Advies inzake erfpacht en appartementsrechten gemeente Amsterdam

5.1.2e 5.1.2e (VU Amsterdam & TU Delft)
5.1.2e @tudelft.nl

Delft, 10 februari 2015

Inleiding

Bij brief van 18 augustus 2014 is mij gevraagd juridisch advies te geven over een aantal vraagstukken rond in erfpacht gesplitste appartementsrechten.

In het gesprek van 30 september is toelichting gegeven op de binnen Amsterdam bestaande problematiek en daarmee de achtergrond van de gestelde vragen. Hieruit is naar voren gekomen dat in het verleden, nadat een erfpachtrecht is gesplitst in appartementsrechten op individuele basis met elke erfpachter-appartementsgerechtigde is onderhandeld over de voorwaarden in het kader van canonherzieningen. Dit bijvoorbeeld na het aflopen van een tijdvak (binnen het huidige stelsel van voortdurende erfpacht), of ter gelegenheid van een bestemmingswijziging, waarbij alleen de bestemming werd gewijzigd van één appartementsrecht en niet van het gehele onderliggende erfpachtrecht.

Door deze praktijk is de situatie ontstaan dat binnen appartementencomplexen op erfpachtgrond na verloop van tijd verschillende voorwaarden van toepassing zijn verklaard op de betreffende appartementsrechten.

De gevraagde adviezen en aanpak

De vraagstellingen kunnen worden samengevat onder de algemene vraag hoe de beschreven situatie goederenrechtelijk is te normaliseren. Hieronder is in elk geval te verstaan een conversie van bestaande in appartementsrechten gesplitste erfpachten naar nieuwe (uniforme) erfpachtvoorwaarden ("eeuwigdurend stelsel").

Overeengekomen is dat het advies zal bestaan uit de volgende onderdelen/vragen:

1. Een onderzoek naar de juridische status van individuele aanpassingen in de erfpachtvoorwaarden in het verleden.

2. Het advies of er binnen het bestaande juridische stelsel en regelgeving de mogelijkheid bestaat om zonder opheffing van de bestaande splitsing te komen tot een situatie waarin het gebruikrecht van de huidige erfpachter-appartmentseigenaar gaat berusten op een erfpachtrecht op het appartementsrecht.

3. Een advies om buiten de die in de brief van 18 augustus genoemde opties te komen tot een conversie van de huidige erfpachtvoorwaarden (voortdurende erfpacht) naar een toekomstig stelsel dat berust op eeuwigdurende erfpacht (erfpacht voor onbepaalde tijd, zonder tussentijdse herziening van de voorwaarden).

4. In het verlengde van de antwoorden op de vragen 2 en 3. een advies met betrekking tot een mogelijke wijziging van het Burgerlijk Wetboek die voor de hiervoor geschetste normalisering van individuele afspraken een praktische mogelijkheid kan bieden.

Bij mail van 12 december 2014 en 19 januari 2015 zijn naar aanleiding van het concept-advies nadere vragen gesteld met betrekking tot de mogelijke aanvulling van het BW en de bruikbaarheid van horizontaal verdeelde erfpacht / erfpacht op hoogte. Deze vragen zijn in het definitieve advies verwerkt. Zo is het antwoord op vraag 4 verduidelijkt en aangevuld. Tevens is er de volgende (extra) vraag geformuleerd:

5. Kan erfpacht op hoogte een oplossing bieden voor de geschetste problematiek?

Beantwoording van de onderzoeksvragen

1. De juridische status van individuele aanpassingen in de erfpachtvoorwaarden

Volgens art. 5:106 lid 1 kan een eigenaar, een erfpachter of een opstaller zijn recht op het gebouw en grond splitsen in appartementsrechten. Het aldus ontstane appartementsrecht is een rechtsfiguur met een hybride karakter.

