Gemeente Amsterdam

Verschillen tussen de algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht en de AB 2016 in verband met de overstap naar eeuwigdurende erfpacht

Aan Werkgroep Juridisch Overstapbeleid
Datum ter bespreking Werkgroep juridische effecten d.d. 2 augustus 2016

Inleiding

Tussen de verschillende algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht en de algemene bepalingen voor eeuwigdurende erfpacht zitten verschillen waar rekening mee moet worden gehouden bij de overstap naar eeuwigdurende erfpacht. Daarnaast komt het voor dat bij overstap naar eeuwigdurende erfpacht niet alle bepalingen uit de AB 2016 onverkort van toepassing kunnen worden verklaard.
De verschillen die van belang zijn voor de overstap naar eeuwigdurende erfpacht worden hieronder benoemd en uitgewerkt. Tevens wordt toegelicht op welke wijze met deze verschillen wordt omgegaan bij de overstap naar eeuwigdurende erfpacht.

Algemeen

De volgende verschillen zijn van belang bij de overstap naar eeuwigdurende erfpacht:

1. **Ondererfpacht** [1]: Onder de verschillende algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht mag de erfpachter de onroerende zaak uitgeven in ondererfpacht, zonder dat daarvoor toestemming of medewerking van de gemeente vereist is. Deze mogelijkheid is in de AB 2016 uitgesloten, tenzij de gemeente hiervoor toestemming verleent.
2. **Opzegging door de erfpachter**: Onder de verschillende algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht heeft de erfpachter de mogelijkheid om de erfpacht op te zeggen tegen het einde van het tijdvak. Nu onder eeuwigdurende erfpacht geen sprake meer is van tijdvakken, is deze mogelijkheid komen te vervallen onder de AB 2016.
3. **Nulonderzoek bij een nieuwe uitgifte in eeuwigdurende erfpacht**
   In de AB 2016 is bepaald dat voorafgaand aan de uitgifte in erfpacht een nulonderzoek m.b.t. de bodemgesteldheid plaatsvindt. Tijdens de looptijd van het erfpachtrecht geldt dit bodemonderzoek als uitgangspunt voor de verdeling van verantwoordelijkheid/aansprakelijkheid bij veranderingen van de bodemgesteldheid.

Ad. 1 Ondererfpacht

De wet bepaalt in artikel 5:93 BW dat de erfpachter bevoegd is de onroerende zaak waar het erfpachtrecht op rust geheel of ten dele in ondererfpacht uit te geven, voor zover de akte van vestiging

1) Belangrijk gevolg van een zonder toestemming van de gemeente gevestigd ondererfpachtrecht, is dat het ondererfpachtrecht gelijktijdig met het (hoofd)erfpachtrecht eindigt de gemeente niet gehouden is het ondererfpachtrecht te respecteren (tenzij de hoofderfpacht eindigt door afstand of vermenging). Als het ondererfpachtrecht met toestemming van de gemeente is gevestigd en het hoofderfpachtrecht eindigt, dan moet de gemeente het ondererfpachtrecht onder de voor het ondererfpachtrecht geldende voorwaarden voortzetten; ondererfpachtrecht wordt erfpachtrecht.

niet anders bepaalt. Onder de akte van vestiging wordt mede verstaan in een notariële akte vastgelegde algemene bepalingen die aan de akte van vestiging worden gehecht.

De verschillende algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht sluiten de wettelijke mogelijkheid van het vestigen van ondererfpacht niet uit. De erfpachter kan hier dus toe overgaan. De AB 2016 sluiten deze mogelijkheid echter wel uit. De erfpachter kan in beginsel geen ondererfpacht vestigen, tenzij de gemeente hiervoor toestemming verleent.

Wanneer een erfpachter van een voortdurend erfpachtrecht de onroerende zaak in ondererfpacht heeft uitgegeven, ontstaat de vraag wat dit betekent indien deze erfpachter wil overstappen naar eeuwigdurende erfpacht. Het voortdurende erfpachtrecht voldoet immers niet aan de AB 2016.

