Gemeente Amsterdam
Ontwikkelingsbedrijf

Notitie

Aan DT OGA
Van 5.1.2e 5.1.2e
Kopie aan -

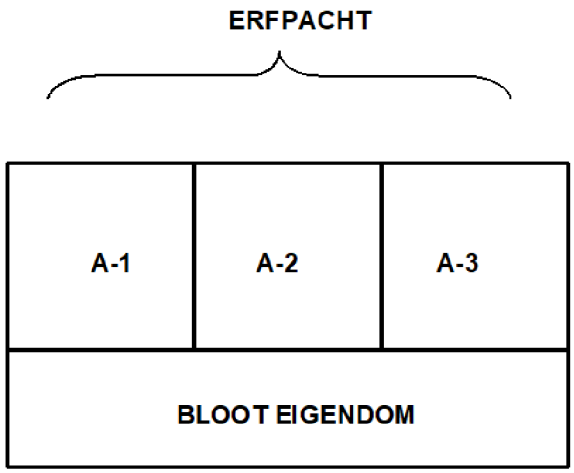
Datum @@ februari 2015
Kenmerk -
Onderwerp In appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten

---

1. Inleiding

Voor een goed begrip van deze notitie is het noodzakelijk om twee situaties van elkaar te onderscheiden, te weten i.) in appartementsrechten gesplitste erfpacht en ii.) erfpacht gevestigd op appartementsrechten afzonderlijk.

i.) In appartementsrechten gesplitste erfpacht houdt in dat een erfpachtrecht in een appartementensplitsing worden betrokken. Hierbij blijft sprake van één erfpachtrecht met één set toepasselijke algemene bepalingen en één set toepasselijke bijzondere bepalingen. Voor het gehele recht geldt dus één canon, één bestemming en één tijdvak. Er ontstaat een vorm van mede-eigendom; alle appartementsgerechtigden samen zijn erfpachter. Een wijziging van het erfpachtrecht kan slechts plaatsvinden indien alle appartementsgerechtigden hier mee instemmen.
Deze situatie ziet er schematisch als volgt uit:



ii.) Erfpacht gevestigd op appartementsrechten afzonderlijk houdt in dat voorafgaand aan de uitgifte in erfpacht reeds een appartementensplitsing heeft plaatsgevonden door de volle eigenaar (in dit geval de gemeente). De

vol eigenaar geeft vervolgens de appartementsrechten afzonderlijk uit in erfpacht. Op elk individueel appartementsrecht wordt een erfpachtrecht gevestigd met z'n eigen algemene bepalingen en bijzondere bepalingen. Elk appartementsrecht heeft dus een eigen canon, tijdvak en bestemming. Voor de wijziging van het erfpachtrecht is alleen de betreffende appartementsgerechtigde nodig.
Deze situatie ziet er schematisch als volgt uit:

A-1	A-2	A-3
ERFPACHT	**ERFPACHT**	**ERFPACHT**
BLOOT EIGENDOM	**BLOOT EIGENDOM**	**BLOOT EIGENDOM**

Situatie i. heeft veelvuldig plaatsgevonden en vindt nog steeds regelmatig plaats in Amsterdam. Een groot deel van de Amsterdamse erfpachtrechten is dan ook gesplitst in appartementsrechten. Na een appartementensplitsing blijft er sprake van één erfpachtrecht. Alle appartementsgerechtigden tezamen zijn erfpachter. Dit brengt met zich mee dat steeds àlle appartementsgerechtigden moeten instemmen met àlle wijzigingen van het erfpachtrecht. Bij de appartementensplitsing wordt de canon over de appartementsrechten verdeeld. De vereniging van eigenaars is hoofdelijk verbonden voor de door één of meerdere appartementsgerechtigden verschuldigde canon.
Bij de voorbereiding van de wijziging van het erfpachtstelsel is in 2012 manifest geworden, dat de handelwijze van de gemeente afwijkt van deze zuivere benadering.

In deze notitie wordt het volgende toegelicht:

- De handelwijze van de gemeente en het probleem dat is ontstaan (2)
- De gevolgen en de risico's van de handelwijze van de gemeente (3)
- Het probleem beperken en het probleem oplossen:
  - Beperken: de bestaande rechten en nieuwe uitgiften (4.1)
  - Oplossen: mogelijkheden om wijzigingen per appartementsrecht door te kunnen voeren (4.2)
- De raakvlakken met de vernieuwing van het erfpachtstelsel (5)

2. De handelwijze van de gemeente en het probleem dat is ontstaan

De handelwijze van de gemeente
Na de appartementensplitsing van een erfpachtrecht behandelt Grond en Ontwikkeling de appartementsrechten als ware sprake van afzonderlijke erfpachtrechten; dit wijkt dus fundamenteel af van het hiervoor geschetste principe dat alle appartementsrechten tezamen één erfpachtrecht vormen. Voor alle wijzigingen (bijvoorbeeld bestemmingswijzigingen, canonherzieningen, vooruitbetaling van de canon) zijn

afspraken gemaakt met de individuele appartementsgerechtigde. De andere appartementsgerechtigden hebben niet ingestemd met deze wijzigingen.
Deze handelwijze vindt al decennia lang op deze manier plaats en tot op heden zijn er nooit vragen over gesteld. Daarnaast hebben zowel het notariaat als het Kadaster hier altijd aan meegewerkt zonder de juistheid van de gevolgde handelwijze aan de orde te stellen.

