Gemeente Amsterdam

Notitie gevraagde beslissing

Aan	Managementteam Erfpacht en Uitgifte
Van	[redacted]
Kenmerk	MB 2018-15865
Datum	@
Onderwerp	Verplicht privaatrechtelijk samenvoegen van twee woningen, wanneer deze publiekrechtelijk al 1 woning vormen, als voorwaarde voor overstap?

1. Inleiding

Casus:
Een erfpachter vraagt een overstap aan voor zijn woning. Publiekrechtelijk blijkt er sprake van 1 woning op 1 adres, terwijl er privaatrechtelijk nog sprake is van twee woningen en dus van twee erfpachtrechten dan wel appartementsrechten.
De feitelijke situatie zal per geval verschillen. Gezien de publiekrechtelijke samenvoeging mag verondersteld worden dat er feitelijk sprake is van 1 woning. In het concrete geval zal dit afhankelijk van de bouwkundige en publiekrechtelijke omstandigheden van het geval, mogelijk terug te draaien zijn.

De centrale vraag van deze notitie luidt:
Kan de gemeente op grond van de Overstapregeling de voorwaarde stellen dat twee woningen privaatrechtelijk worden samengevoegd, wanneer deze publiekrechtelijk 1 woning vormen? Welke haken en ogen zitten hier aan? Zie voor het navolgende ook het excelstroomschema bij deze notitie.

In de Overstapregeling is expliciet geregeld dat het erfpachtrecht moet worden gebruikt in overeenstemming met de bestemming, voordat de erfpachter kan overstappen (vgl. artikel 7 lid 3 van de Overstapregeling). De aanleiding voor deze memo is de constatering dat de erfpachters van appartementsrechten afhankelijk zijn van de overige appartementseigenaren en hypotheekhouders binnen de VVE om de bestemming van de erfpachtakte te wijzigen. Dit riep de vraag op of de voorwaarde van privaatrechtelijke samenvoeging, om het feitelijk gebruik in overeenstemming te brengen met de bestemming, redelijkerwijs wel kan worden gesteld als dit ertoe leidt dat de erfpachter niet kan overstappen.

Deze memo gaat echter in bredere zin over het toepassen van de Overstapregeling en overig relevant beleid (zie hierna onder 3 welke beleid hier wordt bedoeld) op gevallen als bedoeld in de bovenbedoelde casus. Deze bredere invalshoek is gekozen omdat er bij het onderzoeken van dit

onderwerp bleek dat dit onderwerp niet los gezien kan worden, van de onderwerpen splitsen en bestemmingswijziging. Wanneer er namelijk geconstateerd wordt dat een erfpachter zijn erfpachtrecht niet gebruikt in overeenstemming met de bestemming, welke wijziging moet de gemeente dan aanbieden, om zijn recht hiermee in overeenstemming te brengen? Een bestemmingswijziging? Een samenvoeging? En kan dat obligatoir met de erfpachter worden overeengekomen of niet?

2. De vraag of er verplicht privaatrechtelijk moet worden samengevoegd doet zich niet alleen voor in het kader van de Overstap.

De vraag of er verplicht moet worden samengevoegd kan niet alleen bij een verzoek tot overstap maar ook op andere momenten worden gesteld.:

- In het kader van een aanvraag voor een andere wijziging
- In het kader van CHET
- Na spontane constatering door de gemeente.

Onder het oude Erfpachtbeleid dat gold tot 1-1-2018 werd voor zover bekend niet gehandhaafd op het in overeenstemming brengen van de publiekrechtelijke situatie met de privaatrechtelijke, in die gevallen dat publiekrechtelijk was samengevoegd. Het algemene uitgangspunt dat het feitelijk gebruik moet overeenstemmen met de bestemming in de akte, was echter ook toen al een belangrijk uitgangspunt van het erfpachtstelsel. In beslispunt 2 wordt daarom voorgesteld deze werkwijze, bij de uitvoering van het huidige beleid, nader te onderzoeken.

3. Toepasselijk beleid

- Overstapregeling artikel 7 en bijbehorend Raadbesluit (Gemeenteblad 22 december 2017, nr. 230092).

Binnen E&U wordt artikel 7 van de Overstapregeling als "schoon over"- bepaling aangeduid.
Op grond van artikel 7 lid 3 van de Overstapregeling wordt er geen overstap aangeboden, zolang niet het feitelijk gebruik en de toegestane bestemming en/of het toegestane gebruik zoals opgenomen in de erfpachtakte met elkaar in overeenstemming zijn of zijn gebracht.