In dit soort gevallen geldt het volgende:

a. Uitgangspunt

Een erfpachter kan alleen overstappen naar eeuwigdurende erfpacht indien de onroerende zaak waarop de erfpacht is gevestigd niet in ondererfpacht is uitgegeven, tenzij het gemeentelijk belang anders vordert.
Het kan namelijk voorkomen dat door de erfpachter ondererfpacht is gevestigd ten behoeve van een zaak waar de gemeente belang aan hecht. In die gevallen kan eveneens worden overwogen om de erfpachter de mogelijkheid te bieden om over te stappen naar eeuwigdurende erfpacht. Uitgangspunt hierbij is dat overstappen niet mogelijk is indien de ondererfpacht is gevestigd zonder toestemming of medewerking van de gemeente. Indien de ondererfpacht is gevestigd met medewerking of toestemming van de gemeente, kan worden overgestapt naar eeuwigdurende erfpacht mits de ondererfpacht verenigbaar is met de AB 2016 of hieraan wordt aangepast (na afstemming met de gemeente).

b. In geval van Koopgarant

De erfpachter kan alleen overstappen naar eeuwigdurende erfpacht, indien voorafgaand daaraan de ondererfpacht wordt afgestemd op verenigbaarheid met de AB 2016 (mochten deze onverenigbaar zijn). Voordat de erfpachter kan overstappen naar eeuwigdurende erfpacht, moeten de gemeente en de woningcorporaties (de erfpachters in het geval van koopgarant) opnieuw in overleg treden over de voorwaarden voor de ondererfpacht en hier overeenstemming over bereiken. De erfpachter en de ondererfpachter moeten vervolgens de ondererfpacht wijzigen door de voorwaarden aan te passen.

c. In geval van zonnepanelen

Indien sprake is van ondererfpacht voor zonnepanelen zijn er de volgende twee opties:

1. De erfpachter kan alleen overstappen naar eeuwigdurende erfpacht indien voor de zonnepanelen een opstalrecht wordt gevestigd, in plaats van de ondererfpacht. Dit houdt in dat een opstalrecht moet worden gevestigd op een perceel dat reeds in erfpacht is uitgegeven en zal plaats moeten vinden door de erfpacht dusdanig in te perken dat het opstalrecht gevestigd kan worden.

2. De erfpachter kan alleen overstappen naar eeuwigdurende erfpacht, onder de voorwaarde dat de voorwaarden van de ondererfpacht worden afgestemd op de AB 2016. Deze wijziging in de voorwaarden moet worden afgestemd met de gemeente alvorens de

erfpachter kan overstappen naar eeuwigdurende erfpacht. Vervolgens wijzigen de erfpachter en de ondererfpachter de ondererfpacht door de voorwaarden aan te passen. Ook hierbij is het uitgangspunt dat overstappen niet mogelijk is indien de ondererfpacht is gevestigd zonder toestemming of medewerking van de gemeente. Indien de ondererfpacht is gevestigd met medewerking of toestemming van de gemeente, kan worden overgestapt naar eeuwigdurende erfpacht mits de ondererfpacht verenigbaar is met de AB 2016 of hieraan aan te passen is.

