03693

Nummer BD2015-001285
Dienst rve grond en ontwikkel

Gemeente Amsterdam
Staf Ruimtelijke Ordening en Grondzaken

Agendapunt, 2 februari 2015

Kabinet

STAF

Wethouder **E. van der Burg**

Onderwerp

In appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten

Gevraagde beslissing

Kennis te nemen van en het bespreken van:

1. De problematiek omtrent in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten.
2. De gevolgen en risico's.
3. De mogelijkheden om het probleem te beperken.
4. Het onderzoek naar mogelijkheden om het probleem op te lossen.
5. De raakvlakken met de vernieuwing van het erfpachtstelsel en in het bijzonder de overstapregeling.
6. Het vervolgproces.

Korte toelichting / samenvatting

Ad. 1 De problematiek omtrent in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten

Appartementsrechten in combinatie met erfpacht komen in 2 gedaanten voor:

1. Een perceel dat is uitgegeven in erfpacht, waarbij de erfpachter het erfpachtrecht heeft gesplitst in appartementsrechten en het erfpachtrecht bestaat uit alle appartementsrechten gezamenlijk.
2. In erfpacht uitgegeven appartementsrecht, dat door de gemeente op de eigendom van de grond is gevormd.

In het eerste geval zijn alle appartementsgerechtigden tezamen de erfpachter. Het erfpachtrecht kan juridisch alleen gewijzigd worden met instemming van alle appartementsgerechtigden (de voltallige Vereniging van Eigenaren [VvE]). Met appartementsgerechtigden gemaakte afspraken ten aanzien van bijvoorbeeld een bestemmingswijziging blijft het erfpachtrecht ongewijzigd.
In het tweede geval is per appartementsrecht sprake van een zelfstandige erfpacht, die onafhankelijk is van de overige appartementsgerechtigden in het complex. In deze situatie kunnen wel individuele afspraken worden gemaakt die tot wijziging van het erfpachtrecht leiden. De laatste jaren (sinds 2009 sporadisch en sinds 2014 als uitgangspunt) hanteert de gemeente de uitgifte volgens optie 2. als uitgangspunt bij gestapelde bouw (woningen/functies); formalisering in beleid is evenwel wenselijk.

Het probleem

De gemeente heeft in ieder geval vanaf 1994, maar mogelijk al vanaf 1952 evenwel ook in de eerste situatie (1. appartementsrecht op erfpacht) individuele afspraken gemaakt met erfpachters (bijvoorbeeld bestemmingswijzigingen, canonherzieningen, vooruitbetaling van de canon).
Na de appartementensplitsing van een erfpachtrecht zijn de appartementsrechten behandeld als ware sprake van afzonderlijke erfpachtrechten. Dit is (naar allengs

bleek) juridisch onjuist.
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, zou zich er op kunnen beroepen dat hij niet gebonden is aan de afspraken.

Tot deze conclusie kwamen twee vooraanstaande juristen (mevr. prof. dr. mr. 5.1.2e 5.1.2e voormalig hoogleraar notarieel recht aan de Universiteit Utrecht en thans adviseur bij NautaDutilh en raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof in Arnhem en dhr. prof. mr. 5.1.2e , Universitair Hoofddocent / Onderzoeker aan de TU Delft en bijzonder hoogleraar aan de Vrije Universiteit Amsterdam) op het gebied van onroerend goed nadat Grond en Ontwikkeling hier advies over had gevraagd.

Het gegeven, dat betrokkenen als notariaat, kadaster en hypotheekhouders nooit vragen over de gemeentelijke handelwijze hebben gesteld, doet niet af aan het gesignaleerde probleem en de noodzaak tot een oplossing te komen.

Ad. 2 De gevolgen en risico's
De rechtsopvolger van de appartementsgerechtigde waar de gemeente afspraken mee heeft gemaakt, zou zich er op kunnen 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 (binnen de VvE) binnen het complex zouden zich er op kunnen 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 appartementsgerechtigden te maken, verliest de gemeente dus een verhaalsmogelijkheid/-object.[1]

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.

[1] Als de handelwijze van de gemeente correct was geweest, dan had de gemeente ook verhaal kunnen halen op de andere appartementsgerechtigden (de VvE). Het is 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.

