst.
Deze oplossing kan toegepast worden zonder dat direct wordt overgestapt naar eeuwigdurende erfpacht. Door zo veel mogelijk rechten binnenstebuiten te keren ontstaan flexibele erfpachtrechten waarbij in de toekomst op een juridisch correcte en risicoloze manier alle wijzigingen per appartementsrecht plaats kunnen vinden. Indien het op een later moment wel wenselijk is om over te stappen naar eeuwigdurende erfpacht, dan zijn deze rechten daar op voorbereid.

Het is mogelijk de situatie van in appartementsrechten gesplitste erfpacht (situatie i.) om te keren naar erfpacht op de afzonderlijke appartementsrechten (situatie ii.). Om dit te bereiken moet het volgende gebeuren:
- De appartementensplitsing moet worden opgeheven.
- De erfpacht moet worden beëindigd waardoor de gemeente wederom vol eigenaar wordt.

- De gemeente moet splitsen in appartementsrechten.
- Er moet erfpacht worden gevestigd op alle appartementsrechten afzonderlijk. Op dit moment kan direct eeuwigdurende erfpacht worden gevestigd. Het is echter ook mogelijk om een voortdurend erfpachtrecht te vestigen dat overeenkomt met de rechten en verplichtingen die al golden tussen de gemeente en de appartementsgerechtigde op basis van de erfpacht die beëindigd is.

Dit is juridisch de meest zuivere vorm, omdat hiermee wordt bereikt dat in de toekomst alle wijzigingen in de erfpacht per appartementsrecht plaats kunnen vinden. Deze oplossing is echter tevens zeer ingrijpend en omslachtig. Hiervoor is namelijk niet alleen de medewerking van alle appartementsgerechtigden vereist, maar ook die van (eventuele) hypotheekhouders. Daarnaast moet rekening gehouden worden met reservepotjes van de VvE.
Voorts zijn er fiscale consequenties, omdat de erfpacht wordt beëindigd en opnieuw wordt gevestigd. Het beëindigen van de erfpacht is een verkrijging door de gemeente. In beginsel is over een dergelijke verkrijging overdrachtsbelasting verschuldigd. De gemeente is hier echter van vrijgesteld. Het opnieuw vestigen van de erfpacht is echter ook een verkrijging, dit keer door de erfpachter. Over deze verkrijging is de erfpachter overdrachtsbelasting verschuldigd. Het is mogelijk dat Grond en Ontwikkeling met de belastingdienst in overleg te treedt in verband met de heffing van overdrachtsbelasting bij de erfpachter. Mogelijk kan hierover met de belastingdienst een ruling worden getroffen, op grond waarvan geen of in beperkte mate overdrachtsbelasting verschuldigd is. Dit vergt echter tijd.
Ten slotte is van belang dat deze oplossingsrichting veel handelingen vergt die tevens in een notariële akte moeten worden vastgelegd. Dit brengt kosten met zich mee.
Overigens is de erfpachter wel gebonden aan de regels die gelden binnen de VvE (bijvoorbeeld het splitsingsreglement en het huishoudelijk reglement) en dus toestemming nodig heeft voor bepaalde handelingen, maar dit staat los van de relatie die de appartementsgerechtigde als erfpachter heeft met de gemeente waarin de VvE geen rol meer speelt.

Advies betrokken deskundigen:
Mevrouw 5.1.2e heeft benadrukt dat op deze manier inderdaad per appartementsrecht afzonderlijke erfpachtrechten ontstaan die ook afzonderlijk gewijzigd kunnen worden. Deze optie is naar haar mening het meest solide en toekomstbestendig. De route er naartoe is echter wel complex en met enige risico's.

Het faciliteren van het binnenstebuiten keren van de splitsing
Het binnenste buiten keren van de splitsing leidt tot de voor alle belanghebbenden meest wenselijke situatie, zowel vanuit het oogpunt van de Vernieuwing van het erfpachtstelsel en de overstap naar eeuwigdurende erfpacht als vanuit het beheer van de huidige voortdurende erfpachtrechten. Het is echter wel een ingrijpende wijziging die kosten (notarieel en mogelijk ook fiscaal) met zich mee zal brengen. Dit kan tot gevolg hebben dat appartementsgerechtigden niet aan deze oplossing mee willen werken, terwijl wel de medewerking van alle appartementsgerechtigden is vereist. Wanneer het echter wenselijk is zo veel mogelijk rechten binnenstebuiten te keren, kan overwogen worden of de gemeente deze oplossing kan en wil faciliteren. Ook kan worden bekeken of het notariaat hier een rol in kan spelen, aangezien door notarissen altijd is meegewerkt aan het doorvoeren van wijzigingen per appartementsrecht.