Het probleem
Door wijzigingen per appartementsrecht door te voeren, wijzigt het onderliggende erfpachtrecht niet. Er ontstaan slechts onderlinge afspraken tussen de gemeente en die ene appartementsgerechtigde. Aan deze afspraken zijn de overige appartementsgerechtigden binnen het complex niet gebonden. Ook de rechtsopvolger van de appartementsgerechtigde waar de afspraken mee zijn gemaakt, kan zich er op beroepen dat hij niet gebonden is aan de afspraken.
Tot deze conclusie kwamen twee vooraanstaande juristen op het gebied van onroerend goed nadat Grond en Ontwikkeling hier advies over had gevraagd.
Eén van deze juristen is om advies gevraagd in het kader van de modernisering van het erfpachtstelsel waar in 2013 en 2014 aan is gewerkt. De andere jurist is om advies gevraagd in het kader van de problematiek in z'n algemeenheid.
Grond en Ontwikkeling onderschrijft het advies van deze juristen.

3. De gevolgen en de risico's van de handelwijze van de gemeente

De rechtsopvolger van de appartementsgerechtigde waar de gemeente afspraken mee heeft gemaakt, kan zich er op beroepen niet gebonden te zijn aan deze afspraken en aanvoeren dat daarmee de laatste op de erfpacht als geheel geldende algemene en bijzondere voorwaarden (bijvoorbeeld de AB 1915) en bijbehorende canon (in het geval van AB 1915 is deze niet geïndexeerd) van toepassing zijn. Dit is een groot (financieel) risico voor de gemeente.

Ook de andere appartementsgerechtigden (de vereniging van eigenaars) binnen het complex kunnen zich er op beroepen niet gebonden te zijn aan de afspraken en derhalve niet hoofdelijk aansprakelijk te zijn voor de canon en/of de naleving van voorwaarden voortvloeiend uit de afspraken tussen de gemeente en de individuele appartementsgerechtigde. Door afspraken met individuele erfpachters te maken, verliest de gemeente dus een verhaalsmogelijkheid/-object. Hierbij is het echter de vraag of de gemeente de VvE wel aan wenst te spreken op nakoming/betaling en zo nodig verhaal zou willen en kunnen halen op het gehele erfpachtrecht in plaats van op de feitelijk verzuimende appartementsgerechtigde.

Door de handelwijze van de gemeente komt het tevens voor dat er op één erfpachtrecht op papier verschillende algemene bepalingen van toepassing zijn en dat er verschillende tijdvakken zijn. Dit komt doordat de onder de AB 1994 geldende mogelijkheid tot verlengde afkoop (verlenging tijdvak en vooruitbetaling canon) per appartementsrecht is doorgevoerd. Appartementsgerechtigden die hier gebruik van hebben gemaakt hielden de AB 1994 en konden zelf kiezen met welke termijn het tijdvak werd verlengd. Bij de appartementsgerechtigden van hetzelfde erfpachtrecht die geen gebruik hebben gemaakt van deze mogelijkheid vond aan het einde van het tijdvak een canonherziening plaats waarbij de AB 2000 van toepassing werden. Tevens ving er een nieuw tijdvak aan.

Doordat appartementsgerechtigden ook per appartementsrecht konden kiezen voor een canontype of afkoop, komt het tevens voor dat verschillende betalingsregimes van toepassing zijn binnen één erfpachtrecht.

Tot nu toe zijn er nog geen appartementsgerechtigden die hebben aangegeven zich niet gebonden te achten aan de afspraken die een rechtsvoorganger heeft gemaakt met de gemeente. Enige tijd geleden is echter in een juridisch vakblad een vraag gesteld over voornoemde werkwijze van de gemeente Amsterdam. Het valt dus niet uit te sluiten dat een appartementsgerechtigde op enig moment het standpunt inneemt niet gebonden te zijn aan de gemaakte afspraken. Op dat moment zal de gemeente zich moeten verweren en daarom stelt de gemeenteadvocaat een verweer op tegen dit standpunt. Of dat verweer in alle gevallen steekhoudend zal blijken is onzeker. Duidelijk is, dat het niet meer gevoerd kan worden voor die gevallen, dat de gemeente bij splitsing wist dat haar handelwijze niet juist was.

