Gemeente Amsterdam

Schoon over: het belang van notariële akten bij het beheer van erfpachtrechten

Aan MOI
Van Werkgroep Juridisch Overstapbeleid

Inleiding

Naast de verwerking van de inspraak op de Overstapregeling is de afdeling Erfpacht en Uitgifte bezig met de voorbereiding van de implementatie nadat het bestuur de gemeenteraad met de Overstapregeling en het samenhangende grondprijsbeleid heeft vastgesteld. Nadat een erfpachter op eeuwigdurende erfpacht is overgestapt valt de 50-jaarlijkse mogelijkheid weg om erfpachtvoorwaarden met de werkelijkheid in lijn te houden of opnieuw te brengen. Daarom is het van belang bij overstap een (laatste) slag te maken en alle tussen gemeente en erfpachter geldende rechten en plichten met de werkelijkheid in lijn te brengen en de voor de eeuwigheid vast te leggen.

In de overstapregeling zijn hiervoor een tweetal kaders opgenomen:

1 "Schoon over" geeft de randvoorwaarden waaraan voor overstap voldaan dient te zijn:
   a. het in lijn brengen van de contractuele rechten en plichten met de werkelijkheid
   b. het wegnemen van met de AB2016 niet verenigbare ondererfpachtrechten en
   c. het aanvullen van in akten ontbrekende bestemmings- en bebouwingsgegevens
   Dit is geregeld in de artikelen 9 en 10, zie bijlage I.
2 Geconsolideerde akte. Na overstap moet uit de overstap-akte volstrekt helder zijn wat limitatief alle wederzijdse rechten en verplichtingen zijn met betrekking tot het eeuwigdurende erfpachtrecht. Naast de bepalingen met betrekking tot de overstap zelf moeten daarom alle bijzondere bepalingen uit alle voorgaande akten worden opgenomen die nog van toepassing en relevant zijn. Dit is geregeld in lid 2 onder c van artikel 12 [1].
   Het opstellen van een geconsolideerde akte vergt in eerste aanleg meer werk, maar biedt daarna in het beheer voor zowel onszelf als de erfpachter door de helderheid grote voordelen (één akte, voorgaande akten zijn alleen nog bij procedures relevant).

Ook naast de implementatie van de overstapregeling wordt binnen de afdeling Erfpacht en Uitgifte gekeken naar werkprocessen, de efficiëntie daarvan en de verzameling van de benodigde gegevens. Bij werkprocessen die betrekking hebben op het wijzigen van een erfpachtrecht doet zich de vraag voor of het noodzakelijk is om de notariële akten die betrekking hebben op het betreffende erfpachtrecht te raadplegen. Het raadplegen van de notariële akte(n) wordt door de afdeling Erfpacht en uitgifte als belastend en tijdrovend ervaren zonder wezenlijke meerwaarde ten opzichte van de gegevens die in geautomatiseerde systemen zijn vastgelegd.

Met deze notitie benadrukt de Werkgroep Juridisch Overstapbeleid het belang van akten als de enig bindende gegevensdrager en dat het niet raadplegen van de notariële akte(n) risico's met zich meebrengt.

Dat wil niet zeggen dat we alles zelf moeten doen, omdat dat ten dele dubbel werk in zou houden van de inhoudelijke recherche die het notariaat in het kader van hun werk altijd moet doen. In het overleg met de Ring Amsterdam van 24 januari 2017 bleek dat ook het notariaat de invoering van geconsolideerde akten toe zou juichen omdat het ondermeer het recherchewerk nadien voor hen verlicht. Het ligt daarmee in de rede werkafspraken te maken waarbinnen wij ons kunnen focussen op de vast te leggen wijziging, het notariaat de kaders heeft voor de beoordeling welke "oude" bepalingen in de geconsolideerde opgenomen moeten worden of achterwege kunnen blijven. Dat vereist voor de goede orde wel, dat

- aanbiedingen tot wijziging worden opgesteld vanuit inzicht in de onderliggende akten, en
- dat door het notariaat opgestelde, geconsolideerde conceptakten gecontroleerd worden voor afgifte van een volmacht.