Dor de splitsing transformeert het 'onderliggende recht' in een aantal nieuwe registergoederen, de appartementsrechten. Elk appartementsrecht wordt als een zelfstandige registergoed beschouwd (art. 5:117 lid 1 BW). Zie Mertens, Appartementen, Mon. BW (2006), nr. 2 en 20. Het in de splitsing betrokken recht verliest daarmee zijn zelfstandig karakter. Door Mertens, GS Zakelijke Rechten, art. 5:115 BW, aant. A wordt zelfs gesteld dat door de splitsing het oorspronkelijke registergoed in juridische zin verdwijnt. In dezelfde zin Van Es, Splitsing in appartementsrechten: de gevolgen voor bestaande kwalitatieve verplichtingen, WPNR 6725 (2007).

Ondanks hun zelfstandige karakter zijn deze appartementsrechten goederenrechtelijk gezien aandelen in het gesplitste recht. Er ontstaat door de splitsing dus een gemeenschap waartoe alle appartementseigenaars, naar rato van hun goederenrechtelijk aandeel, zijn gerechtigd.[1] Er is derhalve sprake van een 'gemeenschap van appartementsgerechtigden'. Deze is echter niet als zodanig in Titel 5.9 benoemd. Deze gemeenschap heeft – zolang de splitsing niet is opgeheven, art. 3:189 lid 2 - een eigen karakter, en wordt derhalve niet beheerst door Titel 3.7, maar door Titel 5.9. Dat betekent ook dat de splitsingsakte primair beslissend is voor de rechtsverhouding van de appartementseigenaar, óók als deelgenoten in het gesplitste recht.

Een toepassing van dit laatste beginsel is art. 5:114 lid 1 met betrekking tot de canon bij een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht. Deze wordt na de splitsing over de appartementsrechten verdeeld overeenkomstig de verhouding bedoeld in art. 5:113 lid 2. Dat wil zeggen dat de normale regel voor gemeenschappelijke kosten lasten geldt: ieder moet een gelijk aandeel dragen, tenzij in het splitsingsreglement een afwijkende verhouding is bepaald. Deze verhouding kan, maar behoeft niet, gelijk zijn aan de goederenrechtelijke aandelen van de appartementseigenaars.

Het zijn van deelgenoot in het gesplitste recht gedurende het bestaan van de splitsing bepaalt de wijze van beschikken over de splitsing als zodanig. Zo geldt voor zowel de

[1] Uit zowel art. 5:143 lid 1 sub a als art. 5:144 lid 1 sub e kan overigens worden afgeleid dat deze gemeenschap ook een combinatie van verschillende erfpachtrechten (of eigendom en/of opstalrechten) kan betreffen.

opheffing als de wijziging van de splitsing het vereiste dat alle appartementseigenaars (derhalve: de deelgenoten) hieraan moeten meewerken (art. 5:139 lid 1). Gelet op de praktische problematiek die dit meebrengt, is in 2005 de wet aangevuld met de mogelijkheid dat de wijziging van de splitsing ook kan op basis van een besluit van de vergadering van eigenaars genomen met minimaal 4/5 meerderheid (art. 5:139 lid 2).

Ook op andere plaatsen wijkt de dogmatiek voor praktische eisen. Zo kan een splitsing voortbestaan terwijl het onderliggende recht zelf wordt vervangen. Immers art. 5:143 BW bepaalt dat bij het einde van het erfpachtrecht de splitsing niet wordt opgeheven, indien de beëindiging van het recht van erfpacht gepaard gaat met de vestiging van een nieuw recht en er geen andere rechten in de splitsing zijn betrokken. Zoals Van Velten, WPNR 5974 (1990), p. 585, treffend opmerkt:

> "de splitsing blijft (...) gewoon voortbestaan, hoewel het daaraan ten grondslag liggende recht wisselt. Een theoretisch weinig fraaie, maar voor de praktijk erg nuttige bepaling (...)".

Hij spreekt dan ook over een 'fictiebepaling'.