Een voorbeeld ter illustratie:
Een perceel grond wordt in 1930 uitgegeven in erfpacht. De Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 1915 (AB 1915) zijn op dit erfpachtrecht van toepassing en het eerste tijdvak duurt 75 jaar. In 1980 wordt het erfpachtrecht gesplitst in appartementsrechten. De AB 1915 blijven hierbij van toepassing op het erfpachtrecht. In 1995 koopt de heer X één van de appartementsrechten. In 2005 loopt het eerste tijdvak van 75 jaar af. De AB 2000 worden van toepassing verklaard en de canon moet worden herzien. Dit gebeurt voor alle appartementsrechten afzonderlijk. In 2010 verkoopt de heer X zijn appartementsrecht aan mevrouw Y. Omdat de canonherziening bij het einde van het tijdvak per appartementsrecht heeft plaatsgevonden en niet voor het (in appartementsrechten gesplitste) erfpachtrecht in z'n geheel, beroept mevrouw Y zich er op dat zij niet gebonden is aan de canon die in 2005 is vastgesteld en evenmin aan de AB 2000 die op dat moment van toepassing zijn verklaard. Mevrouw Y stelt dat het recht in 2005 niet is gewijzigd, omdat slechts afspraken zijn gemaakt met alle appartementsgerechtigden afzonderlijk. Mevrouw Y stelt daarom dat de AB 1915 nog altijd van toepassing zijn en dat zij slechts gehouden is de canon te betalen die ten tijde van de uitgifte is vastgesteld en welke nooit is geïndexeerd (zoals gebruikelijk onder de AB 1915). Ook de andere appartementsgerechtigden kunnen dit standpunt innemen.

Het risico betreft alle appartementsrechten die onderdeel uit maken van een erfpachtrecht en waarbij na de splitsing in appartementsrechten een wijziging heeft plaatsgevonden die heeft geleid tot een canonverhoging voor tenminste één erfpachtrecht. De appartementensplitsing is in 1952 opgenomen in het Burgerlijk Wetboek (BW). Alle wijzigingen hebben sindsdien per appartementsrecht plaatsgevonden in plaats van voor het erfpachtrecht in z'n geheel. Het risico betreft alle wijzigingen die per appartementsrecht zijn uitgevoerd waar juridisch gezien een wijziging van het gehele erfpachtrecht plaats had moeten vinden met instemming van alle appartementsgerechtigden.
Grond en Ontwikkeling schat in dat het gaat om de volgende aantallen en bedragen:
@toevoegen aantallen en schatting risico's@

Onderstaand wordt een toelichting gegeven op het onderzoek naar mogelijkheden om het probleem te beperken en het probleem op te lossen. Opgemerkt dient te worden dat de uitkomst van dit onderzoek niet het risico wegneemt dat erfpachters zich er met betrekking tot wijzigingen die reeds hebben plaatsgevonden op beroepen niet gebonden te zijn aan de afspraken die met hun rechtsvoorgangers zijn gemaakt.
Wanneer deze situatie zich voordoet, zal de gemeente zich moeten verweren. Daarom is aan de gemeenteadvocaat gevraagd om een verweer te schrijven voor deze situatie. De inhoud van het verweer en een eventuele keuze voor een (of meerdere) oplossingsrichting(en) zullen uiteraard op elkaar worden afgestemd.

Voorts dient opgemerkt te worden dat er geen garantie is dat één van de oplossingsrichtingen juridisch voldoende houdbaar en/of praktisch uitvoerbaar wordt geacht.

4. Het probleem beperken en het probleem oplossen

4.1. Het probleem beperken

Zolang de handelwijze van G&O ongewijzigd blijft, blijft het probleem groeien en blijven de risico's toenemen. Het is op twee manieren mogelijk om het probleem te beperken:

- De handelwijze met betrekking tot bestaande in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten aanpassen (4.1.1).
- De erfpacht vestigen op appartementsrechten in plaats van op het perceel (4.1.2).

4.1.1 De handelwijze aanpassen

Zo lang Grond en Ontwikkeling appartementsrechten als afzonderlijke erfpachtrechten blijft behandelen, blijft het probleem groeien. Eén van de mogelijkheden om het probleem te beperken is de gesplitste erfpachtrechten op correcte wijze te behandelen door wijzigingen niet langer per appartementsrecht door te voeren, maar voor het erfpachtrecht in z'n geheel met instemming van alle appartementsgerechtigden. Dit is niet flexibel, maar is binnen de bestaande erfpachtrelatie juridisch de enige correcte handelwijze.
Grond en Ontwikkeling heeft er tot nu toe nog niet voor gekozen om de handelwijze te veranderen, omdat hierdoor wellicht ook naar buiten toe duidelijk wordt dat de huidige handelwijze niet correct is met alle gevolgen van dien indien de gemeente haar verweer/-strategie nog niet heeft bepaald.