In de raadsvoordracht zijn onder 5 de belangrijkste uitgangspunten van de overstapregeling opgenomen:
5.3 ziet op het uitgangspunt dat elke erfpachter bij een in appartementsrechten gesplitst erfpachtecht individueel obligatoir kan overstappen.

5.4. ziet op het uitgangspunt dat de gemeente als voorwaarde voor het doen van een aanbod stelt dat de erfpachter.... bereid is de akte op orde te brengen als in de huidige akte gegevens ontbreken of afwijken van de feitelijke situatie.
In de nadere onderbouwing wordt dit ad 5.4 als volgt nader onderbouwd:
"Als een erfpachter wil overstappen naar eeuwigdurende erfpacht dan stelt de gemeente als voorwaarde voor het in behandeling nemen van het verzoek tot overstap dat de erfpachter aan alle verplichtingen uit het voortdurend erfpachtrecht voldoet en bereid is de akte op orde te brengen als er in de huidige akte gegevens ontbreken of van de feitelijke situatie afwijken. Dit

houdt onder meer in dat als blijkt dat het feitelijk gebruiken/of de gerealiseerde vloeroppervlakte van het erfpachtrecht afwijken van hetgeen is opgenomen in de akte of in het geheel niet zijn opgenomen, de afwijking wordt aangepast of de bestemming en/of ontbrekende gegevens alsnog worden opgenomen in de akte, mits dit past binnen de geldende publiekrechtelijke regelgeving en er zich geen gemeentelijk belang tegen verzet. Het houdt ook in dat de erfpachter niet naar eeuwigdurende erfpacht over kan stappen als hij niet bereid mee te werken aan het met elkaar in overeenstemming brengen van akte en de feitelijke situatie.
Voor deze voorwaarde is gekozen omdat het voor erfpachter en gemeente van belang is dat de gegevens in de erfpachtakten kloppen met de feitelijke situatie, zodat voor iedereen de juridische en financiële rechten en plichten helder zijn".

- Aanpalende beleidsstukken

Door het MT E&U is 8 januari 2018 een notitie vastgesteld met als onderwerp "obligatoire overeenkomst en overige erfpachtwijzigingen". In de memo wordt geconstateerd dat het sinds jaar en dag de praktijk is dat - zowel bij de gemeente als bij het notariaat — appartementseigenaren los van de Vereniging van Eigenaren wijzigingen kunnen aanvragen, zoals bijvoorbeeld een bestemmingswijziging, een tuinuitbreiding of een verlengde afkoop.
In verband hiermee is besloten om gelijktijdig met het ingaan van het nieuwe erfpachtbeleid ten aanzien van erfpachtwijzigingen, voor alle erfpachtwijzigingen van in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten, net als bij de overstap, te gaan werken met de obligatoire overeenkomst in combinatie met een kwalitatieve verplichting en kettingbeding met bijbehorend boetebeding.

- Beleid bestemmings- en bebouwingswijziging, beleid samenvoeging, beleid splitsing in appartementsrechten

Het huidige beleid m.b.t. samenvoeging van erfpachtrechten is alleen van toepassing op erfpachtrechten. Indien twee appartementsrechten worden "samengevoegd", wordt hierop niet het beleid m.b.t. tot samenvoeging toegepast, maar is het beleid voor (bestemmingswijziging en) wijziging splitsing van toepassing.

4. **<u>Is er sprake van gebruik in overeenstemming met de bestemming in de erfpachtakte?</u>**

De erfpachter kan niet overstappen indien het feitelijk gebruikt niet overeenstemt met de bestemming en/of het toegestane gebruik zoals opgenomen in de erfpachtakte.

De erfpachtakte wordt in de Overstapregeling gedefinieerd als de notariële akte waarin de rechten en plichten zijn vastgelegd die verbonden zijn aan het erfpachtrecht. Hieronder vallen volgens de definitie de uitgifteakte en latere notariële akten waarin de rechten en plichten met betrekking tot het erfpachtrecht worden gewijzigd.
Het is dus nodig om steeds in het concrete geval te beoordelen of er op enig moment een bestemmingswijziging is overeengekomen en of dat in een akte is vastgelegd.
Een aantal voorbeelden:
Voorbeeldcasussen:

A. Door splitsing van een erfpachtrecht is een appartementencomplex ontstaan. Het

erfpachtrecht heeft de bestemming **"wonen"** en is in 2010 gesplitst in 4 appartementsrechten elk omvattende één woning. Bij deze splitsing is geen bestemmingswijziging van het erfpactrecht overeengekomen. Er is in de splitsingsakte slechts de bestemming per appartementsrecht vastgelegd.
De appartementsrechten met huisnummer 3en 4 worden feitelijk gebruikt als 1 woning en er is 1 WOZ-waarde. In 2012 is publiekrechtelijke toestemming verleend tot samenvoeging van huisnummers 3 en 4.