Voor de vestiging van het nieuwe onderliggende recht geldt echter– bij gebreke van een specifieke wettelijke regeling op dit punt – dat de deelgenoten niet bevoegd zijn afzonderlijk tot beschikkingsdaden over te gaan. Heruitgifte van de grond in erfpacht kan dus alleen plaatsvinden aan de gezamenlijke appartementseigenaars, de eerder genoemde 'gemeenschap van eigenaars'. Wordt desondanks (gepoogd) de erfpacht opnieuw uit te geven per individuele appartementseigenaar, dan zal het recht niet ontstaan, maar zal er slechts sprake zijn van een obligatoire overeenkomst tot vestiging. Inschrijving van een akte verandert daar niets aan. Zie Q.J. Marck, WPNR 5939 (1989), p. 743.

Van Velten, in Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/599, wijst terecht op de problematische consequenties van dit uitgangspunt. Als de grondeigenaar het niet eens kan worden met alle appartementseigenaars over het vestigen van een nieuw recht of het wijzigen van het recht, bijvoorbeeld omdat er een verschil van mening bestaat over de voorwaarden:

> "De appartementsrechten moeten gezamenlijk blijven bestaan, of deze moeten gezamenlijk vervallen, een tussenweg is niet mogelijk. Er is immers geen wettelijke regeling, volgens welke de grondeigenaar het appartementsrecht van degenen, die zich tegen de beoogde verlenging of wijziging verzetten, kan of moet overnemen."

Hoewel Marck en Van Velten de situatie behandelen van heruitgifte na expiratie van het gesplitste erfpachtrecht, zijn er geen redenen om anders te oordelen als er 'slechts' sprake is van wijziging van de voorwaarden van het lopende recht. Ook dit is immers een beschikkingshandeling. Afhankelijk van de inhoud van de wijziging, vindt overdracht respectievelijk afstand van bevoegdheden plaats, aldus Hoofs, Leidt wijziging van de canon tot een nieuw erfpachtsrecht?, NTBR 2011/21. Hiervoor is dus de medewerking nodig van alle appartementseigenaars als deelgenoten in het gesplitste erfpachtrecht.

Het uitgangspunt dat bij splitsing in appartementsrechten een gemeenschap ontstaat waartoe alle appartementsgerechtigden gerechtigd zijn, verzet zich derhalve tegen een overgang naar nieuwe voorwaarden buiten de gemeenschap van eigenaars om. Het onderliggende (gemeenschappelijke) erfpachtrecht kan dus niet door individuele afspraken gewijzigd worden. Dit geldt ook als men na splitsing in appartementsrechten de erfpachtvoorwaarden per appartementsrecht wil differentiëren, bijvoorbeeld in het kader van een bestemmingswijziging van het betreffende appartement.

Uit Hoge Raad 6 november 1998, NJ 1999, 131 blijkt dat gedifferentieerde voorwaarden binnen een splitsing wel mogelijk zijn, mits dit voorzien is in de oorspronkelijke erfpachtuitgifte. In dit geval vond differentiatie plaats naar gelang de bestemming van de betreffende appartementen (woningen versus commerciële ruimten). Het gaat hier echter om een naar perceelsbestemming (winkels en hotel enerzijds en woningen anderzijds) gedifferentieerde canon, die reeds in de akten van vestiging van de rechten van erfpacht zelf was opgenomen.

Een dergelijke differentiatie zal ook kunnen plaatsvinden in een latere aanpassing van de erfpachtvoorwaarden voorafgaande aan (of gelijktijdig met) een splitsing in appartementsrechten, aldus Verstappen, antwoord rechtsvraag, WPNR 7005 (2014). Zoals hij ook terecht aangeeft berust deze differentiatie op een wijziging van het gesplitste recht, en betreft geen differentiatie per appartementsrecht ná de splitsing. Zie zijn naschrift op de kritische reactie van Van Oostrom-Streep en Van Rhee, WPNR 7012 (2014).

De conclusie moet dus luiden dat de wijziging van de voorwaarden per appartementsrecht zoals in Amsterdam heeft plaatsgevonden, zonder dat sprake is van een wijziging van het onderliggende (gesplitste) erfpachtrecht, slechts obligatoire werking heeft.