Het faciliteren van de oplossing brengt met zich mee dat tijd, geld en energie moet worden gestoken in de communicatie van deze oplossing en tevens in de uiteindelijke uitwerking ervan. Tevens zal een inschatting moeten worden gemaakt van de te verwachten kosten. Wellicht zal vooraf bekeken kunnen worden welke categorieën erfpachtrechten het meest geschikt zijn voor deze oplossing zodat deze erfpachters benaderd kunnen worden.

Deze oplossing neemt decennia in beslag en is kwetsbaar omdat deze alleen succesvol is als alle appartementsgerechtigden hier aan mee willen werken. Aangezien de oplossing in juridische zin echter het meeste zekerheid biedt en daarmee toekomstvast is, wordt voorgesteld om een programma op te zetten om appartementseigenaren de komende jaren actief te benaderen om splitsingen "binnenstebuiten" te keren.
De komende maanden zal in beeld worden gebracht welke doelstellingen, werkwijze en juridische kaders daarvoor kunnen worden gehanteerd. Vervolgens wordt in beeld gebracht welke capaciteitsinzet dit vraagt en in hoeverre die binnen de huidige capaciteit van Grond en Ontwikkeling past.

Ad 6. Uitwerking van de obligatoire overeenkomst

Wijzigingen per appartementsrecht zonder aanpassing van de juridische constructie:
Wijzigingen per appartementsrecht door middel van obligatoire overeenkomsten voorzien van een kettingbeding (met boetebeding) en/of een kwalitatieve verplichting
Hierdoor ontstaat een situatie waarin direct per appartementsrecht kan worden overgestapt naar eeuwigdurende erfpacht zonder dat de juridische constructie wordt gewijzigd. Aan de obligatoire overeenkomst zal een kettingbeding (met boetebeding) worden gekoppeld en/of een kwalitatieve verplichting.

Om een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht te wijzigen is toestemming van alle appartementsgerechtigden vereist. Afspraken met individuele appartementsgerechtigden zijn obligatoire overeenkomsten. Dergelijke overeenkomsten gelden slechts tussen de partijen die de overeenkomst hebben gesloten. Rechtsopvolgers van de partijen zijn hier niet aan gebonden. Een obligatoire overeenkomst kan echter worden verzwaard met een kettingbeding en/of een kwalitatieve verplichting. Op deze manier kunnen rechtsopvolgers aan de afspraken worden gebonden. Het is dus mogelijk om appartementsgerechtigden individueel over te laten stappen naar eeuwigdurende erfpacht door middel van een kettingbeding en/of kwalitatieve verplichting. Zowel het kettingbeding als de kwalitatieve verplichting zijn echter niet waterdicht. Beide rechtsfiguren worden hieronder nader toegelicht.

Een kettingbeding houdt in dat in de overeenkomst wordt opgenomen dat de erfpachter zich verplicht om de afspraak door te leggen aan zijn rechtsopvolger. Aan een kettingbeding wordt over het algemeen een boetebeding verbonden voor het geval de erfpachter de verplichting niet nakomt. Aan een kettingbeding kleven wel enkele risico's. Zo kan de ketting gebroken worden. Er bestaat voor de verkrijger geen wettelijke verplichting tot het accepteren van het kettingbeding. Daarnaast zijn een executerende hypotheekhouder en een curator in faillissement in beginsel niet gebonden aan de obligatoire overeenkomst en het kettingbeding en kunnen in beginsel overdragen zonder de overeenkomst mee over te dragen.