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. In februari 2014 is echter in een juridisch vakblad een rechtsvraag gesteld over voornoemde werkwijze van de gemeente Amsterdam. De twee reacties op deze rechtsvraag liepen uiteen, maar naar aanleiding van het door Grond en Ontwikkeling ingewonnen advies is duidelijk geworden dat de handelwijze niet correct is. 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. Het streven is dat dit verweer half maart 2015 is opgesteld. Of dat verweer in alle gevallen steekhoudend zal blijken is onzeker. Duidelijk is, dat het verweer niet meer gevoerd kan worden voor die gevallen, dat de gemeente bij splitsing wist dat haar handelwijze niet juist was.

Het risico betreft alle appartementsrechten die onderdeel uit maken van een erfpachtrecht en waarbij na de splitsing in appartementsrechten (waarbij de AB94 en AB2000 van toepassing zijn verklaard) een wijziging heeft plaatsgevonden die heeft geleid tot een canonverhoging. Uitgaande van alleen canonherzieningen bij het einde van het tijdvak en rekeninghoudend met een overdracht van een woning eens in de 7 tot 9 jaar komt Grond en Ontwikkeling tot de volgende inschatting:

Onder de AB1994 en AB2000 zijn circa 15.000 canonherzieningen van appartementsrechten geweest. De herzieningen hebben plaatsgevonden vanaf 15 jaar geleden tot nu. De herzieningen hebben geleid tot een uiteindelijke stijging van de canoninkomsten van circa 18 miljoen per jaar. Het risico bestaat dus uit een daling van de (toekomstige) canoninkomsten met 18 miljoen per jaar. Indien reeds betaalde canon terugbetaald moet worden dan zal dit gaan om tientallen miljoenen.

Het hiervoor geschetste risico gaat uit van het slechtste geval. Het risico kan afnemen indien een oplossing wordt gevonden voor het probleem, bijvoorbeeld wanneer het verweer van de gemeenteadvocaat leidt tot de verwachting dat de gemeente goede kansen heeft in een eventuele juridische procedure.
Overigens is door erfpachters niet onterecht een hogere canon betaald, maar juridisch technisch is de canonverhoging niet goed geregeld.

Ad. 3 De mogelijkheden om het probleem te beperken
Zo lang Grond en Ontwikkeling appartementsrechten op erfpacht 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 hangende de bepaling van het verweer en de strategie 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. Binnen Grond en Ontwikkeling was wel duidelijk dat de handelwijze niet geheel correct was, maar lange tijd leek het administratief niet mogelijk om het op korte termijn te veranderen. De risico's van de handelwijze zijn echter pas sinds 2014 duidelijk.

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. In het kader van de vernieuwing van het erfpachtstelsel en in het bijzonder de individuele overstap per appartementsrecht is de problematiek aangezwengeld door de raadsleden Van der Ree en Boomsma in de raadscommissie van 10 december 2014. De wethouder heeft toen geantwoord: “Sinds 2014 wordt het zo gedaan dat erfpacht wordt uitgegeven op basis van appartementsrecht op een uitzondering na, want het kan niet afgedwongen worden. In het verleden gebeurde dat sporadisch. Nu is dat de norm”.
Hiermee ontstaan per appartementsrecht afzonderlijke erfpachtrechten die ook afzonderlijk gewijzigd kunnen worden. Deze wijze van uitgeven in erfpacht zorgt voor zowel de erfpachter als de gemeente in meerdere opzichten voor flexibiliteit.
Zoals hiervoor onder ad. 1 aangegeven wordt bij projecten met gestapelde bouw (woningen/functies) door Grond en Ontwikkeling op deze wijze in erfpacht uitgegeven, maar dit kan (nog) niet in alle gevallen afgedwongen worden.
Bijvoorbeeld bij (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 het uitgiftebeleid in het kader van de vernieuwing van het erfpachtstelsel aan te passen zodat alleen nog maar op de hiervoor omschreven wijze wordt uitgegeven in erfpacht, met als mogelijk gevolg dat hiermee duidelijk wordt dat de gemeente in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten niet correct heeft behandeld voordat de gemeente ter zake haar strategie en aanpak heeft bepaald.

