versie 1.1. d.d. 19 augustus 2013

Alternatief: Binnenstebuiten gekeerd, de per appartementsrecht uitgegeven erfpacht.

inleiding
Een in erfpacht uitgegeven gebouw dat vervolgens in appartementsrechten is gesplitst, geeft zakenrechtelijke problemen indien de ene appartementseigenaar wil overstappen naar nieuwe AB en een ander niet. De appartementsrechten maken samen deel uit van hetzelfde recht van erfpacht zodat wijzigingen altijd het hele recht betreffen.
Bij een gebouw dat eerst is gesplitst in appartementen en daarna in erfpacht is uitgegeven, ontbreekt de geschetste situatie. Er zijn per appartementsrecht erfpachten ontstaan, welk derhalve ook afzonderlijk kunnen worden gewijzigd.

vraag
Is een recht van erfpacht dat gesplitst is in appartementen om te zetten (in de wandelgangen ook wel aangeduid als 'binnenstebuiten keren') in een in appartementsrechten gespitst gebouw dat per appartement in erfpacht is uitgegeven? Zo ja, welke klippen zijn hierbij te omzeilen?

volgorde zakelijke rechten en het primaat van de erfpachtrechtelijke bestemming
In welke mate is een in appartementsrechten gesplitst recht van erfpacht verschillend van per appartementsrecht uitgegeven erfpachten? Tast een andere volgorde het – door de gemeente Amsterdam gewenste en als vanzelfsprekend aangenomen – "primaat van de erfpachtrechtelijke bestemming" aan? Heeft een erfpachtrecht de bestemming 'wonen' dan kan in de akte van splitsing niet worden vermeld 'bedrijfsruimte' of 'kantoor', zie art 5:89 lid 2 BW. In welke mate kan een appartementsrecht met de bestemming bedrijfsruimte nog door de Gemeente als woning worden uitgegeven? In de praktijk kan deze vraag wellicht worden vermeden door als onderdeel van een nieuwbouwproject de Gemeente afdoende zeggenschap te geven in zowel de splitsing als de uitgifte. Is de bevoegdheid om de akte van splitsing te wijzigen – en dan ook de bestemming aan te passen –reeds op grond van art 5:139 lid 3 BW aan de toestemming van de Gemeente onderworpen? Niet valt in te zien waarom de Gemeente niet ook in de gewenste variant als grondeigenaar is te beschouwen, zodat de Gemeente op deze wijze grip houdt. De vraag is of dit afdoende zekerheid biedt, ook op de lange termijn.

voorafgaande vraag
Is het wel gewenst dat in een gebouw verschillende algemene bepalingen toepasselijk zijn? Verschillende AB's komen in de praktijk voor bij complexe gebouwen waar woningcorporaties voor een deel bij zijn betrokken. Ook is er in de praktijk soms sprake van verschillende voorwaarden indien appartementseigenaren verschillend hebben gekozen betreffende verlengde afkoop of niet. Administratief lopen ook deze laatstgenoemde dossiers gewoon mee, terwijl hier wel sprake is van een juridische tijdbom.

toestemming derden en overdrachtsbelasting
Voor alle methoden geldt dat de betrokken appartementseigenaren, hypotheekgevers en eventuele beslagleggers hun medewerking moeten verlenen. De gevolgen voor de overdrachtsbelasting dienen ook duidelijk te zijn, waarbij het uitgangspunt is het niet verschuldigd zijn van deze belasting aangezien er geen waardeverschil wordt nagestreefd. Overleg met de belastingdienst dient hier glashelder resultaat te geven dat ook naar het notariaat zal worden doorgegeven.

