Gemeente Amsterdam
Ontwikkelingsbedrijf

Portefeuille Programma en Regie
Bureau Erfpacht

5.b Memo juridische aspecten conversiebeleid

Aan	Wethouder Grondzaken
Van	Directeur OGA (behandelend ambtenaren mr. (10)(2e), mr. (10)(2e), mr. (10)(2e))
Kopie aan	-
Datum	18 juni 2013
Kenmerk	-
Onderwerp	Juridische aspecten conversiebeleid

U wordt verzocht kennis te nemen van de complexe juridische aspecten van conversie van de conversie van in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten. In gevallen van in appartementsrechten gesplitste appartementsrechten is conversie naar de nieuwe AB's gecompliceerd. De navolgende conversiemogelijkheden zullen, in overleg met de banken en het notariaat verder worden uitgewerkt:

1. Conversie van het erfpachtrecht met medewerking van alle appartementseigenaren in een complex (art 5:143 BW);
2. Conversie van individuele appartementsrechten met gebruikmaking van artikel 5:118a BW (onderuitgifte in erfpacht onder andere erfpachtvoorwaarden);
3. Conversie van individuele appartementsrechten door middel van een obligatoire overeenkomst, versterkt met een kettingbeding en/of kwalitatieve verplichting.

Achtergrond juridische aspecten conversiebeleid

In het geval waarbij de grond eerst is uitgegeven in erfpacht en vervolgens in appartementsrechten is het ingewikkeld om de appartementen afzonderlijk van elkaar te converteren naar de AB2013. Omdat er ook na de splitsing in appartementsrechten sprake is van één erfpachtrecht – weliswaar met meerdere erfpachters, de appartementseigenaars – is het niet mogelijk om op een deel van dat erfpachtrecht (een afzonderlijk appartementsrecht) andere erfpachtvoorwaarden van toepassing te verklaren.

Dit werkt belemmerend voor de wens om zoveel mogelijk koopwoningen – waarvan het tijdvak binnen nu en 20 jaar afloopt – conversie naar de AB 2013 te converteren.

OGA heeft een drietal conversievarianten voor in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten nader uitgewerkt om tot een oplossing voor deze conversieproblematiek te komen. De varianten zijn:

1. Conversie van het erfpachtrecht met medewerking van alle appartementseigenaren in een complex (art 5:143 BW);
2. Conversie van individuele appartementsrechten met gebruikmaking van artikel 5:118a BW (onderuitgifte in erfpacht onder andere erfpachtvoorwaarden);
3. Conversie van individuele appartementsrechten door middel van een obligatoire overeenkomst, versterkt met een kettingbeding en/of kwalitatieve verplichting

Ad. 1. Conversie van het erfpachtrecht met medewerking van alle appartementseigenaren van het appartementencomplex

Algemeen
De eerste vorm van conversie naar de AB2013 is de conversie van het gehele erfpachtrecht/appartementencomplex in een keer, met medewerking van alle appartementseigenaars. Aangezien ook het in een keer converteren van een geheel appartementencomplex toch wel enige weken in beslag zal nemen, is het verstandig om voor de toepassing van deze conversiemogelijkheid niet te wachten tot het moment dat een van de appartementseigenaars zijn woning wil voorkopen. Als pas op dat moment het conversietraject wordt ingezet bestaat het risico dat de conversie nog niet is voltooid op het moment van de overdracht. Hierdoor kan de koper van het betreffende appartement mogelijk problemen krijgen met de hypothecaire financiering. Het zo snel mogelijk actief aanbieding van deze conversiemogelijkheid door de gemeente aan appartementencomplexen lijkt hierdoor wenselijk.

Nadeel van deze conversiemethode is dat er overeenstemming moet zijn en de bereidheid van een ieder om daar aan mee te werken. Appartementseigenaren die niet de verwachting hebben dat ze hun appartement op korte termijn zullen gaan verkopen zullen niet bereid zijn om mee te werken aan deze conversie indien ze er door de conversie “op achteruit gaan” Misschien zullen ze slechts bereid zijn om aan de conversie mee te werken als dit voordelen voor ze heeft. Het is dus zaak dat de conversieregeling zo wordt ingericht dat ook erfpachters die niet verwachten op korte termijn hun woning te gaan

verkopen over de streep worden getrokken en zich bereid verklaren aan de conversie mee te werken.