In deze notitie wordt kort ingegaan op de volgende onderwerpen:

- Wat een erfpachtrecht is
- Het belang van de notariële akte bij de wijziging van een erfpachtrecht
- Het controleren van de akte vóórdat de Happy Flow kan beginnen.
- Nakoming vorderen
- Geconsolideerde akte

De vestiging en wijziging van een erfpachtrecht

Het belang van de notariële akte blijkt uit het Burgerlijk Wetboek. Voor de vestiging van een erfpachtrecht wordt op grond van de wet (art. 3:84 jo 3:98 BW) vereist: een levering (vestiging) krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken. Uit voornoemde wetsartikelen vloeit voort dat de wijziging van de inhoud van een erfpachtrecht, voor zover dit leidt tot beperking en/of aanvulling van de bevoegdheden, op dezelfde wijze plaats dient te vinden.

De eerste twee vereisten (levering en geldige titel) zijn voor deze notitie relevant en worden hieronder nader toegelicht. Het derde vereiste (beschikkingsbevoegdheid) is voor deze notitie niet relevant en wordt daarom buiten beschouwing gelaten.

<u>Levering</u>

De levering (vestiging) geschiedt door een daartoe tussen partijen opgemaakte notariële akte gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers van het Kadaster (art. 3:89 jo 3:98 BW). De vestiging is pas voltooid met deze inschrijving. Zoals gezegd gelden voor de wijziging van een erfpachtrecht dezelfde vereisten als voor de vestiging.

In de akte wordt onder meer vermeld welke algemene bepalingen op het erfpachtrecht van toepassing zijn. Daarnaast worden in de akte de bijzondere bepalingen die op het erfpachtrecht van toepassing zijn opgenomen. Deze bepalingen gelden specifiek voor het betreffende erfpachtrecht en hierin worden over het algemeen onder meer de bestemming van het erfpachtrecht en de maximale toegestane bebouwing opgenomen. Daarnaast kunnen in de bijzondere bepalingen regelingen worden opgenomen die de bevoegdheden van de erfpachter inperken of verruimen. Deze bepalingen kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op beperkingen

van de bevoegdheid van de erfpachter om het erfpachtrecht over te dragen, de onroerende zaak in ondererfpacht uit te geven of de zaak te verhuren. Ook met een erfdienstbaarheid vergelijkbare bevoegdheden ten gunste of ten laste van het erfpachtrecht komen regelmatig voor, zoals de standaardbepaling met betrekking tot de overbouwing van openbare wegen met kleine dakoverstekken en dergelijke.

Daarnaast wordt in de akte de hoogte van de canon opgenomen (dan wel die van de betaalde afkoopsom) evenals eventuele andere financiële voorwaarden.

Het voorgaande houdt in dat de notariële akte de basis is van het erfpachtrecht. Het is een vereiste voor het ontstaan en het wijzigen van een erfpachtrecht en daarnaast bevat de notariële akte de omvang en de inhoud van het erfpachtrecht. Met andere woorden: de akte = het erfpachtrecht.

Geldige titel (de overeenkomst)

De geldige titel is de rechtsgrond voor de vestiging; de rechtsverhouding die aan de vestiging ten grondslag ligt. Dit is de tussen de gemeente en de erfpachter gesloten overeenkomst met betrekking tot de vestiging dan wel de wijziging van het erfpachtrecht.
In de notariële akte moet de titel nauwkeurig worden vermeld. Zonder geldige titel kan geen levering plaatsvinden.

Om te achterhalen wat de inhoud en de omvang van het erfpachtrecht is waaraan gemeente, erfpachter en derden gebonden zijn en waar zij van uit mogen gaan, dient de notariële akte geraadpleegd te worden. Na de eerste overdracht na vestiging dan wel wijziging van het erfpachtrecht, speelt de overeenkomst in beginsel geen rol meer en gaat het er om wat in de akte staat.