Wat is de beste methode om een splitsing op erfpacht binnenstebuiten te keren?

methode I afbreken en in omgekeerde volgorde weer opbouwen

De erfpacht en de splitsing worden opgeven waarna de volle eigendom eerst wordt gesplitst en daarna per appartement in erfpacht uitgegeven.
Stap 1: einde erfpacht en opheffing splitsing
Het beëindigen van de erfpacht (door afstand 3:81 BW) heft gelijktijdig de splitsing op (5:143 BW). De Gemeente is gerechtigde tot de volle, ongesplitste eigendom.
Stap 2: splitsen.
De volle eigendom zal opnieuw, maar dan door de Gemeente, worden gesplitst. Na splitsing is de Gemeente eigenaar van alle appartementsrechten.
Stap 3: uitgifte
Bij uitgifte per appartement heeft iedere erfpachter afzonderlijk de keus tussen handhaven van de 'oude' erfpacht met de bijbehorende voorwaarden of de overstap naar de nieuwe voorwaarden.
Stap 4: hypotheken en beslagen
De hypotheken en beslagen moeten weer terecht komen op de oorspronkelijke appartementsrechten.

vragen bij methode I
Een aantal punten kunnen nu reeds worden aangegeven:
Stap 1, einde oude splitsing en erfpacht
Artikel 5:143 roept veel vragen op:
1.) Is de van rechtswege beëindiging van de splitsing, zoals genoemd in art 5:143 BW, te voorkomen? Een mogelijkheid is om het erfpachtrecht niet te laten eindigen maar te wijzigen in een erfpacht zonder inhoud (bestemming: alles wat privaatrechtelijk geoorloofd is, geen canon, etc [wie is dan de erfpachter, de VVE of alle appartementseigenaars? Uit oogpunt van efficiëntie is de VVE te prefereren]) Een erfpachtrecht zonder bevoegdheden voor de erfpachter wordt door Van Velten aangestipt in 'Privaatrechtelijke aspecten onroerend goed', 3e druk, onder 12.6. Deze mogelijkheid scheelt een hoop splitsingskosten maar maakt de juridische situatie wel complexer omdat er dan gelijktijdig twee erfpachten bestaan.
2.) Wat is er op tegen om artikel 5:143 BW te negeren indien de grondeigenaar gelijktijdig met de beëindiging van de erfpacht de splitsing uitdrukkelijk aanvaardt? Is de term 'van rechtswege' hier bedoeld om aan te geven dat het hier dwingend recht betreft of geeft de term slechts aan dat het einde van de erfpacht ook het einde van de splitsing betreft indien er niets anders overeengekomen is?
3.) Wellicht is artikel 5:143 BW niet van toepassing omdat de beëindiging gepaard gaat met de vestiging van een nieuw recht van erfpacht. Strikt genomen zou je hier ook de uitgifte per appartementrecht onder kunnen scharen, hoewel de strekking van de wet niet direct deze richting aangeeft.
Stap 2, splitsen:
Het feit dat de Gemeente de splitsing opnieuw zou moeten uitvoeren geeft een niet bedoelde medeverantwoordelijkheid over de inhoud van de akte van splitsing. Feit is dat er in sommige splitsingen of latere wijzigingen daarvan, is aangerommeld door bijvoorbeeld een extra woning te creëren op de zolderverdieping. Wanneer de Gemeente deze splitsing moet herhalen staat zij vervolgens wel zwakker indien zij op enig moment nog tegen de (gevolgen van de) splitsing bezwaar wil maken. (Dit argument gaat ook op, maar dan in iets beperktere mate, als de Gemeente alle appartementsrechten in erfpacht gaat uitgeven, inclusief de eventuele rotte appeltjes.)
Bij het opnieuw splitsen komen een hoop praktische vragen, zoals:

- In welke mate is de oude splitsing nog bruikbaar? (en wat als de wet inmiddels is gewijzigd?)
- Kan je splitsen door te verwijzen naar een oude akte inclusief de oude tekening?
- Moet er opnieuw een splitsingsvergunning (bij de Gemeente) en/of een complexaanduiding (kadaster) worden aangevraagd?
- Zijn over het "hergebruik" van een oude splitsing afspraken te maken met het kadaster en klopt dit dan nog civielrechtelijk?