In Hermes staan de appartementsrechten met nummer 3 en 4 nog aangeduid als 2 zelfstandige woningen. De erfpachter gebruikt het erfpachtrecht in overeenstemming met de bestemming in de erfpachtakte en kan dus, als hij dat wenst, in beginsel overstappen met elk van de twee appartementsrechten en niet verplicht worden tot privaatrechtelijke samenvoeging.

B. Door splitsing van een erfpachtrecht is een appartementencomplex ontstaan. Het erfpachtrecht heeft de bestemming **"4 woningen"** en is in 2010 gesplitst in 4 appartementsrechten elk omvattende één woning.
De appartementsrechten met huisnummer 3en 4 worden feitelijk gebruikt als 1 woning en er is 1 WOZ-waarde. In 2012 is publiekrechtelijke toestemming verleend tot samenvoeging van huisnummers 3 en 4.

In Hermes staan de appartementsrechten met nummer 3 en 4 nog aangeduid als 2 zelfstandige woningen. Er heeft dus naar aanleiding van de publiekrechtelijke samenvoeging nog geen bestemmingswijziging van 4 woningen naar 3 woningen en wijziging splitsing van het onderliggende erfpachtrecht plaatsgevonden. De erfpachter wil nu overstappen.

C. Het adres Bomenlaan 42-44 wordt feitelijk gebruikt als 1 eengezinswoning en er is 1 WOZ-waarde 2014. In 2012 is publiekrechtelijke toestemming verleend tot samenvoeging van twee aangrenzende **eengezinswoningen**.
In Hermes staan nog 2 zelfstandige erfpachtrechten elk met de bestemming eengezinswoning. Er heeft dus naar aanleiding van de publiekrechtelijke samenvoeging nog geen privaatrechtelijke **samenvoeging** van de erfpachtrechten plaatsgevonden.

De conclusie van deze paragraaf is dat de erfpachtakte(n) in het concrete geval moeten worden beoordeeld. Indien er is gesplitst, moet worden nagegaan of er daarbij ook een bestemmingswijziging is overeengekomen en in een akte vastgelegd en hoe die bestemming luidt ("wonen") of (" x woningen").

Wanneer het aantal woningen onderdeel uitmaakt van de bestemming in de erfpachtakte en dit aantal woningen zal zijn afgenomen door publiekrechtelijke samenvoeging, is het feitelijk gebruik door de publiekrechtelijke samenvoeging niet meer in overeenstemming met de erfpachtakte. Wanneer echter de bestemming "wonen" is zal er niet snel sprake zijn van gebruik in afwijking van de bestemming.

5. Kan de erfpachter in voorbeeldcasus B in alle gevallen het feitelijk gebruik in overeenstemming brengen met de erfpachtakte?
De erfpachter van een appartementsrecht heeft toestemming nodig van de overige appartementseigenaren en hypotheekhouders van de VVE voor wijziging van de erfpachtakte. De erfpachter zal deze toestemming niet altijd verkrijgen en zal dan niet kunnen overstappen als de gemeente de voorwaarde van privaatrechtelijke samenvoeging stelt.
Kan het sluiten van een obligatoire overeenkomst soelaas bieden, om dit probleem te omzeilen? Nee, op grond van de huidige praktijk is het niet mogelijk hierover een obligatoire afspraak te maken. Zie hiervoor ter informatie 5a.

5a. Ter informatie: Niet elke wijziging wordt in de praktijk obligatoir aangeboden.
Afspraken met zakenrechtelijke werking zijn de afspraken die met de VVE ten aanzien van het erfpachtrecht of de splitsing worden gemaakt:
1. De gemeente maakt afspraken ten aanzien van de erfpachtakte met de VVE (uitgifte en wijziging van de erfpachtakte).
2. De gemeente verleent toestemming voor (wijziging) splitsing aan de VVE. De gemeente is hierbij geen partij.
Zakenrechtelijk wijzigt in beginsel OF alleen de splitsing (de gemeente moet hiervoor op grond van artikel 5:139 BW toestemming verlenen en kan hieraan voorwaarden verbinden) OF het onderliggende recht wijzigt (de gemeente is hierbij partij). Indien het onderliggende recht wijzigt, is het afhankelijk van de splitsingsakte of de wijziging van het onderliggende recht dit met zich meebrengt dat ook de splitsing moet worden gewijzigd.