Het is ook mogelijk om de overeenkomst in de vorm van een kwalitatieve verplichting te gieten (art. 6:252 BW). Een kwalitatieve verplichting is een verplichting (in dit geval van de appartementsgerechtigde) die bestaat uit een "dulden" of "niet doen" ten aanzien van een aan hem toebehorend registergoed (het appartementsrecht). Deze verplichting wordt vastgelegd in een notariële akte welke wordt ingeschreven in de openbare registers. De verplichting is daarmee kenbaar voor derden en gaat daardoor automatisch over op rechtsopvolgers. De verplichting zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat de appartementsgerechtigde duldt dat in afwijking van de onderliggende erfpacht voor zijn appartementsrecht andere afspraken gelden, bijvoorbeeld met betrekking tot de canon of de bestemming. De vraag is echter of het mogelijk is dat een kwalitatieve verplichting inhoudt dat de erfpachter duldt dat voor zijn appartementsrecht eeuwigdurende erfpacht van toepassing is. Dit moet worden uitgezocht.
Een risico van de kwalitatieve verplichting is dat eerdere hypotheekhouders en beslagleggers een latere kwalitatieve verplichting niet hoeven te accepteren. De kwalitatieve verplichting houdt in beginsel wel stand in faillissement.

Een nadeel van het maken van obligatoire afspraken verzwaard met een kettingbeding en/of kwalitatieve verplichting is dat hiermee géén situatie wordt bereikt waarbij de erfpacht op de afzonderlijke appartementsrechten komt te rusten en de erfpacht dus ook per appartementsrecht gewijzigd kan worden. Er blijft namelijk sprake van één erfpachtrecht dat is gesplitst in appartementsrechten. Toekomstige wijzigingen van het erfpachtrecht moeten dus met medewerking van alle appartementsgerechtigden plaatsvinden.

Advies betrokken deskundigen
Mevrouw 5.1.2e wijst er op dat de obligatoire afspraken extern niet heel sterk zijn gezien de positie van hypotheekhouders, curatoren en beslagleggers. Ook de heer 5.1.2e heeft opgemerkt dat dit een risico is.

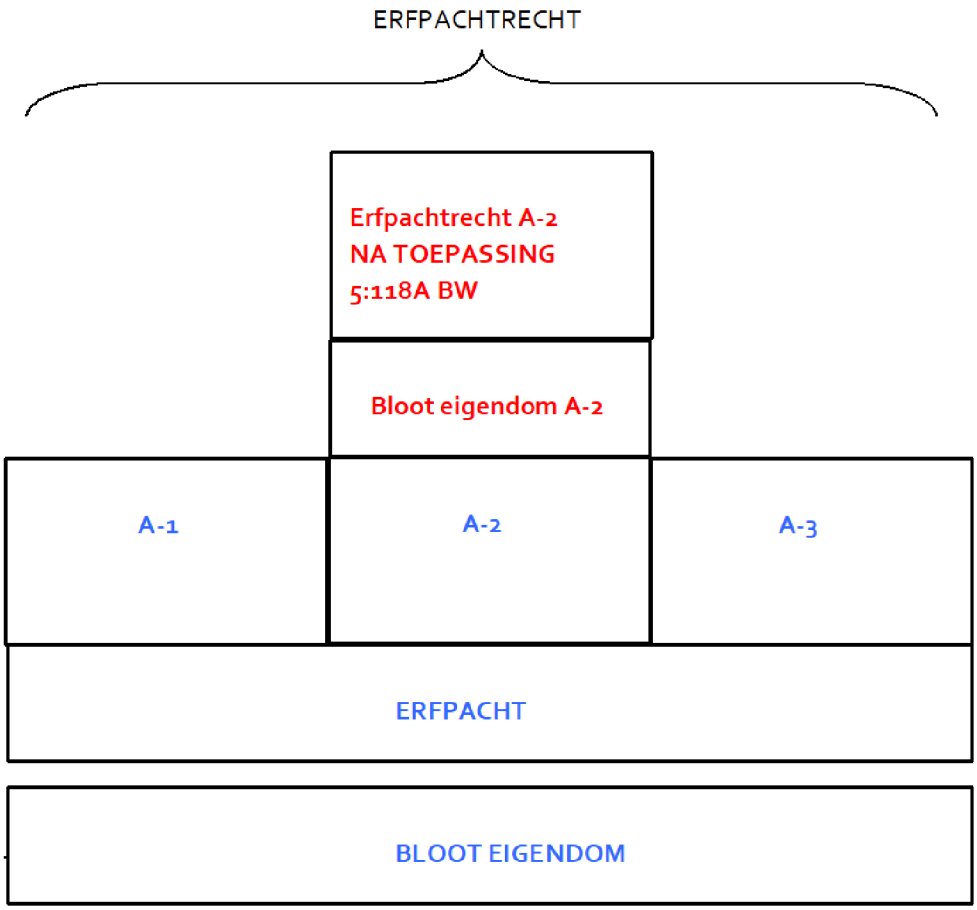
Daarnaast stelt mevrouw 5.1.2e de vraag hoe dergelijke obligatoire afspraken zich verhouden tot de interne afspraken die zijn gemaakt binnen de VvE (bijvoorbeeld de verdeling van de canon). Wanneer een appartementsgerechtigde met de gemeente afspraken maakt over de canon die afwijken van de afspraken die gelden binnen de VvE, kan dit tot interne problemen leiden.
Verder wijst mevrouw 5.1.2e op de volgende risico's. Wanneer de contractueel bedongen canon hoger is dan de canon die de appartementsgerechtigde moet betalen op basis van de splitsingsakte, dan is er voor het surplus geen sprake van hoofdelijke verbondenheid van de VvE. Dit is een nadeel voor de gemeente.
Omgekeerd is er een nadeel voor de appartementsgerechtigde wanneer de contractueel bedongen canon lager is dan de canon die betaald moet worden op basis van de splitsingsakte. De appartementsgerechtigde kan zich namelijk jegens de VvE niet van zijn verplichting bevrijden met het argument dat hij met de gemeente andere afspraken heeft gemaakt.
Ten slotte wijst mevrouw 5.1.2e er op dat het gebruik dat notarissen weigeren te passeren onder druk staat, nu de regelgeving voor de notarissen op dit punt waarschijnlijk wordt aangepast. Als dat het geval is, is het verbreken van een kettingbeding niet langer reden voor een notaris om dienst te weigeren.