Het belang van de notariële akte bij de wijziging van een erfpachtrecht

Bij het wijzigen van een erfpachtrecht is de notariële akte van belang voor de inhoud van de tussen de gemeente en de erfpachter te sluiten overeenkomst (de titel) tot wijziging van het erfpachtrecht. Immers, alleen uit de akte kan worden afgeleid wat de inhoud en de omvang van het erfpachtrecht is. Deze afspraken zijn essentieel voor de vraag of sprake is van een wijziging, of de gemeente bereid is hier aan mee te werken en, zo ja, welke inhoud de overeenkomst tot wijziging moet hebben.

Enkele voorbeelden:

1. Bestemmings-/bebouwingswijziging:

   Uit de notariële akte blijkt wat de huidige bestemming van het erfpachtrecht is. Dit is het uitgangspunt voor de overeenkomst voor het wijzigen van de bestemming. Alleen door raadpleging van de op dat moment meest recente notariële akte kan worden beoordeeld of inderdaad sprake is van een wijziging in de bestemming en/of bebouwing en, zo ja, welke gevolgen dit heeft. Het is niet mogelijk om uit te gaan van de feitelijke situatie. De feitelijke situatie hoeft immers niet overeen te komen met de juridische situatie. Zo is bijvoorbeeld van belang of het aantal gerealiseerde m² bvo overeenkomt met hetgeen in de akte is opgenomen. Het is immers goed mogelijk dat minder is gerealiseerd.

De exacte omschrijving van de bestemming is van belang. Deze omschrijving kan immers elementen bevatten die van invloed zijn op de wijziging van het erfpachtrecht en de voorwaarden die de gemeente daar aan wil verbinden. Het is niet voldoende om uit te gaan van een globale bestemming, bijvoorbeeld de algemene bestemming 'wonen'. Het is namelijk van belang of sprake is van een huurwoning of een koopwoning. Daarnaast is in het verleden gebruik gemaakt van tal van andere varianten op de algemene bestemming 'wonen'. Voorts wordt op dit moment regelmatig de bestemming middensegment-huurwoning met daarbij een maximale huur opgenomen en worden tevens maximale huren opgenomen om jongeren- en studentenhuisvesting te bevorderen (hierover meer onder "3. Nakoming vorderen"). Het soort woning is van belang voor het sluiten van een overeenkomst tot wijziging van het erfpachtrecht. Daarnaast bevat de notariële akte mogelijk ook andere bepalingen die van belang zijn voor het wijzigen van de bestemming en/of bebouwing. Bijvoorbeeld bepalingen waaruit blijkt dat bepaalde bestemmingen of bepaalde sectoren niet zijn toegestaan. Ook bepalingen met naast een hoofdbestemming meervoudige bestemmingen waartussen zonder canonherziening gewisseld mag worden, nemen toe door de wijze waarop het afstoten van gemeentebezit door de RVE Vastgoed vorm geeft.

Bij het sluiten van de overeenkomst tot wijziging van de bestemming is essentieel dat beide partijen een juiste voorstelling van zaken hebben en uit gaan van de juiste bestemming van het erfpachtrecht. Wanneer de gemeente en de erfpachter een overeenkomst sluiten op basis van onjuiste uitgangspunten (bij één of beide partijen) doet zich de vraag voor of een rechtsgeldige overeenkomst tot stand is gekomen. Als de conclusie is dat een rechtsgeldige overeenkomst tot stand is gekomen, doet zich vervolgens echter de vraag voor of partijen eenzelfde overeenkomst hadden gesloten bij een juiste voorstelling van zaken.

Indien partijen niet zijn uitgegaan van een juiste voorstelling van zaken, ontstaat een ingewikkelde situatie waarbij per geval bekeken moet worden wat hiervan de gevolgen zijn en wat vervolgens de juridische mogelijkheden zijn. Waarschijnlijk zal in veel gevallen pas na enige tijd blijken dat partijen niet zijn uitgegaan van een juiste voorstelling van zaken en het is niet uitgesloten dat het erfpachtrecht dan inmiddels al is overgedragen. Dit vergemakkelijkt de situatie allerminst. Om te voorkomen dat achteraf problemen ontstaan, is het van belang altijd de notariële akte te raadplegen. Het dossier huur/koop heeft bijvoorbeeld duidelijk gemaakt welke problemen zich voordoen indien achteraf blijkt dat partijen niet van een juiste voorstelling van zaken zijn uitgegaan.