4.1.2 De erfpacht vestigen op appartementsrechten

Het probleem kan tevens beperkt worden bij de uitgifte door als gemeente eerst te splitsen in appartementsrechten en vervolgens de appartementsrechten afzonderlijk uit te geven in erfpacht. Hiermee ontstaan per appartementsrecht afzonderlijke erfpachtrechten die ook afzonderlijk gewijzigd kunnen worden. Dit brengt tevens met zich mee dat geen sprake is van hoofdelijke verbondenheid van de appartementsgerechtigden voor de canon. Het voordeel hiervan is dat de gemeente verhaal kan halen op de appartementsrechten afzonderlijk. Deze wijze van uitgeven in erfpacht zorgt dus in meerdere opzichten voor flexibiliteit.

Bij projecten met verschillende bestemmingen of waarbij sprake is van meer zelfstandig te gebruiken eenheden (koop-/huurwoningen) geeft Grond en Ontwikkeling al op deze wijze in erfpacht uit, maar kan dit (nog) niet in alle gevallen afdwingen. Bijvoorbeeld bij bijvoorbeeld (Duitse) beleggers bestaat ook bij huurwoningen een voorkeur voor erfpacht

op de grond en niet op de op die grond te realiseren appartementsrechten. Ook zijn er erfpachtrechten waarbij pas jaren na de uitgifte in erfpacht de noodzaak ontstaat om te splitsen in appartementsrechten (bijvoorbeeld bij transformatie van kantoorgebouwen). Een structurele oplossing voor het probleem is dus hoe dan ook nodig.
Grond en Ontwikkeling is voornemens alleen nog maar op de hiervoor omschreven wijze uit te geven in erfpacht, maar ook hierbij bestaat het risico dat hiermee duidelijk wordt dat de gemeente in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten niet correct heeft behandeld.

4.2 Het probleem oplossen

Zoals voorgaand vermeld is een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht inflexibel omdat voor elke wijziging van het erfpachtrecht de instemming van alle appartementsgerechtigden vereist is. Wanneer flexibiliteit gewenst is zodat wijzigingen wel per appartementsrecht plaats kunnen vinden, moet het huidige probleem van inflexibiliteit opgelost worden. Hiervoor zijn de volgende opties bekeken:

- *Erfpacht op afzonderlijke appartementsrechten c.q. wooneenheden:*
  De juridische constructie van in appartementsrechten gesplitste erfpacht dusdanig aanpassen dat de erfpacht niet langer op het perceel rust, maar dat er afzonderlijke erfpachten rusten op alle appartementsrechten c.q. wooneenheden afzonderlijk. Op die manier ontstaat bijvoorbeeld de situatie die nu het uitgangspunt is bij de uitgifte in erfpacht zoals hiervoor onder 4.1.2 omschreven. Er zijn een aantal mogelijkheden bedacht om te komen tot erfpacht op afzonderlijke appartementsrechten c.q. wooneenheden. De mogelijkheden lopen uiteen van juridisch heel zuiver, maar zeer ingrijpend c.q. complex tot juridisch minder zuiver of experimenteel en minder ingrijpend. Deze mogelijkheden worden toegelicht onder 4.2.1.
- *Wijzigingen per appartementsrecht zonder aanpassing van de juridische constructie:* Mogelijkheden om wijzigingen per appartementsrecht door te voeren op een wijze die juridisch wel correct is en niet leidt tot de risico's zoals omschreven onder 3.2. De juridische constructie wordt hierbij niet gewijzigd, zodat sprake blijft van een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht. Deze mogelijkheden worden toegelicht onder 4.2.2.

Voor enkele oplossingsrichtingen is reeds advies gevraagd aan vooraanstaande juristen op het gebied van onroerend goed die bekend zijn met erfpacht en het Amsterdamse stelsel. De strekking van dit advies wordt eveneens weergegeven in de toelichting op de oplossingsrichtingen. Ook wanneer (nog) geen advies is gevraagd wordt dit weergegeven in de toelichting.

De volgende juristen hebben advies gegeven:
- @@@ 5.1.2e + toelichting
- @@@ 5.1.2e + toelichting
- @@@ 5.1.2e + toelichting

4.2.1 Erfpacht op afzonderlijke appartementsrechten c.q. wooneenheden

4.2.1.1 Binnenstebuiten keren van de splitsing

Het is mogelijk de situatie van in appartementsrechten gesplitste erfpacht om te keren naar erfpacht op de afzonderlijke appartementsrechten. Om dit te bereiken moet het volgende gebeuren:
- De appartementensplitsing moet worden opgeheven.
- De erfpacht moet worden beëindigd waardoor de gemeente wederom vol eigenaar wordt.
- De gemeente moet splitsen in appartementsrechten.
- Er moet erfpacht worden gevestigd op alle appartementsrechten afzonderlijk.

