

NOTITIE

Aan Gemeente Diemen, Henk Savelkoul
Inzake Omzetting van erfpachtrecht naar vol eigendom bij appartementsrechten indien het erfpachtrecht is gesplitst in appartementsrechten
Datum 28 augustus 2019

1 INLEIDING

- 1.1 Naast omzetting van erfpacht voor bepaalde tijd naar eeuwigdurende erfpacht kan ook overwogen worden om de erfpacht voor bepaalde tijd om te zetten naar volle eigendom. Indien het erfpachtrecht ziet op een woning, dan geschiedt dit door levering van de bloot eigendom door de gemeente aan de erfpachter. Hierdoor komen de bloot eigendom en het erfpachtrecht in één hand en gaat het genoemde erfpachtrecht teniet door vermenging. De erfpachter verkrijgt de volle eigendom en de gemeente is geen grondeigenaar meer.
- 1.2 De vraag rijst nu hoe dit in zijn werk gaat indien het erfpachtrecht is gesplitst in appartementsrechten. In deze notitie worden in paragrafen 2 en 3 de twee mogelijkheden besproken tot omzetting van erfpacht naar vol eigendom bij appartementsrechten. Daarbij wordt tevens ingegaan op de fiscale component van de omzettingen en worden enige nadelen van beide mogelijkheden aangegeven. In paragraaf 4 wordt nog kort ingegaan op een alternatief voor omzetting, waarbij de bloot eigendom niet aan de appartementsgerechtigden maar aan de betreffende Vereniging van Eigenaars (hierna te noemen: "VvE") wordt overgedragen. We sluiten af met een conclusie in paragraaf 5.

2 SPIEGELSPLITSING GEVOLGD DOOR OPZEGGING OF AFSTAND

- 2.1 Bij een spiegelsplitsing wordt de bloot eigendom op dezelfde wijze gesplitst in corresponderende appartementsrechten als dat het erfpachtrecht in appartementsrechten is gesplitst. De bloot eigendom moet als het ware 'gespiegeld' worden aan de appartementsrechten-erfpacht. Deze appartementsrechten-bloot eigendom worden vervolgens overgedragen aan de rechthebbenden van de appartementsrechten-erfpacht.
- 2.2 Ondanks het feit dat beide appartementsrechten (bloot-eigendom en erfpacht) in één hand zijn, is de heersende leer dat er geen vermenging ontstaat. Op grond van de wet gaan namelijk slechts beperkte rechten teniet bij vermenging en een appartementsrecht is wettelijk gezien geen beperkt recht (het kwalificeert naar zijn aard namelijk als vermogensrecht).¹ Derhalve is een vervolgstap nodig om het tenietgaan van het onderliggende erfpachtrecht alsnog te bewerkstelligen: dit kan door middel van opzegging dan wel afstand. Bij beide mogelijkheden is medewerking van alle

¹ W.G. Huijgen, W. Louwman, L.C.A. Verstappen en F.J. Vonck zijn van mening dat van vermenging geen sprake is. Zij sluiten aan bij de wet, te weten artikel 3:81 lid 2 BW. Op grond van artikel 3:81 lid 2 BW gaan alleen beperkte rechten teniet bij vermenging en een appartementsrecht is geen beperkt recht. Een appartementsrecht kwalificeert als een vermogensrecht naar zijn aard, zie ook de omschrijving van artikel 5:106 lid 4 BW.

appartementsgerechtigden nodig, nu zij allen *gezamenlijk* het gehele recht van erfpacht bezitten. Indien één van de appartementsgerechtigden niet het corresponderende appartementsrecht-blooteigendom verkrijgt en niet opzegt of geen afstand doet, vindt er in zijn geheel geen opzegging of afstand plaats.

2.2.1 Opzegging

Artikel 3:81 lid 2 sub d BW bepaalt dat opzegging mogelijk is, indien de bevoegdheid daartoe is toegekend bij de wet of bij de vestiging van het recht. Op basis van de huidige erfpachtbepalingen is opzegging niet toegestaan en dus geen optie.

2.2.2 Afstand

De andere manier van het teniet gaan van het erfpachtrecht is door het doen van afstand van het recht krachtens artikel 3:81 lid 2 sub c BW. Afstand doen kan slechts als de gemeente hier aan meewerkt (het is een tweezijdige handeling).