2. Financiële voorwaarden:

In Hermes zijn de financiële voorwaarden van erfpachtrechten opgenomen. Het is echter niet uitgesloten dat hier onjuistheden in zitten. Het is ondermeer bij het project 5.1.2e voorgekomen dat volgens Hermes sprake is van een afgekocht erfpachtrecht, terwijl dit niet het geval is.

Ook kunnen in de bijzondere erfpachtvoorwaarden financiële voorwaarden zijn gesteld die niet in Hermes zijn opgenomen. Denk hierbij niet alleen aan verkoop regulerende bepalingen voor de uitvoering waarvan notaris nog een rol heeft. Bij bijvoorbeeld parkeergarage CS was in de erfpachtvoorwaarden een geclausuleerde vergoeding van door de gemeente betaalde infrastructurele werken opgenomen. Doordat dit gegeven niet in Hermes was opgenomen

kwam achterstalligheid eerst aan het licht ruim na het verstrijken van de termijn waarop betaald had dienen te worden.

Overigens geldt ook ten aanzien van de uitvoering van verkoop regulerende bepalingen dat niet op handhaving door de notaris blind gevaren kan en mag worden. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij in de erfpachtbepalingen opgenomen, door de notaris uit te voeren afdrachtverplichting bij marktcontrair afgezette AMH-woningen. Zonder raadpleging van de akte of opname van een attentieregel in Hermes hebben we geen zicht of verkoopregulering steeds correct wordt toegepast.

Ook in deze gevallen geval biedt alleen de akte zekerheid over de financiële voorwaarden van het erfpachtrecht.

3. Nakoming vorderen (handhaving):

   Ook in het kader van het vorderen van nakoming van de voorwaarden van het erfpachtrecht is de notariële akte essentieel. Om te kunnen achterhalen of iemand zich aan de voorwaarden van het erfpachtrecht houdt (over het algemeen zal het daarbij gaan om de bestemming en/of de bebouwing), biedt alleen de notariële akte zekerheid. Het raadplegen van de notariële akte is dus essentieel voor het succesvol vorderen van nakoming.

   Het bestuur acht het van belang dat betaalbare huurwoningen worden gerealiseerd. Om dit te bereiken wordt in erfpachtvoorwaarden de bestemming middensegment-huurwoning opgenomen met daarbij een maximale huur. Ook wordt door middel van het opnemen van een maximale huur in de erfpachtvoorwaarden gestuurd op het realiseren van jongeren- en studentenhuisvesting. Het opnemen van deze voorwaarden brengt met zich mee dat ook gecontroleerd moet worden op naleving daarvan. Dat deze controle actief zal plaatsvinden is opgenomen in recent door het college vastgesteld beleid met betrekking tot het controleren op naleving van erfpachtvoorwaarden. Om te kunnen bepalen of de erfpachtvoorwaarden worden nageleefd en of het vorderen van nakoming mogelijk is, moet de notariële akte worden geraadpleegd.

Naast de notariële akte is er geen enkele andere bron die 100% zekerheid kan geven over omvang en inhoud van het erfpachtrecht. Voor het achterhalen van de toegestane bestemming en/of bebouwing biedt het bestemmingsplan geen uitkomst. Een bestemmingsplan bepaalt immers voor een bepaald gebied, bestaande uit meerdere percelen, welke bestemmingen en vierkante meters toegestaan zijn. Bij een erfpachtrecht wordt in de notariële akte voor dat specifieke erfpachtrecht vastgelegd welke specifieke bestemming is toegestaan en hoeveel vierkante meter mag worden gerealiseerd. In veel gevallen is de bestemming heel specifiek en gedetailleerd opgenomen in de akte. Daarnaast komen de bestemmingen in een bestemmingsplan niet één op één overeen met de bestemmingen die worden gebruikt voor erfpachtrechten (op dit moment de bestemmingen opgenomen in de bestemmingscatalogus).