Daarnaast kunnen er met de individuele erfpachter afspraken worden gemaakt die alleen rechtsgevolgen hebben tussen de erfpachter en de gemeente. Dit zijn dus obligatoire afspraken zonder zakenrechtelijke werking. Door middel van een kwalitatieve verplichting en een kettingbeding met boetebeding worden rechtsopvolgers van de erfpachter gebonden aan deze afspraken.

Door het MT E&U is 8 januari 2018 een notitie vastgesteld met als onderwerp "obligatoire overeenkomst en overige erfpachtwijzigingen".
In de memo wordt geconstateerd dat het sinds jaar en dag de praktijk is dat
- zowel bij de gemeente als bij het notariaat —appartementseigenaren los van de Vereniging van Eigenaren wijzigingen kunnen aanvragen, zoals bijvoorbeeld een bestemmingswijziging, een tuinuitbreiding of een verlengde afkoop.
In verband hiermee is besloten om gelijktijdig met het ingaan van het nieuwe erfpachtbeleid ten

aanzien van erfpachtwijzigingen, voor alle erfpachtwijzigingen van in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten, net als bij de overstap, te gaan werken met de obligatoire overeenkomst in combinatie met een kwalitatieve verplichting en kettingbeding met bijbehorend boetebeding.
Hoewel dit niet benoemd is in de memo is gebleken dat bepaalde wijzigingen niet obligatoir worden behandeld, maar complexgewijs. Wanneer het erfpachtrecht wijzigt en dit tot gevolg heeft dat de splitsingstekening wijzigt, of wanneer alleen de splitsingstekening wijzigt, werkt de gemeente daaraan alleen mee door de VVE daarvoor een aanbieding te doen.
De gedachte is dat wijziging van de splitsingstekening inhoudt dat er fysiek (en eventueel bouwkundig) wijzigingen plaatsvinden in het complex die niet obligatoir overeen gekomen kunnen worden. Het uitgangspunt dat een erfpachter alleen over zijn eigen appartementsrecht met de gemeente afspraken kan maken, raakt dan uit beeld. De praktijk om een wijziging als gevolg waarvan de splitsingstekening wijzigt niet obligatoir aan te bieden, lijkt in dat kader dus juist

In gevallen dat uit de aanvraag blijkt dat een wijzigingsverzoek niet leidt tot wijziging van de splitsingstekening, wordt aan de erfpachter naar aanleiding van een wijzigingsverzoek een e-mail gestuurd waarin de erfpachter wordt verteld dat alle appartementseigenaren dienen mee te werken aan een wijziging van het onderliggende recht en/of splitsing en dat er ook toestemming nodig is van eventuele hypotheekhouders. Ze worden daarnaast geïnformeerd over de mogelijkheid om individueel met de gemeente afspraken te maken met betrekking tot hun appartementsrecht, die alleen rechtsgevolgen hebben tussen hen en de gemeente. [1]
Door beheer is een grove schatting gedaan dat in ongeveer 50% van de gevallen wordt gekozen voor een zakenrechtelijke wijziging.
In de gevallen dat daar niet voor wordt gekozen, lijken (vooral bij grote VVE) de hoge kosten van een wijziging splitsingsakte of gebrek aan medewerking van betrokkenen, daaraan in de weg te staan. Er kan ook sprake zijn van tijdsgebrek om de VVE in de wijziging te betrekken.

Mocht het sluiten van een obligatoire overeenkomst over de privaatrechtelijke samenvoeging wel mogelijk zijn geweest, dan zou dit overigens niet wegnemen dat het feitelijk gebruik in strijd is met de erfpachtakte als bedoeld in de Overstapregeling, omdat bij een obligatoire afspraak geen rechten en plichten met zakenrechtelijke werking met betrekking tot het erfpachtrecht worden vastgelegd.