BIJLAGE : De overige oplossingsrichtingen die zijn bekeken

- **Erfpacht op appartementsrechten door middel van artikel 5:118a BW**

Een appartementsgerechtigde kan (voor zover in de akte van splitsing niet anders is bepaald) op grond van artikel 5:118a BW op zijn privé-gedeelte een erfpachtrecht vestigen. Dit is ook mogelijk indien sprake is van een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht.
Het is dus mogelijk dat een appartementsgerechtigde zijn appartementsrecht (dat een deelgerechtigdheid in erfpacht omvat) overdraagt aan de gemeente, waarna hij van de gemeente een erfpachtrecht op het appartementsrecht verkrijgt. Het stemrecht (en alle andere rechten en verplichtingen) in de VvE wordt uitgeoefend door de erfpachter tenzij anders wordt bepaald (artikel 5:118 a lid 3 BW en artikel 40 KNB-model splitsingsreglement). Over het aandeel in de canon van het onderliggende erfpachtrecht moet een regeling worden getroffen (artikel 5:118a lid 2 BW).

Dit ziet er schematisch als volgt uit:



De blauwe tekst is het oorspronkelijke voortdurende erfpachtrecht dat is gesplitst in appartementsrechten. De rode tekst is de (eeuwigdurende) erfpacht die is gevestigd op de appartementsrechten.

Om een overstap naar eeuwigdurende erfpacht te realiseren zal het appartementsrecht in eeuwigdurende erfpacht moeten worden uitgegeven. Het is echter de vraag of dit mogelijk is indien het onderliggende erfpacht voortdurend is. Met andere woorden: kan de vestiging van erfpacht op het appartementsrecht meer omvatten dan het onderliggende erfpachtrecht? Dit moet nader worden uitgezocht.
Daarnaast is de vestiging van het erfpachtrecht een fiscaal moment. Dit betekent dat de erfpachter overdrachtsbelasting moet betalen. Wellicht is het ook in dit geval mogelijk om hier een ruling over te treffen met de belastingdienst.
Wanneer de erfpachter vervolgens iets wil wijzigen aan het erfpachtrecht heeft hij hiervoor niet alle andere appartementsgerechtigden nodig. Ook hier geldt overigens dat de erfpachter nog wel gebonden is aan de regels die gelden binnen de VvE (bijvoorbeeld het splitsingsreglement en het huishoudelijk reglement) en dus toestemming nodig heeft voor bepaalde handelingen, maar ook hier staat dit los van de relatie die de appartementsgerechtigde als erfpachter heeft met de gemeente waarin de VvE geen rol meer speelt.