2.3 Indien alle appartementsgerechtigden meewerken aan de afstand van het erfpachtrecht, dan gaat daardoor het erfpachtrecht teniet en wordt de splitsing in appartementsrechten van het erfpachtrecht van rechtswege opgeheven op grond van het bepaalde in artikel 5:143 lid 1 onder a BW. De opheffing van de splitsing in appartementsrechten van het erfpachtrecht vindt echter enkel van rechtswege plaats indien er geen andere registergoederen in die splitsing betrokken zijn. Als er bijvoorbeeld twee percelen in de splitsing zijn betrokken (naast het erfpachtrecht is bijvoorbeeld een opstalrecht van een ander perceel of een erfpachtrecht van een ander perceel mee gesplitst), dan eindigt het erfpachtrecht wel maar blijft de splitsing in zijn geheel gewoon bestaan. De splitsing zal in dat geval bij een separate notariële akte moeten worden opgeheven. Indien dat niet zou gebeuren, blijft de splitsing voortbestaan en is er sprake van twee splitsingen (een splitsing van bloot eigendom en een splitsing van het erfpachtrecht). Het bepaalde zoals uiteengezet onder 2.7 geldt dan ook voor deze situatie.

2.4 Door de samenvoeging van de appartementsrechten-bloot eigendom en de appartementsrechten- erfpacht bij alle eigenaars zijn de appartementsgerechtigden in verband met de afstand van het erfpachtrecht en de beëindiging van de splitsing gerechtigd geworden tot de volle eigendom van de appartementsrechten, elk voor zover het hem/haar betreft.

2.5 **Nadelen spiegelsplitsing**

2.5.1 Medewerking

De medewerking van alle appartementsgerechtigden is vereist. Zie in dat kader ook hierna onder 2.7.

2.5.2 Hypotheken

Op het moment dat er door alle appartementsgerechtigden afstand wordt gedaan van het erfpachtrecht, houdt de onderliggende splitsing in appartementsrechten van het erfpachtrecht op te bestaan indien er geen andere registergoederen in de splitsing zijn betrokken. De vraag is wat er dan gebeurt met een hypotheekrecht dat op een appartementsrecht-erfpacht is gevestigd. In

de literatuur bestaat discussie over de vraag of een hypotheekhouder beschermd wordt tegen vermenging en afstand bij de spiegelsplitsing. In dat kader is het advies om de hypotheek die zijn gevestigd om een appartementsrecht-erfpacht opnieuw te vestigen op het appartementsrecht-volle eigendom. Overigens zou de mogelijkheid kunnen bestaan dat de appartementsgerechtigden, afhankelijk van de hoogte van de koopprijzen van de appartementsrechten-bloot eigendom, wellicht een additionele lening nodig hebben voor de aankoop daarvan. In dat geval is de kans groot dat een hypotheekhouder een nieuw (additioneel) hypotheekrecht wenst dat ziet op het appartementsrecht-volle eigendom.

2.5.3 Gemeente als splitsende partij

Bij een spiegelsplitsing is de gemeente de splitsende partij. Dit brengt (aansprakelijkheids)risico's met zich mee. De gemeente zou deze risico's kunnen uitsluiten door overeen te komen dat de appartementsgerechtigden dan wel de VvE opdrachtgever word(t)(en) voor de splitsing. De gemeente kan daarnaast enige aansprakelijkheid voor schade wegens fouten in de splitsingsakte verder contractueel uitsluiten. Overigens kunnen wij ons ook voorstellen dat, aangezien de gemeente deze wijzigingen ten aanzien van de erfpacht wenst, zij deze risico's voor haar rekening wenst te nemen.

2.6 **Fiscaliteit**

De splitsing van de bloot-eigendom is geen belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. Voor de afstand van het erfpachtrecht geldt dat dit niet als een belastbaar feit wordt gezien, aangezien het genotsrecht van de appartementsgerechtigde niet wijzigt. De overdracht van de appartementsrechten-bloot eigendom aan de rechthebbenden van de appartementsrechten-erfpacht is wel een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. Er zal overdrachtsbelasting moeten worden betaald over de waarde van de verkrijging. De waarde van de bloot eigendom betreft het verschil tussen de waarde van volle eigendom en de waarde van het betreffende erfpachtrecht. De hoogte van die waarde is afhankelijk van wat voor soort erfpachtrecht betrokken is: een erfpachtrecht dat eeuwigdurend is afgekocht heeft een andere waarde dan een erfpachtrecht dat voortdurend is en waarvoor een jaarlijkse canon geldt. Dit zal per geval bekeken moeten worden.