Vraag 2
Bestaat er binnen het bestaande juridische stelsel en regelgeving de mogelijkheid om zonder opheffing van de bestaande splitsing te komen tot een situatie waarin het gebruikrecht van de huidige erfpachter-appartmentseigenaar gaat berusten op een erfpachtrecht op het appartementsrecht?

De splitsingsakte bepaalt de inhoud van de door de splitsing ontstane rechten. Naast het goederenrechtelijk aandeel als zodanig, gaat dit om de rechten op de privé-delen. Derhalve zal de appartementseigenaar niet zonder een wijziging van de splitsingsakte aard en inhoud van zijn (gebruiks)recht kunnen veranderen. Dit staat dus aan een wisseling van het gebruiksrecht, van een gesplitst erfpachtrecht naar een erfpachtrecht op het appartementsrecht in de weg.

Wel kan de appartementseigenaar zijn appartementsrecht met zakelijke rechten bezwaren, dan wel – aldus art. 5:118a – een recht van opstal of erfpacht op een privé-deel vestigen. Dit laatste zal ook kunnen als er sprake is van een erfpacht-appartementsrecht.

Het is derhalve voorstelbaar dat de erfpachter-appartementsgerechtigde zijn recht aan de gemeente overdraagt, waarna hij van de gemeente het erfpachtrecht op het appartement verkrijgt. Behoudens andersluidende regeling wordt het stemrecht in de VvE door de erfpachter uitgeoefend.

Bij de vestiging van het erfpachtrecht verplicht art. 5:118a lid 2 BW dat een regeling getroffen moet worden over de het aandeel in de canon voor het onderliggende erfpachtrecht. Voorzien kan dus worden dat de canon voor het gesplitste erfpachtrecht door de gemeente als rechthebbende tot het erfpacht-appartementsrecht gedragen wordt.

Ten overvloede zij opgemerkt dat geen sprake is van vermenging van de bloot-eigendom van de gemeente als grondeigenaar en het door de gemeente verworven erfpacht-appartementsrecht, ook niet als alle appartementsrechten in een complex door de gemeente verworven worden. De appartementsrechten zijn een eigensoortig recht, en behouden hun zelfstandigheid, ook wanneer zij zich in één hand bevinden. Vermenging omdat bloot-eigendom en erfpacht in één hand komen zal derhalve slechts plaatsvinden als de splitsing wordt opgeheven.

Vraag 3

Kan buiten de die in de brief van 18 augustus genoemde opties gekomen worden tot een conversie van de huidige erfpachtvoorwaarden (voortdurende erfpacht) naar een toekomstig stelsel dat berust op eeuwigdurende erfpacht (erfpacht voor onbepaalde tijd, zonder de mogelijkheid van tussentijdse herziening van de voorwaarden).

Gevraagd is om te onderzoeken of er wegen zijn om te komen tot de conversie van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht buiten de volgende mogelijkheden:

- Conversie ex art. 5:143 BW.
- Conversie van individuele rechten ex art 5:118a.
- Conversie van individuele appartementsrechten via een obligatoire overeenkomst.

Zoals uit het voorgaande bleek kan het onderliggende (gemeenschappelijke) erfpachtrecht door individuele afspraken niet gewijzigd worden. Voor een dergelijk wijziging is de medewerking nodig van alle appartementseigenaars als deelgenoten in het gesplitste erfpachtrecht.

Ik merk op dat de overgang van een stelsel van 'voortdurende erfpacht' naar 'eeuwigdurende erfpacht' op zichzelf niet noopt tot de vestiging van een nieuw erfpachtrecht, maar slechts tot een wijziging van het bestaande erfpachtrecht. Beide zijn immers verschijningsvormen van een erfpachtrecht voor onbepaalde tijd. Zie De Jong & Ploeger, Erfpacht en opstal (2008), nr. 21. Voorts stelt Bartels in Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/218a & 220 dat wijziging in beginsel niet tot een nieuw erfpachtsrecht leidt, maar tot voortzetting in gewijzigde vorm. Hij wordt hierin gevolgd door P-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie voor Hoge Raad 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870:

> 'dat wijziging van de inhoud van het erfpachtsrecht in beginsel als een voortzetting in gewijzigde vorm moet worden beschouwd, en voorts dat in ieder geval sprake is van een nieuw erfpachtsrecht voor zover het object van de erfpacht wordt uitgebreid'.