Dit is juridisch de meest zuivere vorm, maar tevens de meest ingrijpende. Hiervoor is niet alleen de medewerking van alle appartementsgerechtigden vereist, maar ook die van (eventuele) hypotheekhouders. Daarnaast moet rekening gehouden worden met reservepotjes van de VvE.
Daarnaast zijn er fiscale consequenties, omdat de erfpacht wordt beëindigd en opnieuw wordt gevestigd. Het beëindigen van de erfpacht is een verkrijging door de gemeente. In beginsel is over een dergelijke verkrijging overdrachtsbelasting verschuldigd. De gemeente is hier echter van vrijgesteld. Het opnieuw vestigen van de erfpacht is echter ook een verkrijging, dit keer door de erfpachter. Over deze verkrijging is de erfpachter overdrachtsbelasting verschuldigd. Het is mogelijk dat G&O met de belastingdienst in overleg te treedt in verband met de heffing van overdrachtsbelasting bij de erfpachter. Mogelijk kan hierover met de belastingdienst een ruling worden getroffen, op grond waarvan geen of beperkt overdrachtsbelasting verschuldigd is. Dit vergt echter tijd.
Ten slotte is van belang dat deze oplossingsrichting veel handelingen vergt die tevens in een notariële akte moeten worden vastgelegd. Dit brengt kosten met zich mee.

Advies betrokken deskundigen:
5.1.2e heeft benadrukt dat op deze manier inderdaad per appartementsrecht afzonderlijke erfpachtrechten ontstaan die ook afzonderlijk gewijzigd kunnen worden. Deze optie is naar haar mening het meest solide en toekomstbestendig. De route er naartoe is echter wel complex en met enige risico's.

4.2.1.2 Erfpacht op appartementsrechten door middel van artikel 5:118a BW
Een appartementsgerechtigde kan (voor zover in de akte van splitsing niet anders is bepaald) op grond van artikel 5:118a BW op zijn privé-gedeelte een erfpachtrecht vestigen. Dit is ook mogelijk indien sprake is van een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht.
Het is dus mogelijk dat een appartementsgerechtigde zijn appartementsrecht overdraagt aan de gemeente, waarna hij van de gemeente een erfpachtrecht op het appartementsrecht verkrijgt. Het stemrecht (en alle andere rechten en verplichtingen) in de VvE wordt uitgeoefend door de erfpachter tenzij anders wordt bepaald (artikel 5:118 a lid 3 BW en artikel 40 KNB-model splitsingsreglement). Over het aandeel in de canon van het onderliggende erfpachtrecht moet een regeling worden getroffen (artikel 5:118a lid 2 BW)

De uitgifte in erfpacht zal in eerste instantie geschieden onder dezelfde voorwaarden die van toepassing zijn op het onderliggende erfpachtrecht. Daarnaast zal het aandeel in de canon die bij de appartementensplitsing aan het betreffende appartementsrecht is

toegedeeld van toepassing zijn. Wanneer de erfpachter vervolgens iets wil wijzigen aan het erfpachtrecht heeft hij hiervoor niet alle andere appartementsgerechtigden nodig. Ook hier geldt overigens dat de erfpachter nog wel gebonden is aan de regels die gelden binnen de VvE, maar ook hier staat dit los van de relatie die de appartementsgerechtigde als erfpachter heeft met de gemeente.

Op deze manier kan de appartementensplitsing in stand blijven en hoeft ook het erfpachtrecht niet beëindigd te worden. De gemeente moet echter wel van alle appartementsgerechtigden afzonderlijk het appartementsrecht kopen en deze vervolgens weer in erfpacht uitgeven. Ook deze oplossingsrichting vergt dus meerdere handelingen welke in notariële akten moeten worden vastgelegd. Dit brengt kosten met zich mee. Hoewel minder ingrijpend, is deze constructie evengoed zeer complex en daarnaast moeilijk uit te leggen aan de erfpachter. Deze constructie komt de helderheid van het erfpachtstelsel en de juridische constructies wellicht niet ten goede.

Deze constructie is in feite een combinatie van het vestigen van erfpacht op de appartementsrechten en het doorvoeren van wijzigingen per appartementsrecht. De in appartementsrechten gesplitste erfpacht blijft immers bestaan, maar daarbovenop komt in feit een nieuwe juridische laag die bestaat uit erfpacht op de appartementsrechten.

Advies betrokken deskundigen
5.1. 5.1.2e vermeldt deze optie in zijn advies als een mogelijkheid om een situatie te creëren waarbij de erfpacht rust op appartementsrechten. Ook in het kader van de eerdere poging tot modernisering van het erfpachtstelsel (2013 tot begin 2014) is artikel 5:118a BW ter sprake gekomen als een mogelijkheid om per appartementsrecht de nieuwe algemene bepalingen van toepassing te kunnen verklaren. 5.1. 5.1.2e heeft hier toen over geadviseerd.
Hierbij werd duidelijk dat discussie bestaat over de vraag of de erfpacht wordt gevestigd op het appartementsrecht of op het privé-gedeelte. Artikel 5:118a BW spreekt over privé-gedeelte en op basis hiervan zijn er juristen die aannemen dat de erfpacht dus niet op het appartementsrecht wordt gevestigd. Wanneer de erfpacht op het privé-gedeelte moet worden gevestigd, doet de vraag zich voor welke rechten van de appartementsgerechtigde door de erfpachter worden uitgeoefend; alleen de rechten met betrekking tot het privé-gedeelte of ook de rechten met betrekking tot de gemeenschappelijke ruimtes.
Op de formulering in het BW is kritiek geuit. Deze kritiek wordt onderschreven in de juridische literatuur. 5.1.; 5.1.2e heeft hiernaar verwezen en naar aanleiding hiervan geadviseerd om bij vestiging van de erfpacht op te nemen dat dit wordt gedaan op het appartementsrecht in plaats van op het privé-gedeelte. Alle rechten en verplichtingen worden dan door de erfpachter worden uitgeoefend.
5.1.2e sluit zich hier bij aan in haar advies.