De belangrijkste wijziging in de AB 2013 zal zijn dat het feit dat de canonherziening op basis van de transactie op het moment van de transactie zal plaatsvinden. Door voortijdige conversie naar de AB2013 verdwijnt het recht van de erfpachter op een CHET door deskundigen. Dit zou door erfpachters die hun woning niet willen verkopen als nadeel kunnen worden ervaren. Als ze niet voortijdig converteren zullen ze pas na het begin van hun volgende tijdvak (en dus na hun "CHET oude stijl") met de AB2013 worden geconfronteerd.

Dit "nadeel" zou kunnen worden weggenomen door bij de conversie naar de AB 2013 op te nemen dat het mogelijk is om, indien de erfpachter dit wenst, nog één keer bij het einde van het lopende tijdvak van een CHET oude stijl gebruik te kunnen maken (onder verwijzing naar de AB2000). Die mogelijkheid zou dan aan iedere appartementseigenaar als individuele keuze kunnen worden aangeboden.
Een erfpachter die zijn appartement wil verkopen (of diens koper) zal van de die mogelijkheid waarschijnlijk af willen zien en gelijk over willen naar het regime van de AB2013. Een erfpachter die zijn woning nog niet wil verkopen wil waarschijnlijk de mogelijkheid van een laatste keer CHET oude stijl nog graag open houden. Indien hij echter voor het einde van het tijdvak alsnog gaat verkopen dan zal hij (of zijn koper) waarschijnlijk ook afstand willen doen van zijn recht oude stijl en willen kiezen voor het canonherzieningsregime van de AB2013.

De keuze om af te zien van de eenmalige mogelijkheid tot een CHET oude stijl zou per appartement(seigenaar) kunnen worden gemaakt. Zo hoeft dus bij conversie niet elk appartement direct over te stappen naar het nieuwe canonherzieningsregime. De keuze van een appartementseigenaar om af te zien van de laatste keer CHET oude stijl moet wel in het kadaster belanden en overgaan op rechtsopvolgers. Dit zou kunnen worden bewerkstelligd door middel van een kwalitatieve verplichting of een kettingbeding. Zie hiervoor een nadere toelichting onder ad 3.

Civielrechtelijke aspecten
Indien de erfpachtvoorwaarden daarin voorzien is het mogelijk om met de erfpachters overeen te komen dat de (algemene) erfpachtvoorwaarden worden gewijzigd. Zo zou een appartementencomplex in een keer kunnen converteren naar de AB2013. Civielrechtelijk gezien is er in dat geval sprake van voortzetting van het oude recht en is er dus geen sprake van het ontstaan van een nieuw recht. In de AB's van 1915, 1934, 1937, 1955 en 1966 is de navolgende bepaling (of een van gelijke strekking) opgenomen: *"De Algemeene Bepalingen kunnen te allen tijde door de Gemeenteraad worden herzien"* Op basis hiervan zou zelfs mogelijk zijn om de AB's eenzijdig te wijzigen. Als deze eenzijdige wijzigingsmogelijkheid bestaat is een wijziging met wederzijds goedvinden ook mogelijk.

Als er echter geen wijzigingsmogelijkheid in de erfpachtvoorwaarden is opgenomen (dat is het geval bij de AB 1994 en de AB 2000), en dat is in de Amsterdamse erfpachtvoorwaarden inderdaad het geval, dan is het niet mogelijk om het recht tussentijds, met wederzijds goedvinden, te wijzigen.

De oplossing om toch te komen tot conversie van het gehele appartementencomplex ligt in de toepassing van artikel 5:143 BW. Dit artikel biedt de mogelijkheid om het in de splitsing betrokken erfpachtrecht te beëindigen (afstand) en opnieuw uit te geven zonder de splitsing te beëindigen. Normaal gesproken beëindig je daarmee ook de splitsing in appartementsrechten. Met toepassing van artikel 5:143 lid 1 onder a blijft de splitsing in stand mits je dezelfde onroerende zaak weer in erfpacht uitgeeft aan de gezamenlijke appartementseigenaars.