In oudere literatuur werd echter nog een beperktere visie verdedigd. Bijvoorbeeld De Jong & Ploeger, Erfpacht en opstal (2008) B28, nr. 46:

> "Aangenomen moet worden dat een wijziging in ieder geval resulteert in een nieuw recht als het object van de erfpacht verandert. Daarnaast menen we echter ook dat wanneer het recht op een aantal belangrijke onderdelen, zoals de grondslag van de canonberekening, de duur, de bestemming en de toepasselijke AV wordt gewijzigd, moet worden aangenomen dat een nieuw recht is ontstaan. Wijziging van slechts een der essentialia van de erfpacht is daarvoor onvoldoende te achten".

Opgemerkt moet worden dat op zich voor het voorbestaan van de splitsing in appartementsrechten de vraag of er sprake is van wijziging van een bestaand recht, of vestiging van een nieuw recht niet relevant is, wegens het bepaalde in art. 5:143 lid 1 BW.

Vraag 4

a. Kan een mogelijke wijziging van het Burgerlijk Wetboek een praktische mogelijkheid bieden voor de hiervoor geschetste normalisering van individuele afspraken?

Zoals uit het voorgaande bleek, is differentiatie van de voorwaarden slechts mogelijk als dit berust op de erfpachtakte zelf. Een dergelijke differentiatie in canon per appartementsrecht zal tevens moeten zijn voorzien in de splitsingsakte.

Het huidige BW ontbeert de mogelijkheid om later, ná de splitsing van het erfpachtrecht, per erfpachter-appartementseigenaar individueel tot gedifferentieerde voorwaarden te komen. Dit past volledig binnen het Nederlandse stelsel van het appartementsrecht dat uitgaat van een deelgerechtigdheid in het gesplitste ('onderliggende') recht. Een en ander leidt echter tot inflexibiliteit. Zo wordt aanpassing van de voorwaarden, bijvoorbeeld in verband met een bestemmingswijziging van een appartement, ná de splitsing in appartementsrechten, lastig te realiseren. Slechts de vanuit het punt van de rechtszekerheid minder wenselijke weg van afwijkende obligatoire afspraken blijft over, naast de hiervoor besproken omweg van het uitgeven van het privé-deel in erfpacht.

Nu binnen de wettelijke regeling van het appartementsrecht reeds praktische oplossingen worden toegelaten die niet (volledig) passen binnen de dogmatische structuur van het appartementsrecht,[2] is mijns inziens een aanvulling van Titel 5.9 in die zin dat ook ná de splitsing kan worden gedifferentieerd in de erfpachtvoorwaarden goed verdedigbaar.

Een uitgewerkt ontwerp voor een betreffende aanvulling van het BW gaat het bestek van dit advies te buiten. Wel zijn de volgende randvoorwaarden te formuleren

1. De individuele voorwaarden zullen moeten passen binnen de grenzen van het reeds bestaande gesplitste erfpacht. Dat betekent dat differentiatie slechts mogelijk zal kunnen zijn met betrekking tot de rechten en plichten die betrekking hebben op het betreffende privé-deel. Men moet hierbij denken aan gebruiksvoorwaarden (bestemming) en de canon.

2. De individuele voorwaarden zullen niet de rechten van de overige appartementsgerechtigden mogen raken. Differentiatie van voorwaarden die noodzakelijk betrekking hebben op de gemeenschappelijke delen, zoals een algemene onderhoudsverplichting van de in erfpacht uitgegeven onroerende zaak, zal dus niet mogelijk zijn.