Stap 4, hypotheken:

Hypotheken en beslagen die ten tijde van de binnenstebuiten kering op de appartementsrechten rusten, dienen, wanneer opnieuw is gesplitst, opnieuw te worden gevestigd op het desbetreffende recht van erfpacht. Wellicht kunnen de hypotheken en beslagen na splitsing worden toegedeeld aan de oorspronkelijk schuldenaren. Indien de splitsing in stand is gebleven zal de hypotheekhouder/beslaglegger zich moeten verklaren (of afstand doen?) dat zijn recht alleen rust op de erfpacht en niet op de bloot eigendom van het appartementsrecht.
Overige opmerkingen:
Wat is de titel?
De titel is de overeenkomst van partijen tot omzetting van gesplitste erfpacht in afzonderlijk erfpacht per appartement, zodat iedere gerechtigde zelf kan beslissen inzake conversievragen van het recht van erfpacht.
Wat zijn de kosten?
De goedkoopste methode (waarbij de splitsing niet wordt overgedaan omdat het oude erfpacht niet verdwijnt maar gewijzigd wordt) geeft het lastigste resultaat. Kan dit wel weggepoetst worden indien op enig moment in de toekomst de akte van splitsing wordt gewijzigd? Of geeft dit dan weer problemen met de hypotheekhouders?

methode II rangwisseling
Een alternatief is om aan te haken bij art 3:262 BW, de methode van rangwisseling bij hypotheken. Is dit mogelijk? Het stuivertje wisselen van splitsing en uitgifte in erfpacht lijkt in zoverre op rangwisseling dat beiden zien op de omkering van de onderlinge volg- en rangorde. Deze grote kluts zou een hoop van de hiervoor geschetste uitwerkingsproblemen voorkomen. Maar komen we bijvoorbeeld in de knoop met de 'nemo plus' regel?
Na deze "rangwisseling" maakt iedere erfpachter voor zich uit of hij wil overstappen naar de nieuwe erfpachtvoorwaarden of niet.

Opmerkingen betreffende Memo 'Juridische aspecten conversiebeleid'.

In de memo 5.b. van 18 juni 2013 wordt gesteld dat erfpachten die onder de AB 1994 en 2000 vallen niet zijn te wijzigen.
Onder het kopje 'civielrechtelijke aspecten' wordt gesteld:

a. Dat er bij de AB 1994 en AB 2000 niet zoiets staat als "De Algemene Bepalingen kunnen te allen tijde door de Gemeenteraad worden herzien". Dit is wel degelijk het geval bij beide versies: zie art 1 lid 2 van beide AB's.
b. Dat het ontbreken van bedoelde zin tot gevolg zou hebben dat het recht van erfpacht niet met wederzijds goedvinden kan worden gewijzigd: nog afgezien van het feit dat de zin er wel in staat lijkt mij niet correct. Het recht van erfpacht is een zakelijk recht dat ontstaan is uit een overeenkomst tussen de eigenaar en de toekomstige erfpachter. Een deel van de bevoegdheden van de eigenaar zijn hierdoor (ten tijde van de vestiging) overgedragen aan de erfpachter. Indien naderhand eigenaar en erfpachter overeenkomen om de verhouding in de bevoegdheden te wijzigen wordt dit aangemerkt (zie Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008 nr 218a (pag 273 bovenaan)) als een nadere levering waarbij de partij wiens bevoegdheden kleiner worden beschikkingsbevoegd dient te zijn (indien bevoegdheden erfpachter kleiner worden wordt dit beschouwd als een gedeeltelijke afstand).
c. De oplossing is afstand van het hele erfpachtrecht, aldus de derde alinea. Waarom het mindere (wijziging) niet kan en het meerdere (algehele afstand) wel, wordt niet uitgelegd en is ook op het eerste gezicht niet logisch.