Ad. 4 Het onderzoek naar mogelijkheden om het probleem op te lossen
Door Grond en Ontwikkeling wordt gezocht naar een oplossing voor het probleem. Zo wordt gekeken naar mogelijkheden om te komen van in appartementsrechten gesplitste erfpacht (optie 1 onder ad. 1) tot een situatie waarbij de erfpacht komt te rusten op de appartementsrechten afzonderlijk zodat wijzigingen wel per appartementsrecht kunnen plaatsvinden (optie 2 onder ad. 1).
Het vinden van een oplossing voor het probleem is binnen de geldende wettelijke kaders echter juridisch complex en tijdrovend en bovendien niet gegarandeerd.
Mogelijke oplossingsrichtingen voor zowel de huidige situatie als voor nieuwe uitgiften worden in kaart gebracht waarbij op dit moment nog niets wordt uitgesloten (ondanks dat er wel bedenkingen zijn bij bepaalde oplossingsrichtingen). Op dit moment vindt een nadere uitwerking hiervan plaats, maar duidelijk is wel dat elke oplossingsrichting complex is en in sommige gevallen experimenteel. De verwachting is derhalve dat de gemeente zich nader zal moeten laten adviseren voor het bepalen van de te bewandelen weg.

Ad. 5 De raakvlakken met de Vernieuwing van het erfpachtstelsel en in het bijzonder de overstapregeling
De hiervoor omschreven problematiek speelt ook een rol bij de vernieuwing van het erfpachtstelsel. Met name wat betreft de overstap van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht. Binnen de bestaande erfpachtrelatie is de juridisch correcte wijze hiervoor om dit te doen voor de erfpacht in z’n geheel en dus met instemming van alle appartementsgerechtigden en hypotheekhouders (en eventuele beslagleggers). Op grond van de hypotheekvoorwaarden zal vrijwel altijd aan alle hypotheekhouders toestemming moeten worden gevraagd.
Zowel vanuit het bestuurlijke team als in de consultatieronde (waaronder in de

raadscommissie van 10 december 2014) is nadrukkelijk de wens uitgesproken een oplossing te vinden om per appartementsrecht over te kunnen stappen op eeuwigdurende erfpacht. Het onderzoek is dus ook van belang voor de vernieuwing van het erfpachtstelsel.

Ten slotte dient opgemerkt te worden dat de hiervoor onder ad 2. omschreven erfpachtrechten waarbij verschillende algemene bepalingen, verschillende tijdvakken en/of verschillende betalingsregimes van toepassing zijn, een extra complicatie zijn binnen de hiervoor toegelichte problematiek van in appartementsrechten gesplitste erfpacht en bij een overstap naar eeuwigdurende erfpacht. Als er een oplossing wordt gevonden, zullen deze rechten een belangrijk punt van aandacht zijn bij de uitvoering hiervan.

Ad. 6 Het vervolgproces

Grond en Ontwikkeling stelt voor om (gezien de raakvlakken met de vernieuwing) in het Bestuurlijk Team van 18 februari 2015 een tussenstand van de oplossingsrichtingen voor te leggen. Deze tussenstand zal een uitwerking van de oplossingsrichtingen bevatten. Mogelijk is een nadere juridische toets dan nog noodzakelijk.
Grond en Ontwikkeling verwacht in het Bestuurlijk Team van 19 maart 2015 met een definitief en juridisch getoetst voorstel te kunnen komen.

Stukken

Meegezonden stukken: n.v.t.

Verdere procedurestappen met data

18 februari 2015: tussenstand bij Bestuurlijk Team Vernieuwing Erfpachtstelsel
19 maart 2015: definitief voorstel bij Bestuurlijk Team Vernieuwing Erfpachtstelsel
Ander overleg:

Publiciteit / communicatie

n.v.t.

Wijze van voorbereiding

Afstemming met andere dienst: n.v.t.
Resultaat overleg met directie/bestuursdienst: SB: akkoord
DJZ: akkoord
DMC: akkoord
Ander overleg: n.v.t.

Productinformatie

Opdracht verleend: n.v.t.
Financiering/budget: n.v.t.
Tijd: n.v.t.
Kwaliteit: n.v.t.

Beslissing

Gemeente Amsterdam
Staf Ruimtelijke Ordening en Grondzaken
Agendapunt, 2 februari 2015

STAF

Behandelend ambtenaar

5.1.2e 5.1.2e (Grond en Ontwikkeling); 5.1.2e @amsterdam.nl; tel.nr. 2544 198