Voor de toepassing van dit artikel is, vanwege het feit dat er wijzigingen worden aangebracht in een in de gemeenschap betrokken zakelijk recht (het erfpachtrecht) medewerking van alle appartementseigenaars nodig. Het betreft hier geen wijziging van de splitsingsakte dus kan niet worden volstaan met een meerderheidsbesluit van de VVE.

Hypotheekhouders en beslagleggers
Wijziging van de AB's heeft ook gevolgen voor hypotheekhouders (en eventuele beslagleggers). De erfpachter zal, op grond van zijn hypotheekvoorwaarden, meestal toestemming van de bank nodig hebben voor de wijzigingen van het erfpachtrecht. Door de wijziging van het recht treden er immers wijzigingen in het onderpand van de bank op. Het verkrijgen van toestemming voor het overstappen naar de AB 2013 kan een complicerende of vertragende factor zijn. Het is verstandig om met de grote hypotheekbanken (ABN AMRO, ING en Rabobank afspraken te maken over de conversie naar de AB2013 zodat het notariaat bij het uitvoeren van de conversie op eenvoudige wijze snel de benodigde toestemming kan verkrijgen.
Bij de toepassing van artikel 5:143 lid 1 onder a blijft de appartementensplitsing in stand. De vraag is wel welke gevolgen de heruitgifte van het erfpachtrecht heeft voor de op de appartementsrechten gevestigde hypotheken. Hierover bestaat in de juridische literatuur geen overeenstemming. Deze conversievariant zou dus vooraf afgestemd moeten worden met de verschillende hypotheekhouders.

Fiscale gevolgen
Op grond van artikel 2, eerste lid van de Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 (Wbr) wordt niet alleen ter zake van de verkrijging van een in Nederland gelegen onroerende zaak zelf overdrachtsbelasting geheven, maar ook ter zake van de verkrijging van beperkte rechten (o.a. erfpachtrechten). Uit het oogpunt van de heffing van overdrachtsbelasting kan een erfpachtrecht recht bijna niet wijzigen zonder dat dit gevolgen heeft voor de heffing van overdrachtsbelasting. Uit artikel 6, tweede lid Wbr volgt dat de wijziging van een beperkt recht inhoudt dat afstand wordt gedaan van het bestaande recht tegen verkrijging van een nieuw beperkt recht. De wijziging van een beperkt recht doet zich voor indien één van de essentialia van het recht wijzigt. Te denken is aan de wijziging van de tijdsduur van het recht, de omvang of de schuldplichtigheid.
In beginsel wordt bij de verkrijging van dit - fiscaal - nieuwe recht overdrachtsbelasting geheven over de waarde van dit nieuwe recht. Om te komen tot een redelijke belastingheffing is op grond van artikel 9, tweede lid Wbr overdrachtsbelasting verschuldigd over het verschil in waarde van het recht waarvan afstand is gedaan en het nieuw verkregen recht .

In een aantal gevallen leidt de wijziging van een beperkt recht niet tot de heffing van overdrachtsbelasting. In de eerste plaats is in artikel 9, tweede lid Wbr bepaald dat indien uitsluitend de schuldplichtigheid van een recht wordt gewijzigd, het waardeverschil op nihil wordt gesteld. Bij de verkrijging van het recht is immers al overdrachtsbelasting geheven over de waarde van het recht als zodanig, vermeerderd met de waarde van de canon. Een aanpassing van de canon impliceert een omgekeerde aanpassing van de waarde van het recht. De totale maatstaf van heffing wijzigt daardoor niet.

