KABINET BIJLAGE 1:

Samenvatting KABINET collegevoordracht *"Instemmen met het in versterkte vorm voortzetten van de huidige (obligatoire) werkwijze bij het wijzigen van in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten"*

Achtergrond

De gemeente geeft haar grond sinds 1896 hoofdzakelijk uit in erfpacht. Ook erfpachtrechten kunnen in appartementsrechten worden gesplitst, waardoor overdraagbare rechten op gebouwdelen (hoofdzakelijk woningen) ontstaan. Als een erfpachtrecht in appartementsrechten wordt gesplitst ontstaan er echter juridisch gezien niet meerdere erfpachtrechten, er blijft één onderliggend erfpachtrecht bestaan. Administratief gezien behandelt de gemeente appartementsrechten al tientallen jaren echter wél alsof het afzonderlijke erfpachtrechten zijn. Zuiver juridisch gezien is dat niet juist.

Dit betekent dat nadere afspraken met betrekking tot wijzigingen in het erfpachtrecht (bijvoorbeeld bestemmingswijzigingen of canonherzieningen einde tijdvak) met de individuele appartementseigenaren worden gemaakt (dit wordt hierna genoemd: "obligatoire handelswijze") 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.

Advies Nauta

Over deze handelswijze, die de gemeente al enkele tientallen jaren toepast, heeft de gemeente juridisch advies aangevraagd bij de gemeenteadvocaat/NautaDutilh (hierna: NautaDutilh). Het definitieve advies is door NautaDutilh op 1 juli 2015 uitgebracht.

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.".*

Besluit College
De bovenstaande materie is juridisch zeer complex. 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.

Juridische "omkering" van erfpachtrechten kan een mogelijke manier zijn om de in het verleden ontstane problematiek op te lossen. Bij omkering wordt de juridische situatie (in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten) omgedraaid (in erfpacht uitgegeven appartementsrechten) waardoor de juridische situatie wordt gecorrigeerd. Het is echter de vraag of erfpachters de omkering, gezien de complexiteit (iedereen moet meewerken, ook de hypotheekbanken), de aanzienlijke kosten en mogelijke fiscale consequenties, als oplossing zullen aanvaarden voor de ontstane problematiek.

De (door NautaDutilh) benoemde risico's hebben zich de afgelopen (tientallen) jaren echter niet voorgedaan en ook het Amsterdamse notariaat heeft de huidige werkwijze altijd gefaciliteerd c.q. toegepast. NautaDutilh 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 waarschijnlijk tot grote problemen bij erfpachtwijzigingen leiden indien erfpachters binnen een complex geen overeenstemming bereiken over de wijziging met betrekking tot een van de appartementen.

In het kader van de VES is besloten om een appartementsgewijze obligatoire overstap mogelijk te maken. Omkeren en complexgewijs overstappen kan worden aangeboden als de erfpachters dit wensen.

Alles overwegende wordt geadviseerd om de huidige obligatoire werkwijze, ondanks de genoemde risico's in het reguliere erfpachtbeheer voort te zetten. Een aanpassing van de werkwijze zou er toe leiden dat erfpachtwijzigingen nog 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 gemaakte obligatoire afspraken, naar een rechtsopvolger zonder meer kans van slagen heeft

wordt het door NautaDutilh genoemde procesrisico aanvaardbaar geacht.

Het voorstel is om de obligatoire overeenkomst (door middel van kettingbedingen en/of kwalitatieve verplichtingen, (zie hiervoor ad 4.van de voordracht) te versterken om het door NautaDutilh genoemde procesrisico te verkleinen.