4.2.1.3 Erfpacht op hoogte door middel van het verticaal splitsen van de bloot eigendom
Deze oplossingsrichting is experimenteel en komt op het volgende neer.
De bloot eigendom wordt gesplitst overeenkomstig de appartementensplitsing van het erfpachtrecht. Dit betekent dat Appartementsrecht-1 tevens een zelfstandig bloot eigendom wordt. Hetzelfde geldt voor Appartementsrecht-2 en alle overige

appartementsrechten. Hiermee ontstaat de situatie alsof de gemeente ten tijde van de uitgifte in erfpacht alle wooneenheden als afzonderlijke onroerende zaken heeft behandeld en ook afzonderlijk in erfpacht heeft uitgegeven. Deze constructie is ook wel bekend als “erfpacht op hoogte”. Op dit moment geeft G&O niet op deze wijze in erfpacht uit, omdat het standpunt is dat erfpacht op hoogte niet mogelijk is. G&O is van mening dat een erfpachtrecht op grond van de wet immers kan worden gevestigd op een onroerende zaak en een afzonderlijke wooneenheid is geen afzonderlijke onroerende zaak. Deze wooneenheid maakt deel uit van een onroerende zaak. Het standpunt van G&O is altijd geweest dat erfpacht wordt gevestigd op de onroerende zaak in z’n geheel en dat het mogelijk is het genot van de erfpachter in te perken tot een deel van die onroerende zaak, maar dat het niet mogelijk is op één onroerende zaak meerdere erfpachtrechten te vestigen.

De heersende leer gaat er echter wel van uit dat het mogelijk is meerdere erfpachtrechten boven elkaar te vestigen. Hierbij wordt de nadruk gelegd op het genot dat een erfpachter heeft op een onroerende zaak. De erfpachter heeft in beginsel hetzelfde genot van de onroerende zaak als de eigenaar, maar dit genot kan in de erfpachtakte worden ingeperkt, bijvoorbeeld tot één wooneenheid of verdieping in een gebouw. Vervolgens kan nog een erfpachtrecht worden gevestigd, waarbij het genot wordt ingeperkt tot een andere wooneenheid of verdieping van de onroerende zaak.

Advies betrokken deskundigen
Aan 5.1. 5.1.2e is advies gevraagd over deze variant.

4.2.1.4 De bloot eigendom splitsen in appartementsrechten en de erfpacht verticaal splitsen in erfpachtrechten (Betondorp-constructie)
Ook in het dossier Betondorp is gezocht naar een mogelijkheid om te komen van erfpacht gevestigd op een geheel perceel tot erfpacht op appartementsrechten zodat verschillende erfpachtregimes (in casu de AB 2000 en de AB 1998) van toepassing konden worden verklaard. De erfpacht was in dit geval niet in appartementsrechten gesplitst, maar het perceel is wel bebouwd met 12 blokken allen bestaande uit woningen.

Ook hier werd dus gezocht naar een constructie waardoor een situatie zou ontstaan alsof voorafgaand aan de uitgifte in erfpacht door de gemeente als vol eigenaar is gesplitst in appartementsrechten en de erfpacht rust op appartementsrechten afzonderlijk (bij AB 2000) of op enkele appartementsrechten tezamen (bij AB 1998). Hierbij is uitdrukkelijk aangegeven dat erfpacht op hoogte (zie 4.1.2.3) niet wenselijk was.

De toegepaste constructie is als volgt:
- Stap 1: De bloot eigendom is gesplitst in 12 appartementsrechten (overeenkomstig de 12 blokken)
- Stap 2: Het erfpachtrecht is gesplitst in zoveel erfpachtrechten als dat er appartementsrechten bloot eigendom zijn ontstaan bij stap 1.
- Stap 3: Ieder erfpachtrecht – ontstaan bij stap 2 – wordt toebedeeld aan het bijbehorende appartementsrecht, ontstaan bij stap 1. Zo wordt bereikt dat op een appartementsrecht een erfpachtrecht komt te rusten.