In de tweede plaats kan het zijn dat de waarde van het ingeleverde recht gelijk is aan de waarde van het nieuw verkregen recht. De waarde van een beperkt recht wordt berekend door de jaarlijkse canon te vermenigvuldigen met een factor die bepaald wordt op basis van de tabel van de bijlage, onderdeel b bij het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer 1971. Indien het recht gevestigd is voor een onbepaalde tijd, wordt de waarde gesteld op 17 keer de jaarlijkse canon. Tevens is bepaald dat de waarde van een in de tijd beperkt recht niet meer kan bedragen dan 17 keer de jaarlijkse canon. Uit de tabel volgt dan dat de waarde van een eeuwigdurend recht en een recht dat een looptijd heeft van meer dan 51 jaar dezelfde waarde hebben. Indien een beperkt recht dat een looptijd heeft van meer dan 51 jaar wordt omgezet in een eeuwigdurend recht, zonder dat de schuldplichtigheid verandert, is er geen verschil in waarde en dus geen overdrachtsbelasting verschuldigd.

Voor de overgang van Amsterdamse erfpachtrechten naar de AB 2013 moeten dus de navolgende vragen beantwoord worden:

1. Ziet de fiscus de conversie van oude Algemene Bepalingen naar de AB 2013 als een wijziging van het erfpachtrecht en dus een belaste verkrijging als bedoeld in artikel 6, tweede lid Wbr?
2. Indien de conversie een belaste verkrijging is, is er dan sprake van een waardeverschil als bedoeld in artikel 9, tweede lid Wbr waarover heffing plaatsvindt?

Over deze twee vragen heeft reeds een eerste overleg plaatsgevonden met de Belastingdienst. Waarschijnlijk zal de conversie naar de AB2013 gezien worden een belaste verkrijging als bedoeld in artikel 6, tweede lid Wbr. Of er echter sprake is van een waardeverschil in de zin van artikel 9, tweede lid Wbr hangt af van de definitieve inhoud van de AB2013 en de bijbehorende conversieregeling. Zodra deze zijn uitgewerkt moeten zede aan de belastingdienst worden voorgelegd.

Conversiewerkzaamheden en kosten
Met de conversie zijn (notariële) en gemeentelijke werkzaamheden en dus ook kosten gemoeid. De afstand en heruitgifte onder de AB 2013 zal door middel van een notariële akte moeten geschieden. De akte moet worden ingeschreven in het kadaster. Ook daar zijn kosten aan verbonden. Daarnaast zal de notaris ervoor moeten zorgen dat de benodigde toestemming van de hypotheekhouders wordt verleend.
De kosten van een conversie in één keer zullen naar alle waarschijnlijkheid wel lager zijn dan de hierna onder 2 en 3 besproken conversiemethoden. In de hierna onder 2 en 3 genoemde gevallen zijn er waarschijnlijk meer notariële akten nodig omdat er per appartementsrecht wordt geconverteerd.

Ad 2. Conversie van individuele appartementsrechten met gebruikmaking van artikel 5:118a BW;

Algemeen
Indien er om welke reden dan ook geen consensus binnen een VVE kan worden bereikt om het gehele complex in een keer te converteren naar de AB 2013 moet worden bezien of ook appartementsgewijze conversie mogelijk is. Hierdoor zou een individuele appartementseigenaar kunnen kiezen voor een overstap naar de AB2013, zonder dat de overige appartementseigenaren mee over gaan. Artikel 5:118 A kan een oplossing bieden. Door toepassing van dit artikel wordt de zelf erfpacht niet geconverteerd. Hoewel deze conversiemogelijkheid juridisch gezien sluitend is, is het de vraag of hij, gezien het feit dat er sprake is van een stapeling van rechten, goed uitlegbaar is en maatschappelijk geaccepteerd zal worden. De communicatie naar erfpachters, makelaars, banken en notariaat over deze conversie-mogelijkheid zal van zeer groot belang zijn.

Civielrechtelijke aspecten
De gemeente kan een appartementsrecht (in)kopen van een erfpachter die zijn appartementsrecht wil verkopen. Dit dient om eventuele vermengingsproblematiek te voorkomenbij voorkeur te geschieden door een speciaal darvoor door de gemeente opgerichte rechtspersoon, bijvoorbeeld een Stichting. De gemeente is dan (indirect) eigenaar van het appartementsrecht. Vervolgens kan de gemeente dit appartementsrecht met toepassing van artikel 118a BW een erfpachtrecht vestigen (onder de AB 2013) ten behoeve van de koper. Dit kan per appartementsrecht. Je hebt de andere appartementseigenaars in beginsel (tenzij in de splitsingsakte anders is bepaald) niet nodig.