2.7 **Spiegelsplitsing zonder unanimiteit**

Indien er geen unanimiteit verkregen kan worden voor het doorzetten van de spiegelsplitsing, kan de gemeente besluiten om de spiegelsplitsing door te zetten zonder unanimiteit. In dat geval kan de gemeente aan appartementsgerechtigden die wel een gesplitst aandeel bloot eigendom wensen te verkrijgen individueel bloot eigendom van dat appartementsrecht leveren. De appartementsrechten-bloot eigendom die niet worden verkregen, blijven in handen van de gemeente.

Een nadeel hiervan is wel dat het onderliggende erfpachtrecht en daarmee het appartementsrecht-erfpacht niet tenietgaat. Derhalve blijven er twee appartementsrechten naast elkaar bestaan (althans tot het moment dat alle appartementsgerechtigden een appartementsrecht-bloot eigendom hebben verkregen en opgezegd hebben of afstand hebben gedaan). Wegens de gesplitste bloot eigendom ontstaat er een nieuwe VvE waarvan de gemeente automatisch lid wordt: zij beschikt immers nog over de appartementsrechten-bloot

eigendom die niet zijn overgedragen. Dit zal voor de gemeente tijd en geld kosten en zal ons inziens derhalve niet de voorkeur genieten

Om voorgaande redenen heeft bijvoorbeeld de gemeente Utrecht de mogelijkheid om individueel de bloot eigendom te verkrijgen uitgesloten. Er wordt slechts met unanimiteit gesplitst en daarbij zal de omzetting enkel op één dag plaatsvinden, zodat slechts op die dag twee appartementsrechten (alsmede de daardoor ontstane VvE's) bestaan.

3 OPHEFFING SPLITSING ERFPACHTRECHT, LEVERING VAN BLOOT EIGENDOM, AFSTAND ERFPACHTRECHT EN OPNIEUW SPLITSEN VOLLE EIGENDOM ("HERSPLITSING")

3.1 Een andere manier om te komen tot appartementsrechten die zien op volle eigendom, is het overgaan tot het opheffen van de splitsing, in combinatie met het doorvoeren van een nieuwe splitsing maar nu van volle eigendom.

3.2 Het heeft over het algemeen de voorkeur om met deze methode te werken indien er bij een appartementencomplex toch al een aanleiding is om de splitsing aan te passen aangezien er sprake is van een van de splitsingsakte afwijkende feitelijke situatie. Dit kan dan niet worden opgelost met de spiegelsplitsing, aangezien die splitsing identiek moet zijn aan de eerdere splitsing van het erfpachtrecht. Echter, ook als er geen sprake is van een behoefte om de oude splitsing aan te passen, kan de onderliggende methode toegepast worden. In dat geval is de nieuwe splitsing identiek aan de oude splitsing.

3.3 De bloot eigendom van de grond wordt allereerst ongesplitst geleverd aan alle appartementsrechtgerechtigden. De appartementsgerechtigden verkrijgen hierdoor ieder een aandeel in de bloot eigendom. De appartementsgerechtigden doen vervolgens afstand van het erfpachtrecht, waardoor de splitsing eindigt op grond van het bepaalde in artikel 5:143 lid 1 onder a BW indien er geen andere registergoederen in de splitsing betrokken waren (zie de uitleg daaromtrent onder 2.3). Indien de splitsing niet van rechtswege eindigt, kan de splitsing bij separate notariële akte worden opgeheven.

3.4 Vervolgens zullen de appartementsgerechtigden gezamenlijk de volle eigendom opnieuw splitsen zodat er appartementsrechten-vol eigendom ontstaan die worden toegedeeld aan de voormalige erfpacht-appartementsgerechtigden in dezelfde verhouding als het geval was bij de oude splitsing (behoudens wijzigingen die gewenst zijn door de eigenaren).