Op basis van deze uitgangspunten zal differentiatie in elk geval niet mogelijk kunnen zijn met betrekking tot essentiële elementen van het gesplitste erfpachtrecht, in het bijzonder het voorwerp van recht (de omvang van de in erfpacht uitgegeven grond, waarop het in appartementsrechten gesplitste complex is/wordt gerealiseerd).

Met betrekking tot de duur van het erfpacht als zodanig meen ik dat ook deze tot de essentiële elementen gerekend moet worden. Dat wil zeggen dat als het gesplitste erfpachtrecht voor 75 jaar is gevestigd (een recht voor bepaalde tijd), men niet vervolgens tot een zodanige differentiatie zal kunnen komen dat binnen het in appartementsrechten gesplitste complex, voor de ene appartementsgerechtigde-erfpachter een tijdelijk recht van 50 jaar en voor de andere een recht van 100 jaar zal kunnen gelden. Een andere opvatting staat mijns inziens op gespannen voet met het feit dat er sprake is van een gemeenschap, en zou daarmee het voortbestaan het in appartementsrechten gesplitste complex in gevaar brengen.

Bij het huidige systeem van voortdurende erfpacht is echter geen sprake van tijdelijke erfpachtrechten, maar van erfpachtrechten voor onbepaalde tijd, waarbij de voorwaarden per tijdvak worden vastgesteld (zie bijv. art. 3 AB 2000). Een differentiatie waarin binnen een dergelijke erfpachtrecht de per appartement gelende specifieke voorwaarden herzien kunnen worden (dus conform de huidige praktijk verschillende tijdvakken gehanteerd kunnen worden) zou in een hier voorgestelde wettelijke regeling denkbaar zijn.

---

[2] Het gaat hierbij met name om art. 5:118a BW (vestiging van erfpacht of opstal op een privé-deel), art. 5:139 BW (wijziging splitsing na een besluit van de vergadering van eigenaars) en art. 5:143 BW (het 'overspringen' van de splitsing op een nieuw te vestigen erfpachtrecht).

b. Is een aanpassing van het BW mogelijk die inhoudt dat de erfpachters en erfverpachter overeen kunnen komen dat het in appartementsrechten gesplitste erfpachtrecht wordt beschouwd als afzonderlijke erfpachten gevestigd op de losse appartementsrechten?

In dit voorgestelde model wordt de mogelijkheid geboden van een wijziging van het gesplitste recht zelf (van erfpacht in eigendom) met gelijktijdige vestiging van nieuwe (individuele) erfpachtrechten op de appartementsrechten. Iets anders gezegd: het gesplitste erfpachtrecht 'converteert' in een splitsing van de volle eigendom, en de bestaande appartementsrechten-erfpacht in erfpachtrechten op de respectievelijke appartementsrechten.

Een wijziging van het BW dat dit mogelijk maakt, zonder dat de bestaande splitsing eerst opgeheven moet worden (zie vraag 2), lijkt mij goed ondenkbaar. Zeker gelet op het feit dat het in appartementsrechten gesplitste complex als zodanig (de feitelijke beschrijving van het complex, met de privé-delen en gemeenschappelijke delen, de breukdelen, en het splitsingsreglement) in beginsel onveranderd blijft.

Voor de procedure voor deze 'conversie' zou men kunnen aansluiten bij de bestaande regeling voor de wijziging van de splitsingsakte (art. 5:139 BW); de medewerking van alle appartementsgerechtigden (eventueel vervangen door een (gekwalificeerde) meerderheidsbesluit van de VvE) en toestemming van beperkt gerechtigden en beslagleggers voor deze conversie. Tevens zal de wettelijke regeling er in moeten voorzien dat bestaande hypotheekrechten gelijktijdig met de conversie 'overspringen' van het erfpacht-appartementsrecht op het (na de conversie) corresponderende echt van erfpacht.