Ook het gebruik van Hermes biedt geen uitkomst. Allereerst is niet 100% zeker dat de bestemmingen en de toegestane bebouwing van alle erfpachtrechten hier in zijn verwerkt. Daarnaast is niet zeker of de exacte tekst van de bestemming is opgenomen, terwijl dit wel van belang is. Voorts kan in een notariële akte informatie staan anders dan de bestemming en bebouwing die ook van belang is bij het wijzigen van een erfpachtrecht.

Het controleren van de akte vóórdat de Happy Flow kan beginnen.

Voordat de 'happy flow 'gestart kan worden, moet de akte gecontroleerd worden om te bekijken of aan de voorwaarden voor het doen van een overstapaanbieding is voldaan en op welke wijze de aanbieding gedaan wordt. De volgende zaken zijn daarbij van belang:

- Is er sprake van een appartementsrecht? En betreft het een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht of heeft de appartementensplitsing plaatsgevonden voorafgaand aan de uitgifte in erfpacht ? Dit is van belang voor het al dan niet obligatoir aanbieden van de overstap.
- Wat is de bestemming? Ook als uit het WOZ bestand 'woning' komt is nog de vraag of het bijvoorbeeld een huurwoning of een koopwoning is (anders is het risico dat er weer een huur-koop dossier komt)
- Is er sprake van een vicarierecht?
- Is er sprake van ondererfpacht?
- Hoeveel vierkante meters zijn toegestaan volgens de akte?
- Is de erfpachter geen WOCO?
- Schoon over principe/ of ontbrekende gegevens.

De geconsolideerde akte

In de overstapregeling is opgenomen dat bij de overstap in de bijzondere bepalingen worden opgenomen die bijzondere bepalingen die na de overstap naar eeuwigdurende erfpacht van toepassing zijn. Uitgangspunt daarbij is de opname van alle na overstap nog relevante bijzondere bepalingen waarmee alle rechten en verplichtingen van de erfpachter zijn vastgelegd, die verbonden zijn aan het erfpachtrecht, de zogenoemde geconsolideerde akte.

Om te komen tot een geconsolideerde akte moet(en) de voorgaande notariële akte(n) geraadpleegd worden. Alleen op die manier kan worden beoordeeld welke bepalingen moeten blijven gelden en derhalve moeten worden opgenomen in de geconsolideerde akte, en welke bepalingen niet langer werking hebben. Nadat een geconsolideerde akte is ontstaan, is het voor toekomstige wijzigingen van een erfpachtrecht makkelijker om te achterhalen wat de inhoud en omvang van het erfpachtrecht is. Het raadplegen van de laatste (geconsolideerde) akte zou hiervoor voldoende moeten zijn. Daarbij geldt echter wel dat bij elke wijziging opnieuw de bepalingen in de akte moeten worden opgenomen die nog werking hebben.

---

1 Geconsolideerde akte:

artikel 12 Algemene en bijzondere bepalingen van het eeuwigdurende erfpachtrecht

1. Bij de overstap zijn de AB 2016 en de overeen te komen bijzondere bepalingen van toepassing vanaf de ingangsdatum van de overstap voor zover hiervan in het onderstaande niet wordt afgeweken.
2. In de bijzondere bepalingen worden opgenomen:
   a. De geldende bestemming, het toegestane gebruik en de maximaal toegestane vloeroppervlakte.
   b. De eventuele aanvullende bijzondere bepalingen die de gemeente als voorwaarden verbindt aan haar toestemming tot overstap, waaronder in ieder geval:
      - [..]
      - [..]
   c. *De bijzondere bepalingen die na overstap op eeuwigdurende erfpacht van toepassing zijn. Uitgangspunt daarbij is de opname van alle na overstap nog relevante bijzondere bepalingen,*

waarmee alle rechten en verplichtingen van de erfpachter zijn vastgelegd, die verbonden zijn aan het erfpachtrecht (geconsolideerde akte).