Op deze manier kan de appartementensplitsing in stand blijven en hoeft ook het erfpachtrecht niet beëindigd te worden. De gemeente moet echter wel van alle appartementsgerechtigden afzonderlijk het appartementsrecht kopen en deze vervolgens weer in erfpacht uitgeven. Ook deze oplossingsrichting vergt dus meerdere handelingen welke in notariële akten moeten worden vastgelegd. Dit brengt kosten met zich mee.

Aan deze oplossingsrichting kan nog een laatste stap worden toegevoegd. Wanneer de gemeente op de hiervoor omschreven wijze alle appartementsrechten heeft gekocht en vervolgens in erfpacht heeft uitgegeven, is de gemeente in feite erfpachter van het onderliggende voortdurende erfpachtrecht. De gemeente kan dan dit onderliggende voortdurende erfpachtrecht wijzigen naar een eeuwigdurend erfpachtrecht. Daarna zou de gemeente de bloot eigendom van de appartementsrechten weer over kunnen dragen aan de erfpachters. Daarmee ontstaat de oorspronkelijke (inflexibele) situatie van in appartementsrechten gesplitste erfpacht, maar dan is er sprake van eeuwigdurende erfpacht. Voor nieuwe wijzigingen van het erfpachtrecht is dan opnieuw instemming van alle appartementsgerechtigden vereist. Deze oplossingsrichting leidt dus niet tot een situatie van erfpacht op appartementsrechten indien deze laatste stap wordt uitgevoerd.
Deze constructie is in feite een combinatie van het vestigen van erfpacht op de appartementsrechten en het doorvoeren van wijzigingen per appartementsrecht. De in appartementsrechten gesplitste erfpacht blijft immers bestaan (totdat de laatste stap wordt uitgevoerd), maar daarbovenop komt in feit een nieuwe juridische laag die bestaat uit erfpacht op de appartementsrechten.

Hoewel minder ingrijpend, omdat in deze opzet niet de medewerking van alle appartementsgerechtigden vereist is, is deze constructie evengoed zeer complex en daarnaast

moeilijk uit te leggen aan de erfpachter/appartementsgerechtigden. Deze constructie komt de helderheid van het erfpachtstelsel en de juridische constructies niet ten goede.

Daarnaast is deze optie niet wenselijk omdat complexe en voor de gemeente nadelige situatie kunnen ontstaan met betrekking tot het onderliggende erfpachtrecht. Bijvoorbeeld wanneer de gemeente niet van alle appartementsrechten de bloot eigendom heeft verworven. Voor wat betreft de appartementsrechten waar de gemeente de bloot eigendom heeft verworven, is de gemeente appartementsgerechtigde tot de onderliggende erfpacht. Dit betekent dat zij samen met de andere appartementsgerechtigden erfpachter is. Wanneer voor dit onderliggende erfpachtrecht een canonherziening einde tijdvak plaats moet vinden, ontstaat een complexe en voor de gemeente onwenselijke situatie. De canonherziening moet namelijk voor het recht in z'n geheel plaatsvinden. Dit betekent dat een canon moet worden bepaald voor het recht in z'n geheel welke canon vervolgens wordt verdeeld over de appartementsrechten. Alle appartementsgerechtigden samen moeten dus ofwel de aanbieding van de gemeente accepteren ofwel deskundigen aanwijzen. De gemeente komt hiermee in een lastige situatie omdat de aanbieding haar eigen aanbieding is waardoor de gemeente niet met goed fatsoen voor een deskundigenprocedure kan kiezen.
Ook bij andere wijzigingen van het recht ontstaat een dergelijke lastige situatie, omdat de andere appartementsgerechtigden het mogelijk niet eens zijn met een aanbieding of handelswijze van de gemeente.