Vraag 5
In hoeverre kan verticaal gesplitste erfpacht een oplossing bieden voor de geschetste problematiek? (aanvullende vraag gesteld bij e-mail d.d. 19 januari 2015)

In uw vraag wordt de volgende constructie geschetst. "De gedachte is om de erfpacht verticaal te splitsen in evenveel erfpachtrechten als er appartementsrechten zijn. Tevens wordt de bloot eigendom verticaal gesplitst in evenveel delen als dat er erfpachtrechten zijn. De bloot eigendommen moeten vervolgens worden gekoppeld aan de verschillende erfpachtrechten. Naar het oordeel van de gemeente ontstaat op deze wijze een situatie van "erfpacht op hoogte" / "driedimensionale volumeverkaveling".

Met betrekking tot erfpacht op hoogte, ook wel aangeduid als 'horizontaal verdeelde erfpacht' (Van Velten, Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed (2012), paragraaf 12.4) kan worden vastgesteld dat de heersende leer er zonder meer van uit gaat dat het mogelijk is om het genot van een gebouw goederenrechtelijk te 'verdelen' via de vestiging van erfpachtrechten. In de woorden van Vonck GS Zakelijke rechten, Titel 7, Boek 5 BW, aant. 8.3:

> "Erfpacht kan als alternatief voor appartementsrechten worden gebruikt, door de grond meerdere malen in erfpacht uit te geven en het genot steeds te beperken tot een specifieke ruimte in het gebouw."

Zie voorts, naast Van Velten, paragraaf 2.12 en 12.4, ook Pleysier Kwartaalbericht Nieuw BW 1990/1, p. 1-2, Rietbroek, Toepassing van zakelijke rechten in de praktijk, Bouwrecht 1996, p. 702 e.v... Dit sluit aan bij de door Hoge Raad 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006: AZ2380 erkende praktijk waar bij de vestiging van het recht van gebruik en bewoning (art. 3:226 BW) het uitsluitend gebruik van een woning wordt beperkt tot een deel daarvan.

Een afwijkende mening heeft echter Struycken, De numerus clausus in het goederenrecht, diss. 2008, p. 630, die voor gelaagde bouw uitgaat van exclusiviteit van de wettelijke regeling van het appartementsrecht

Het verticaal splitsen van de bloot-eigendom van een gebouw is daarentegen niet zonder meer mogelijk. Een dergelijke 'volume eigendom' is in het Nederlandse burgerlijk recht onbekend. Men zal hiervoor opstalrechten moeten vestigen, met dien verstande dat elke bouwlaag of deel van het gebouw dan als een afzonderlijk "gebouw of werk" in de zin van art. 5:101 BW met kunnen worden aangemerkt. Of men zal de bloot-eigendom in appartementsrechten moeten splitsen.

Hoe het ook zij, de erfpacht op hoogte als middel om tot een goederenrechtelijke verdeling te komen, lijkt alleen praktisch toepasbaar in specifieke gevallen. Namelijk dat sprake is van delen met een zekere bouwkundige zelfstandigheid. Men zal hierbij eerder moeten denken aan de verdeling van een parkeergarage en de daarop gebouwde flat dan de gelaagde bouw waarvoor traditioneel de splitsing in appartementsrechten wordt gebruikt. Zie ook De Jong/Ploeger, Erfpacht en opstal (Monografieën BW B28) 2008, nr. 52 (met name p. 79). Immers, anders dan in de regeling van het appartementsrecht, is niet voorzien in een wettelijke regeling voor het beheer en onderhoud van gemeenschappelijke delen binnen zo'n bouwcomplex. Afspraken in de akten van vestiging van de erfpachtrechten of de vestiging van erfdienstbaarheden over-en-weer zal slechts in beperkte mate een oplossing kunnen bieden. Tevens ontbreekt de mogelijkheid van een verplicht lidmaatschap van een beheersvereniging (de VvE bij het appartementsrecht). Zie ook Van Velten, paragraaf 2.12, p. 73, die stelt dat het ontbreken van een overlegstructuur het gebruikmaken van gelaagde erfpacht weinig aantrekkelijk maakt.