3. In de financiële voorwaarden wordt opgenomen: [..]

Bijlage I: schoon over in de Overstapregeling
Schoon Over in Overstapregeling

artikel 9 Voorwaarden voor behandeling verzoek tot overstap

1. De gemeente neemt een verzoek tot overstap naar eeuwigdurende erfpacht alleen in behandeling als:
   a. de erfpachter aan alle financiële verplichtingen met betrekking tot het voortdurende erfpachtrecht heeft voldaan, en
   b. de erfpachter voldoet aan alle verplichtingen uit de algemene en bijzondere bepalingen die op het voortdurende erfpachtrecht van toepassing zijn, dan wel dat met de erfpachter overeenstemming is bereikt over eventueel noodzakelijke aanpassing van het erfpachtrecht als bedoeld in leden 2 en 3 van dit artikel.
2. Als een groter vloeroppervlak is gerealiseerd dan toegestaan volgens de erfpachtakte, dan neemt de gemeente een verzoek tot overstap naar eeuwigdurende erfpacht alleen in behandeling:
   a. als het alsnog verlenen van de op grond van de geldende algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht vereiste toestemming voor het grotere vloeroppervlak _ past binnen de geldende publiekrechtelijke regelgeving en _ er zich geen gemeentelijk belang tegen verlening verzet, dan wel
   b. als de gemeente heeft vastgesteld dat op grond van het gemeentelijk beleid toestemming geacht wordt te zijn verleend, voor zover de vergroting op grond van publiekrechtelijke regelgeving is toegestaan,
   c. mits over de aan die toestemming te verbinden canonherziening en de voorwaarden overeenstemming is bereikt conform het beleid inzake bestemmings- en bebouwingswijziging.
3. Als het erfpachtrecht niet wordt gebruikt in overeenstemming met de bestemming en het gebruik zoals opgenomen in de erfpachtakte, dan neemt de gemeente een verzoek tot overstap naar eeuwigdurende erfpacht alleen in behandeling:
   a. als het alsnog verlenen van de op grond van de geldende algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht vereiste toestemming tot wijziging van de bestemming en het gebruik_ past binnen de geldende publiekrechtelijke regelgeving en _ er zich geen gemeentelijk belang tegen verlening verzet,
   b. mits over de aan die toestemming te verbinden canonherziening en de voorwaarden overeenstemming is bereikt conform het beleid inzake bestemmings- en bebouwingswijziging.
4. Als door de erfpachter op de onroerende zaak ondererfpacht is gevestigd, dan neemt de gemeente een verzoek tot overstap naar eeuwigdurende erfpacht alleen in behandeling:
   a. als een met toestemming dan wel instemming van de gemeente op de onroerende zaak gevestigde ondererfpacht verenigbaar is met de AB 2016 of hieraan wordt aangepast;
   b. als de erfpachter zich bevrijdt van een ondererfpacht die zonder toestemming dan wel instemming van de gemeente op de onroerende zaak is gevestigd dan wel als hij alsnog toestemming krijgt voor de ondererfpacht en voldaan heeft aan de aan die toestemming door de gemeente verbonden voorwaarden.

artikel 10 Overstap naar eeuwigdurende erfpacht bij ontbrekende gegevens

1. Als in de erfpachtakte geen toegestane vloeroppervlakte (van de verschillende bestemmingen) is opgenomen, geldt het volgende:
   a. Voor erfpachtrechten met uitsluitend een woonbestemming wordt uitgegaan van de vloeroppervlakte zoals opgenomen in de WOZ-beschikking zoals bedoeld in artikel 14 lid 2.
   b. Voor erfpachtrechten met een andere bestemming dan uitsluitend wonen wordt de vloeroppervlakte vastgesteld aan de hand van een NEN-2580 meetrapport. De kosten terzake van het NEN-2580 meetrapport komen voor rekening van de gemeente. Deze vloeroppervlakte wordt in de erfpachtakte opgenomen, mits deze oppervlakte op grond van de publiekrechtelijke regelgeving is toegestaan.

2. Als in de erfpachtakte geen toegestane bestemming is opgenomen wordt het feitelijk gebruik als bestemming in de notariële akte opgenomen, mits dit op grond van de publiekrechtelijke regelgeving is toegestaan.

Als de erfpachter geen medewerking verleent aan vastlegging als hiervoor in de leden 1 en 2 bedoeld, neemt de gemeente het verzoek tot overstap naar eeuwigdurende erfpacht niet in behandeling.