Alternatief: Binnenstebuiten gekeerd, de per appartementsrecht uitgegeven erfpacht.

inleiding
Een reeds 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, immers de appartementsrechten maken deel uit van hetzelfde recht van erfpacht. Bij een gebouw dat eerst is gesplitst en dan in erfpacht is uitgegeven, ontbreekt dit probleem. 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) om te zetten in een in appartementsrechten gespitst gebouw dat per appartement in erfpacht is uitgegeven? Zo ja, welke beren zien wij bij deze omzetting op de weg?

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. De bevoegdheid om de akte van splitsing te wijzigen – en dan ook de bestemming aan te passen – kan in de akte van splitsing worden onderworpen aan de toestemming van de Gemeente, 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 leveren ook deze laatstgenoemde dossiers geen problemen op.

methode
Wat is de beste methode om een splitsing op erfpacht binnenstebuiten te keren?
Stap 1: splitsen.
Het eindigen van de erfpacht zal ook de splitsing van rechtswege beëindigen (5:143 BW), waardoor de volle eigendom opnieuw door de Gemeente dient te worden gesplitst. Is dit te voorkomen door 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?]). Het feit dat de Gemeente de splitsing opnieuw zou moeten uitvoeren geeft een niet bedoelde medeverantwoordelijkheid over de inhoud van de akte van splitsing. Na splitsing is de Gemeente eigenaar van alle appartementsrechten.
Stap 2: uitgifte
Bij uitgifte (wanneer oude erfpacht gewijzigd in stand blijft derhalve in ondererfpacht) heeft iedere erfpachter de keus tussen handhaven van de erfpacht en de bijbehorende voorwaarden of de overstap naar de nieuwe voorwaarden.

Stap 3: hypotheken en beslagen
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. 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.

problemen bij methode
Een aantal problemen kunnen nu reeds worden aangegeven:

1. overdrachtsbelasting: in hoeverre is er overdrachtsbelasting verschuldigd?
2. medewerking van alle appartementseigenaars en hypotheekhouders;
3. wat is de titel?
4. kosten;
5. is het resultaat nog uitlegbaar?

Zijn er nog meer kwetsbare punten?

Ad 1. Vooraf dient uit overleg met de belastingdienst duidelijkheid hierover te zijn verkregen, waarbij de Gemeente dient te sturen naar het niet verschuldigd zijn.
Ad 2. Dit vergt veel organisatorische vaardigheid en een goed kadastraal onderzoek. (Denk o.a. naar alle oude hypotheken die nog niet zijn doorgehaald) Denk ook aan de enorme flats aan de Sloterplas, deze zijn zo groot dat de akte van wijziging nooit meer kan worden getekend.
Ad 3. De titel is de wens 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.
Ad 4. In welke mate is de oude splitsing nog bruikbaar? Kan je splitsen door te verwijzen naar een oude akte inclusief de oude tekening? Moet er opnieuw een splitsingsvergunning/complexaanduiding worden aangevraagd? Zijn over het “hergebruik” van een oude splitsing afspraken te maken met het kadaster en klopt dit dan nog civielrechtelijk? Kan je wellicht aanhaken bij de methode van rangwisseling bij hypotheken? Wat worden de kosten per erfpachter indien je kiest voor de goedkoopste methode (handhaven oude erfpacht in gewijzigde vorm).
Ad 5. De goedkoopste methode 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?

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.