Advies betrokken deskundigen
De heer 5.1.2e vermeldt deze optie in zijn advies als een mogelijkheid om een situatie te creëren waarbij de erfpacht rust op appartementsrechten. Ook in het kader van de eerdere poging tot modernisering van het erfpachtstelsel (2013 tot begin 2014) is artikel 5:118a BW ter sprake gekomen als een mogelijkheid om per appartementsrecht de nieuwe algemene bepalingen van toepassing te kunnen verklaren. De heer 5.1.2e heeft hier toen over geadviseerd.
Hierbij werd duidelijk dat discussie bestaat over de vraag of de erfpacht wordt gevestigd op het appartementsrecht of op het privé-gedeelte. Artikel 5:118a BW spreekt over privé-gedeelte en op basis hiervan zijn er juristen die aannemen dat de erfpacht dus niet op het appartementsrecht wordt gevestigd. Wanneer de erfpacht op het privé-gedeelte moet worden gevestigd, doet de vraag zich voor welke rechten van de appartementsgerechtigde door de erfpachter worden uitgeoefend; alleen de rechten met betrekking tot het privé-gedeelte of ook de rechten met betrekking tot de gemeenschappelijke ruimtes.
Op de formulering in het BW is kritiek geuit. Deze kritiek wordt onderschreven in de juridische literatuur. De heer 5.1.2e heeft hiernaar verwezen en naar aanleiding hiervan geadviseerd om bij vestiging van de erfpacht op te nemen dat dit wordt gedaan op het appartementsrecht in plaats van op het privé-gedeelte. Alle rechten en verplichtingen worden dan door de erfpachter worden uitgeoefend.
Mevrouw 5.1.2e verwijst ook naar de discussie omtrent de formulering in het BW.

- **"Erfpacht op hoogte" door middel van het verticaal splitsen van de bloot eigendom**

Deze oplossingsrichting is experimenteel en komt op het volgende neer.
De bloot eigendom wordt (verticaal) gesplitst in afzonderlijke bloot eigendommen overeenkomstig de appartementensplitsing van het erfpachtrecht. Vervolgens wordt het

erfpachtrecht verticaal gesplitst in afzonderlijke erfpachtrechten en wordt elk appartementsrecht gekoppeld aan een bloot eigendom. Dit betekent dat Appartementsrecht-1 tevens een zelfstandig bloot eigendom krijgt. Hetzelfde geldt voor Appartementsrecht-2 en alle overige appartementsrechten. Een laatste stap zou kunnen zijn om de appartementensplitsing op te heffen. Hiermee ontstaat de situatie alsof de gemeente ten tijde van de uitgifte in erfpacht alle wooneenheden als afzonderlijke onroerende zaken heeft behandeld en ook afzonderlijk in erfpacht heeft uitgegeven. Overigens blijft sprake van een complex met gemeenschappelijke ruimtes. Dit betekent dat de erfpachters onderling evengoed afspraken moeten maken met dezelfde kracht als een regeling in de splitsingsakte. Mogelijk kan dit worden ondervangen door de splitsing in stand te houden.

Deze constructie is ook wel bekend als "erfpacht op hoogte". Op dit moment geeft G&O niet op deze wijze in erfpacht uit, omdat het standpunt is dat erfpacht op hoogte niet mogelijk is. G&O is van mening dat een erfpachtrecht op grond van de wet immers kan worden gevestigd op een onroerende zaak en een afzonderlijke wooneenheid is geen afzonderlijke onroerende zaak. Deze wooneenheid maakt deel uit van een onroerende zaak. Het standpunt van G&O is altijd geweest dat erfpacht wordt gevestigd op de onroerende zaak in z'n geheel en dat het mogelijk is het genot van de erfpachter in te perken tot een deel van die onroerende zaak, maar dat het niet mogelijk is op één onroerende zaak meerdere erfpachtrechten te vestigen.

Een juridische stroming gaat er echter wel van uit dat het mogelijk is meerdere erfpachtrechten boven elkaar te vestigen. Hierbij wordt de nadruk gelegd op het genot dat een erfpachter heeft op een onroerende zaak. De erfpachter heeft in beginsel hetzelfde genot van de onroerende zaak als de eigenaar, maar dit genot kan in de erfpachtakte worden ingeperkt, bijvoorbeeld tot één wooneenheid of verdieping in een gebouw. Vervolgens kan nog een erfpachtrecht worden gevestigd, waarbij het genot wordt ingeperkt tot een andere wooneenheid of verdieping van de onroerende zaak.