Omdat enkele blokken werden uitgepond, vond voor die blokken nog een ondersplitsing plaats conform stap 1 tot en met stap 3.
5.1.2e heeft de gemeente en de betrokken notaris geadviseerd over deze constructie en achtte dit mogelijk. De constructie is toegepast en om te bezien of dit voor herhaling vatbaar zou zijn, is achteraf advies gevraagd aan 5. 5.1.2e. Naar aanleiding van het advies van 5. 5.1.2e heeft de gemeente geconcludeerd dat het niet wenselijk is om de Betondorp-constructie nog een keer toe te passen. Met name het feit dat kan worden betwijfeld of de (opvolgende) erfpachters zijn gebonden aan de splitsingsakte en het splitsingsreglement die betrekking hebben op de bloot eigendom ligt hier aan ten grondslag. G&O heeft uiteindelijke besloten de notaris aansprakelijk te stellen voor schade die in de toekomst mogelijk voortvloeit uit deze constructie. G&O beschouwt deze constructie dan ook niet als een oplossing voor dit probleem.

4.2.1.5 Burgerlijk Wetboek aanpassen
Het strakke onderscheid tussen in appartementsrechten gesplitste erfpacht en erfpacht op appartementsrechten vloeit voort uit de huidige systematiek van het BW. Gekeken is naar mogelijkheden om het BW aan te passen. Hiervoor zijn twee mogelijkheden bedacht:

a. Differentiatie in de erfpachtvoorwaarden ná de splitsing in appartementsrechten
Op grond van het Burgerlijk Wetboek is het op dit moment slechts mogelijk om differentiatie aan de brengen in de erfpachtvoorwaarden indien de erfpachtakte èn de splitsingsakten dit toelaten. Het is niet mogelijk om anders dan obligatoir later, ná de splitsing in appartementsrechten, per appartementsgerechtigde tot gedifferentieerde voorwaarden te komen. De deelgerechtigdheid in het onderliggende erfpachtrecht staat hier aan in de weg

Wellicht is het mogelijk om in het Burgerlijk Wetboek een aanvulling op te nemen die het mogelijk maakt om per appartementsrecht tot gedifferentieerde erfpachtvoorwaarden te komen.

Advies betrokken deskundigen
5.1.2 5.1.2e heeft deze mogelijkheid opgenomen in zijn advies aan G&O. 5.1.2e 5.1.2e acht een aanvulling van de wettelijke regeling verdedigbaar op grond van enkele praktische oplossingen die in de loop der tijd zijn toegelaten binnen de wettelijke regeling die niet (volledig) passen binnen de dogmatische structuur van het appartementsrecht.

Een nadere uitwerking zal nog plaats moeten vinden, maar 5.1 5.1.2e heeft in ieder geval de volgende randvoorwaarden meegegeven:
- De individuele voorwaarden moeten passen binnen de grenzen van het reeds bestaande in appartementsrechten gesplitste erfpachtrecht. Differentiatie zal in elk geval niet mogelijk zijn met betrekking tot essentiële elementen van het gesplitste erfpachtrecht, zoals de duur van het recht en het voorwerp van recht (de omvang van de in erfpacht uitgegeven grond waarop het complex is/wordt gerealiseerd)
- De individuele voorwaarden zullen niet de rechten van de overige appartementsgerechtigden mogen raken. Deze gedifferentieerde voorwaarden kunnen dus alleen betrekking hebben op het genot van het privé-gedeelte. Differentiatie van

voorwaarden die noodzakelijk betrekking hebben op de gemeenschappelijke delen zal dus niet mogelijk zijn.

b. Rangwisseling
Een andere mogelijkheid is het Burgerlijk Wetboek dusdanig aan te passen dat de mogelijkheid ontstaat dat de erfpachter en de bloot eigenaar overeen kunnen komen dat niet langer sprake is van in appartementsrechten gesplitste erfpacht, maar van erfpacht op de appartementsrechten afzonderlijk. De juridische situatie wordt als het ware omgedraaid op basis van een afspraak tussen de erfpachter en de bloot eigenaar in plaats van door middel van de constructie genoemd onder 4.2.1.1

Advies betrokken deskundigen
5.1.2e heeft hierover geadviseerd dat dit niet mogelijk is omdat het erfpachtrecht in feite niet meer bestaat en dus niet van rang kan wisselen met de appartementensplitsing. Als gevolg van de appartementensplitsing is het recht immers gefragmenteerd en het appartementsrecht is geen beperkt recht in de zin van het Burgerlijk Wetboek.

5.1. 5.1.2e is van mening dat @@@@

Bij de opties tot aanpassing van het BW moet bedacht worden dat dit zeer tijdrovend is. Dit kan vele jaren duren zonder dat er een garantie is dat de inspanningen daadwerkelijk zullen leiden tot een aanpassing van het BW. Als dit al een oplossing is dan kan het naar het oordeel van G&O dus niet de enige oplossing zijn.