Door conversie op grond van 5:118a te laten plaatsvinden wordt bewerkstelligd dat op een op een appartementsrecht gevestigd erfpachtrecht de AB2013 van toepassing kan worden verklaard.

Gevolg van deze constructie is wel dat de gemeente bloot-eigenaar blijft van de appartementsrechten. Dit zou gevolgen kunnen hebben voor de aansprakelijkheid van de gemeente binnen de VVE voor bijvoorbeeld schulden van de erfpachter. Uit nader advies van prof. mr. (10)(2e) (10)(2e) kan echter de conclusie worden getrokken dat het goed mogelijk is om de risico's voor de gemeente bij deze constructie zoveel mogelijk te beperken.

Als alle appartementen na een tijd op deze manier zijn overgegaan en de gemeente bloot eigenaar is van alle appartementsrechten zou de onderliggende (in appartementsrechten gesplitste erfpacht) kunnen worden geconverteerd naar de AB 2013 (zie hiervoor onder 1). Vervolgens kan de gemeente de bloot eigendom van elk appartement weer aan de desbetreffende erfpachter overdragen. Dan zijn we uiteindelijke weer terug bij een in appartementsrechten gesplitste erfpacht waarop de AB 2013 van toepassing zijn. Vraag is of het noodzakelijk is om deze laatste stap uit te voeren. Voordeel is wel dat je uiteindelijk een "gewone" in appartementsrechten gesplitste erfpacht onder de AB 2013 hebt.

Hypotheekhouders
Vrijwel altijd zal de vestiging van het erfpachtrecht ten behoeve van de koper worden gevolgd door de vestiging van een hypotheek waarmee de koper zijn aankoop financiert. De hypotheek komt dus te rusten op het erfpachtrecht dat recht geeft op het gebruik van het appartementsrecht.
Voor het slagen van deze conversieconstructie is van groot belang dat banken de constructie begrijpen en zonder beperkingen of aanvullende voorwaarden financieren.

Fiscale gevolgen
De verkrijging van het erfpachtrecht door de gemeente kan zonder heffing van overdrachtsbelasting geschieden. De gemeente kan beroep doen op een vrijstelling voor de overdrachtsbelasting. Als het erfpachtrecht vervolgens op het appartementsrecht wordt gevestigd ten behoeve van de koper van de woning is dat een met overdrachtsbelasting belaste verkrijging voor de koper. Echter, indien de koper de volle eigendom van het appartementsrecht rechtstreeks van de verkoper zou hebben gekocht was hij tenminste evenveel overdrachtsbelasting verschuldigd geweest.

Conversiewerkzaamheden en kosten
Met de conversie zijn notariële en gemeentelijke werkzaamheden en dus ook kosten gemoeid. De overdracht van het appartementsrecht aan de gemeente en de uitgifte van dat appartementsrecht in erfpacht onder de AB 2013 zal door middel van een notariële akte moeten geschieden. De akte moet worden ingeschreven in het kadaster. Ook daar zijn kosten aan verbonden.

Ad 3. Conversie van individuele appartementsrechten door middel van een obligatoire overeenkomst, versterkt met een kettingbeding en/of kwalitatieve verplichting.

Algemeen
Een andere conversiemogelijkheid die gebruikt zou kunnen worden om - indien het onmogelijk blijkt om het gehele erfpachtrecht/alle appartementen binnen een complex in een keer te converteren naar de AB2013 en ook conversie met gebruikmaking van 5:118a niet mogelijk is - appartementsgewijze conversie te bereiken, is conversie door middel van een obligatoire overeenkomst met de betreffende appartementseigenaars.