6a. Argumenten vóór verplicht samenvoegen bij overstap:

- Artikel 7 lid 3 van de Overstapregeling staat in de weg aan een Overstap zolang het erfpachtrecht niet wordt gebruikt in overeenstemming met het toegestane gebruik zoals opgenomen in de erfpachtakte.
  Wanneer we hier wel meewerken aan een wijziging, terwijl de erfpachter zich niet houdt aan de erfpachtvoorwaarden, kan dit precedenten scheppen voor andere samenvoegingen en bestemmings- en/of bebouwingswijzigingen.

[1] Deze modelbrief zal binnenkort in overleg met JZ nog tekstueel door beleid worden aangepast

- In de onderbouwing van het raadsbesluit (zie boven) is expliciet rekening gehouden met de mogelijkheid dat de erfpachter niet kan overstappen als hij niet bereid is mee te werken aan het met elkaar in overeenstemming brengen van akte en de feitelijke situatie.

- De (rechtsvoorganger van de) erfpachter heeft de situatie zelf veroorzaakt,

- Het voorkomt waarderingsproblemen:
  Wanneer twee rechten bouwkundig gezien, beiden een onvolkomen gedeelte van een geheel vormen, kan het lastig zijn om de rechten afzonderlijk te waarderen
  Voor wat betreft de waardering door de gemeente van woonbestemmingen:
  Er zal bij woonbestemmingen vaak één WOZ-waarde voor het geheel worden afgegeven.
  TAG heeft aangegeven dat wanneer er niet privaatrechtelijk samengevoegd wordt, in de gevallen dat er wel 1 WOZ-waarde is vastgesteld en de erfpachter mag overstappen naar eeuwigdurende erfpacht, de werkwijze te willen volgen dat er een WOZ-achtige waarde wordt vastgesteld voor twee afzonderlijke woningen.
  En dus niet de WOZ-waarde te willen verdelen over de woningen.

6b. Argumenten tegen verplicht samenvoegen bij overstap

- Sommige erfpachters zullen niet kunnen overstappen, omdat voor wijziging van de splitsingsakte toestemming van alle erfpachters en hypotheekhouders vereist is. De erfpachter is mogelijk wel bereid om mee te werken aan het met elkaar in overeenstemming brengen van akte en de feitelijke situatie, maar is afhankelijk van derden of hij hieraan kan voldoen.

8. Afweging

Voorgesteld wordt de argumenten voor verplicht samenvoegen zwaarder te laten wegen, dan de gevolgen die dit voor sommige erfpachters heeft.
Hiermee wordt recht gedaan aan de Overstapregeling en aan een belangrijk onderliggend uitgangspunt van het Erfpachtbeleid, te weten dat feitelijk gebruik en bestemming in de erfpachtakte overeen moeten komen.

Het gevolg hiervan voor sommige erfpachters, te weten dat ze niet kunnen overstappen, is niet dusdanig dat de gemeente in deze gevallen niet in redelijkheid tot deze beslissing kan komen. De (rechtsvoorganger van de) erfpachter heeft de situatie zelf veroorzaakt en deze had privaatrechtelijke toestemming voor de samenvoeging moeten vragen.

De uitkomst dat bepaalde erfpachters feitelijk niet kunnen overstappen, zal weerstand oproepen bij de erfpachters die het betreft. Er moet rekening mee worden gehouden dat erfpachter mogelijk naar de Ombudsman stappen of de publiciteit zoeken omdat ze bijvoorbeeld de gunstige overstapvoorwaarden mislopen.

9. Terzijde: Praktische suggestie van beheer

Duidelijke aantekening in Hermes en GoGis dat publiekrechtelijk is samengevoegd, maar

privaatrechtelijk nog niet en dat hiertoe ook niet door de erfpachter is verzocht.
Het brengt overigens risico's met zich mee, wanneer de gemeente op de hoogte is van een afwijking van de bestemming, maar daar niets mee doet.

Gevraagde beslissing:

1 Vast te houden aan het vereiste van artikel 7 lid 3 van de Overstapregeling, ook in die gevallen dat een erfpachter aangeeft als gevolg van de voorwaarde niet te kunnen overstappen.

2. Zie paragraaf 2: Nader te laten onderzoeken of E&U ook op andere momenten dan de Overstap, wil gaan handhaven op overeenstemming van feitelijk gebruik met de erfpachtakte na publiekrechtelijke samenvoeging
- In het kader van een aanvraag voor een andere wijziging
- In het kader van CHET
- Na spontane constatering door de gemeente.

Genomen beslissingen	Opmerkingen	Datum	Paraaf namens MT
Akkoord	Evaluatie van de werkwijze over 6 maanden	24/6/2019	[redacted]