4.2.2 Wijzigingen per appartementsrecht zonder aanpassing van de juridische constructie:
Wijzigingen per appartementsrecht door middel van obligatoire overeenkomsten voorzien van een kettingbeding en/of een kwalitatieve verplichting
De huidige handelwijze van de gemeente houdt in dat afspraken worden gemaakt met individuele appartementsgerechtigden. Dit zijn obligatoire overeenkomsten. Een dergelijke overeenkomst geldt slechts tussen de partijen die de overeenkomst hebben gesloten. Rechtsopvolgers van de partijen zijn hier niet aan gebonden.
De obligatoire overeenkomst kan worden verzwaard met een kettingbeding en/of een kwalitatieve verplichting. Op deze manier kunnen rechtsopvolgers aan de afspraken worden gebonden. Zowel het kettingbeding als de kwalitatieve verplichting zijn echter niet waterdicht.

Een kettingbeding houdt in dat in de overeenkomst wordt opgenomen dat de erfpachter zich verplicht om de afspraak door te leggen aan zijn rechtsopvolger. Aan een kettingbeding wordt over het algemeen een boetebeding verbonden voor het geval de erfpachter de verplichting niet nakomt. Aan een kettingbeding kleven wel enkele risico's. Zo kan de ketting gebroken worden. Er bestaat voor de verkrijger geen wettelijke verplichting tot het accepteren van het kettingbeding. Daarnaast zijn een executerende hypotheekhouder en een curator in faillissement in beginsel niet gebonden aan de obligatoire overeenkomst en kunnen in beginsel overdragen zonder de overeenkomst mee over te dragen.

Het is ook mogelijk om de overeenkomst in de vorm van een kwalitatieve verplichting te gieten (art. 6:252 BW). Een kwalitatieve verplichting is een verplichting (in dit geval van de appartementsgerechtigde) die bestaat uit een "dulden" of "niet doen" ten aanzien van een aan hem toebehorend registergoed (het appartementsrecht). Deze verplichting wordt vastgelegd in een notariële akte welke wordt ingeschreven in de openbare registers. De verplichting is daarmee kenbaar voor derden en gaat daardoor automatisch over op rechtsopvolgers. De verplichting zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat de appartementsgerechtigde duldt dat in afwijking van de onderliggende erfpacht voor zijn appartementsrecht andere afspraken gelden, bijvoorbeeld met betrekking tot de canon of de bestemming. Een risico van de kwalitatieve verplichting is dat eerdere hypotheekhouders en beslagleggers een latere kwalitatieve verplichting niet hoeven te accepteren. De kwalitatieve verplichting houdt in beginsel wel stand in faillissement.

Advies betrokken deskundigen

5.1.2e wijst er op dat de obligatoire afspraken extern niet heel sterk zijn gezien de positie van hypotheekhouders, curatoren en beslagleggers. Ook 5.1.2e 5. 5.1.2e heeft opgemerkt dat dit een risico is.

Daarnaast stelt 5.1.2e de vraag hoe dergelijke obligatoire afspraken zich verhouden tot de interne afspraken die zijn gemaakt binnen de VvE (bijvoorbeeld de verdeling van de canon). Wanneer een appartementsgerechtigde met de gemeente afspraken maakt over de canon die afwijken van de afspraken die gelden binnen de VvE, kan dit tot interne problemen leiden.
Verder wijst 5.1.2e op de volgende risico's. Wanneer de contractueel bedongen canon hoger is dan de canon die de appartementsgerechtigde moet betalen op basis van de splitsingsakte, dan is er voor het surplus geen sprake van hoofdelijke verbondenheid van de VvE. Dit is een nadeel voor de gemeente.
Omgekeerd is er een nadeel voor de appartementsgerechtigde wanneer de contractueel bedongen canon lager is dan de canon die betaald moet worden op basis van de splitsingsakte. De appartementsgerechtigde kan zich namelijk jegens de VvE niet van zijn verplichting bevrijden met het argument dat hij met de gemeente andere afspraken heeft gemaakt.
Ten slotte wijst 5.1.2e er op dat het gebruik dat notarissen weigeren te passeren onder druk staat, nu de regelgeving voor de notarissen op dit punt waarschijnlijk wordt aangepast. Als dat het geval is, is het verbreken van een kettingbeding niet langer reden voor een notaris om dienst te weigeren.

5. De raakvlakken met de vernieuwing van het erfpachtstelsel

De hiervoor omschreven problematiek speelt ook een rol bij de vernieuwing van het erfpachtstelsel, in het bijzonder voor wat betreft de overstapregeling. Wanneer een erfpachtrecht is gesplitst in appartementsrechten kan in principe alleen worden overgestapt naar eeuwigdurende erfpacht indien alle appartementsgerechtigden hiermee instemmen. Dit is echter niet flexibel en staat in de weg aan een spoedige overstap van zo veel mogelijk erfpachtrechten. Het is dus wenselijk dat er een mogelijkheid komt dat appartementsgerechtigden individueel kunnen besluiten over te stappen naar eeuwigdurende erfpacht. Alle hierboven onder @@ en @@ genoemde oplossingsrichtingen worden dus ook bekeken in het kader van de vernieuwing van het

erfpachtstelsel. Ook in dit kader is van belang dat er geen garantie is dat er een oplossing wordt gevonden die juridisch houdbaar en/of praktisch uitvoerbaar is.