Advies betrokken deskundigen

Aan de heer 5.1.2e is advies gevraagd over deze variant. De heer 5.1.2e heeft laten weten dat de heersende leer er inderdaad van uit gaat dat het mogelijk is om het genot van een gebouw goederenrechtelijk te 'verdelen' via de vestiging van meerdere erfpachtrechten. Anderen zijn echter een andere mening toegedaan. Van belang is dat het niet zonder meer mogelijk is de bloot eigendom verticaal te splitsen en om te komen van de huidige situatie tot "erfpacht op hoogte" is dit wel een vereiste. De heer 5.1.2e concludeert dat "erfpacht op hoogte" als middel om tot een goederenrechtelijke verdeling te komen alleen praktisch toepasbaar lijkt in specifieke gevallen waarin sprake is van delen met een zekere bouwkundige zelfstandigheid, bijvoorbeeld de verdeling van een parkeergarage en de daarop gebouwde flat dan gelaagde bouw waarvoor traditioneel de splitsing in appartementsrechten wordt gebruikt. In de regeling van het appartementsrecht is immers ook voorzien in een wettelijke regeling voor het beheer en onderhoud van gemeenschappelijke delen binnen zo'n complex. Dit is bij "erfpacht op hoogte" niet het geval en er zullen dan ook afzonderlijke afspraken moeten worden gemaakt waarbij het de vraag is of dit afdoende zal zijn. Voorts ontbreekt de mogelijkheid van een verplicht lidmaatschat van een beheersvereniging (de VvE bij het appartementsrecht). Het voorgaande maakt het gebruikmaken van "erfpacht op hoogte" weinig aantrekkelijk.

- **De bloot eigendom splitsen in appartementsrechten en de erfpacht verticaal splitsen in erfpachtrechten (Betondorp-constructie)**

In het dossier Betondorp is in het verleden ook gezocht naar een mogelijkheid om te komen van erfpacht gevestigd op een geheel perceel tot erfpacht op appartementsrechten zodat verschillende erfpachtregimes (in casu de AB 2000 en de AB 1998) van toepassing konden worden verklaard. De erfpacht was in dit geval niet in appartementsrechten gesplitst, maar het perceel is wel bebouwd met 12 blokken allen bestaande uit woningen.

Ook hier werd dus gezocht naar een constructie waardoor een situatie zou ontstaan alsof voorafgaand aan de uitgifte in erfpacht door de gemeente als vol eigenaar is gesplitst in appartementsrechten en de erfpacht rust op appartementsrechten afzonderlijk (bij AB 2000) of op enkele appartementsrechten tezamen (bij AB 1998). Hierbij is uitdrukkelijk aangegeven dat erfpacht op hoogte (zie 2.1.3) niet wenselijk was.

De toegepaste constructie is als volgt:
- Stap 1: De bloot eigendom is gesplitst in 12 appartementsrechten (overeenkomstig de 12 blokken)
- Stap 2: Het erfpachtrecht is gesplitst in zoveel erfpachtrechten als dat er appartementsrechten bloot eigendom zijn ontstaan bij stap 1.
- Stap 3: Ieder erfpachtrecht – ontstaan bij stap 2 – wordt toebedeeld aan het bijbehorende appartementsrecht, ontstaan bij stap 1. Zo wordt bereikt dat op een appartementsrecht een erfpachtrecht komt te rusten.

Omdat enkele blokken werden uitgepond, vond voor die blokken nog een ondersplitsing plaats conform stap 1 tot en met stap 3.

Prof. 5.1.2e heeft de gemeente en de betrokken notaris geadviseerd over deze constructie. Mede op basis van dat advies heeft de gemeente medewerking verleend. De constructie is toegepast en om te bezien of dit voor herhaling vatbaar zou zijn, is achteraf advies gevraagd aan prof. 5.1.2e . Naar aanleiding van het advies van prof. 5.1.2e heeft de gemeente geconcludeerd dat het niet wenselijk is om de Betondorp-constructie nog een keer toe te passen. Met name het feit dat kan worden betwijfeld of de (opvolgende) erfpachters zijn gebonden aan de splitsingsakte en het splitsingsreglement die betrekking hebben op de bloot eigendom ligt hier aan ten grondslag. G&O heeft uiteindelijke besloten de notaris aansprakelijk te stellen voor schade die in de toekomst mogelijk voortvloeit uit deze constructie. G&O beschouwt deze constructie dan ook niet als een oplossing voor dit probleem.