Ad. 2 Opzegging door de erfpachter

De wet bepaalt in artikel 5:87 lid 1 BW dat een erfpachtrecht door de erfpachter kan worden opgezegd, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald. Ook hier geldt dat onder de akte van vestiging mede wordt verstaan in een notariële akte vastgelegde algemene bepalingen die aan de akte van vestiging worden gehecht.
Op grond van de verschillende algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht kan een erfpachter alleen bij het einde van het tijdvak de erfpacht opzeggen. Bij eeuwigdurende erfpacht is geen sprake van tijdvakken en daarom is in de AB 2016 opgenomen dat de erfpachter de erfpacht niet kan opzeggen.
Bij overstap naar eeuwigdurende erfpacht zullen de financiële rechten en verplichtingen die de erfpachter had onder het voortdurende recht gerespecteerd worden. Voor het overige zijn de voorwaarden uit de AB 2016 meteen van toepassing. Dit betekent onder meer dat de erfpachter vanaf het moment van overstap niet langer het recht heeft om de erfpacht op te zeggen. Om te voorkomen dat verwarring ontstaat over welke bepalingen van toepassing zijn, zal bij de overstap naar eeuwigdurende erfpacht in de bijzondere voorwaarden worden opgenomen:

1. dat de AB 2016 met het bijbehorende erfpacht- en grondprijsbeleid van toepassing zijn vanaf het moment van overstap, en
2. De betreffende financiële bepalingen uit de algemene bepalingen van het voortdurende recht die tot de einddatum van het tijdvak blijven gelden (① canonindexering, ② uitgesloten canonindexering, ③ 10 jaarlijkse aanpassing 10 jaar vaste canon of ④ aanpassing na 25 jaar 25 jaar vaste canon). Hierbij worden de betreffende artikelen expliciet genoemd. Voor al het overige gelden vanaf het moment van overstap de bepalingen uit de AB 2016, waaronder ook de financiële bepalingen over boete, rente, afkoop etc.

Ad. 3 Nulonderzoek bij een nieuwe uitgifte in eeuwigdurende erfpacht

Artikel 3 van de AB 2016 ziet op de uitgifte in erfpacht van een perceel. In lid 3 van dit artikel is bepaald dat aan de akte van vestiging een bodemonderzoek wordt gehecht dat ten minste voldoet aan de eisen van een nulonderzoek volgens normblad NEN 5740. Dit onderzoek geeft inzicht in de milieu-hygiënische bodemgesteldheid van het perceel op de datum van de vestiging van het erfpachtrecht of de economische verkrijging van het erfpachtrecht. Tijdens de looptijd van het erfpachtrecht is dit artikel het uitgangspunt voor de toepassing van artikel 14 (risico bij verslechterde staat van de onroerende zaak) en artikel 15 (aansprakelijkheid en bijstaan in geding) van de AB 2016.
Bij een nieuwe uitgifte in erfpacht ontstaat er een nieuwe rechtsverhouding tussen de gemeente en de erfpachter. De erfpachter verkrijgt met de uitgifte in erfpacht de beschikking over de grond. Bij een overstap van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht is dit anders. Er is immers al een rechtsverhouding tussen de erfpachter en de gemeente en de erfpachter heeft het perceel al (geruime tijd) in gebruik.
In de AB 2016 is uitgifte in erfpacht gedefinieerd als "de eerste keer dat een perceel in erfpacht wordt uitgegeven". De overstap van voortdurende naar eeuwigdurende erfpacht valt hier dus niet onder en artikel 3 van de AB 2016 is niet van toepassing op de overstap. Omdat de erfpachter het perceel al (geruime tijd) in gebruik heeft, is wel van belang dat een bepaling wordt opgenomen m.b.t. de bodemgesteldheid.

Hiervoor wordt het volgende voorgesteld:

- Geconstateerd wordt dat de erfpachter het perceel reeds in gebruik heeft op basis van voortdurende erfpacht en dat dit gebruik wordt gecontinueerd.
- Opgenomen wordt dat artikel 3 van de AB 2016 niet van toepassing is en dat voor de toepassing van artikel 14 en 15 van de AB 2016 de staat van de grond ten tijde van de eerste uitgifte het uitgangspunt is.
- Andere relevante onderdelen van artikel 3 in het overstapbeleid worden voorgeschreven (analoog aan uitgiftebeleid) en op grond daarvan (als bijzondere bepalingen) in de aanbieding en daarop volgende overstap-akte worden opgenomen.