Civielrechtelijke aspecten
In plaats van conversie op grond van artikel 5:118a BW bestaat ook de mogelijkheid om met een individuele appartementseigenaar afspraken te maken over de conversie naar de AB 2013. Dat zou dan kunnen door middel van een obligatoire overeenkomst tussen de erfpachter/appartementseigenaar en de gemeente. In die overeenkomst zou met de appartementseigenaar overeen kunnen worden gekomen dat in afwijking van de erfpachtvoorwaarden die voor het onderliggende erfpachtrecht gelden, met betrekking tot zijn appartement de AB2013 van toepassing zullen zijn.

Risico van een dergelijke obligatoire afspraak is het feit dat deze overeenkomst niet automatisch over gaat op rechtsopvolgers van de appartementseigenaar. Dit probleem

zou kunnen worden ondervangen door aan de overeenkomst een kettingbeding met boetebeding te koppelen en eventueel de overeenkomst als kwalitatieve verplichting in te schrijven in het kadaster.

Door middel van een kettingbeding is het mogelijk om aan de erfpachter/ appartementseigenaar de verplichting op te leggen om ervoor te zorgen dat, indien de erfpachter zijn appartement overdraagt aan een koper, hij ook van de koper bedingt dat de koper een zelfde overeenkomst (over de toepassing van de AB2013) met de gemeente sluit. Om te bewerkstelligen dat een erfpachter de verplichting tot het "overdragen van de overeenkomst aan zijn rechtsopvolger" ook nakomt, zou er een (hoge) boete op niet nakoming van de verplichting kunnen worden gezet. Naar alle waarschijnlijkheid zal ook een notaris bij de overdracht toezien op de naleving van het kettingbeding.
Risico van een kettingbeding is het feit dat een executerende hypotheekhouder of een curator in het faillissement van de erfpachter in beginsel niet aan het obligatoire overeenkomst is gebonden. Zij kunnen dus in beginsel verkopen zonder de overeenkomst mee over te dragen. De koper is dan niet "automatisch" gebonden aan de AB2013. Slechts in bijzondere gevallen (als de curator bijvoorbeeld dezelfde opbrengst kan genereren bij overdracht inclusief het kettingbeding) zal het onrechtmatig jegens de gemeente zijn als de curator het appartement overdraagt zonder het kettingbeding mee over te dragen.

Naast een kettingbeding is het ook mogelijk om de overeenkomst een kwalitatieve werking te geven als bedoeld in artikel 6:252 BW. Een verplichting van de erfpachter om iets "te dulden" of iets "niet te doen" ten aanzien van een aan hem toebehorend registergoed (het appartementsrecht) gaat automatisch over op rechtsopvolgers als de overeenkomst is vastgelegd in een notariële akte en deze akte is ingeschreven bij het kadaster (de openbare register) en dus kenbaar is voor derden. De kwalitatieve verplichting zou er in kunnen bestaan dat de erfpachter/appartementseigenaar zal dulden dat, in afwijking van de onderliggende erfpacht, op zijn appartement de regels van de AB2013 van toepassing zijn.

Hypotheekhouders en beslagleggers
De vraag is even hoe hypotheekouders aan zullen kijken tegen deze oplossing en of ze deze als voldoende solide zullen bestempelen. De verwachting is dat hypotheekhouders over het algemeen belang hebben bij de toepasselijkheid van de AB2013 vanwege de zekerheid over de hoogte van de canon tijdens de woonduur/looptijd van de hypotheek. Het zou dus goed kunnen dat ook de hypotheekhouder bij het aangaan van de financiering van de erfpachter verlangt dat hij een dergelijke obligatoire overeenkomst sluit. Dat is immers ook in zijn belang.

Fiscale gevolgen
De vestiging van een kettingbeding is niet belast met overdrachtsbelasting. Ook de vestiging van een kwalitatieve verplichting is niet belast met overdrachtsbelasting.

Conversiewerkzaamheden en kosten
Met de conversie zijn notariële en gemeentelijke werkzaamheden en dus ook kosten gemoeid. Het vastleggen van het kettingbeding zal bij voorkeur bij notariële akte moeten

plaatsvinden. Het vastleggen van het kettingbeding moet verplicht bij notariële akte. De akte moet worden ingeschreven in het kadaster. Ook daar zijn kosten aan verbonden.