3.5 Nadelen

3.5.1 Medewerking

Ook bij deze splitsing is medewerking van alle appartementsgerechtigden vereist, zij zijn de partij die de volle eigendom samen opnieuw gaan splitsen. Nu er opnieuw gesplitst gaat worden komen er wellicht nieuwe belangen om de hoek kijken: mensen kunnen de nieuwe splitsing aangrijpen om aanpassingen door te voeren in de splitsingsakte die in hun voordeel zijn. Er zal echter eenstemmigheid moeten bestaan ten aanzien van het splitsingsreglement en de aanpassingen in de splitsingstekeningen.

3.5.2 Hypotheken

Het bepaalde onder 2.5.2 is van overeenkomstige toepassing: er zullen nieuwe hypotheekrechten moeten worden gevestigd.

3.6 **Fiscaliteit**

De overdracht van de bloot eigendom aan de rechthebbenden van de appartementsrechten-erfpacht is een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. Er zal overdrachtsbelasting moeten worden betaald over de waarde van de verkrijging. De waarde van de bloot eigendom betreft het verschil tussen de waarde van volle eigendom en de waarde van het betreffende erfpachtrecht. De hoogte van die waarde is afhankelijk van wat voor soort erfpachtrecht betrokken is: een erfpachtrecht dat eeuwigdurend is afgekocht heeft een andere waarde dan een erfpachtrecht dat voortdurend is en waarvoor een jaarlijkse canon geldt. Dit zal per geval bekeken moeten worden.

Voor de afstand van het erfpachtrecht geldt dat dit niet als een belastbaar feit zal worden gezien, aangezien het genotsrecht van de appartementsgerechtigden niet wijzigt. De nieuwe splitsing van de volle-eigendom is tevens geen belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting.

4 **OVERDRACHT BLOOT EIGENDOM AAN VvE**

4.1 Naast de omzettingmogelijkheden zoals uiteengezet onder paragrafen 3 en 4 zou de gemeente nog kunnen overwegen om de bloot eigendom aan de VvE over te dragen. In de statuten van de VvE dient wel te zijn aangegeven dat dit mogelijk is. Voor de verkrijging van een registergoed is geen unanimiteit vereist: een volstreekte meerderheid is afdoende. Voorts houden de appartementsgerechtigden meer zelf de touwtjes in handen door, via de VvE, de erfpachtvoorwaarden te bepalen. Er behoeven, in tegenstelling tot de twee voornoemde splitsingsmogelijkheden, geen nieuwe hypotheek gevestigd te worden: er gaat immers geen erfpachtrecht teniet.

4.2 **Nadelen**

4.2.1 Door overdracht van de bloot eigendom aan de VvE wordt de erfpacht een 'particuliere' erfpacht. Hierdoor wordt in het vervolg financiering van deze 'particuliere' erfpacht voor de appartementsgerechtigden mogelijk moeilijk(er). Het is daarom de vraag of de gemeente de overdracht van de bloot eigendom aan de VvE wel zou moeten voorstellen; in ieder geval zullen de appartementsgerechtigden van dit nadeel goede nota moeten nemen.

5 **CONCLUSIE**

5.1 Alles in ogenschouw genomen kan worden geconcludeerd dat er drie mogelijkheden zijn voor de gemeente om haar relatie met de gezamenlijke appartementsgerechtigden als erfpachter te beëindigen.

Voor zowel de spiegelsplitsing als de Hersplitsing geldt dat alle appartementsgerechtigden moeten meewerken om het beoogde resultaat te behalen. Verschil tussen de spiegelsplitsing en de Hersplitsing is dat de spiegelsplitsing – in beginsel – door de gemeente zal worden gedaan en dat deze identiek moet zijn aan de splitsing van het erfpachtrecht. De Hersplitsing vindt plaats

door de gezamenlijke eigenaren en kan afwijken van de oude splitsing.

Deze manier van splitsing is voor de gemeente minder inspannend dan voor de appartementsgerechtigden. Immers zijn de appartementsgerechtigden degenen die (na unanieme instemming) de eigendom zullen splitsen. Hiertoe kan pas worden gekomen als de appartementsgerechtigden het eens worden over de inhoud van de splitsingsakte. Om deze reden kan het een moeizaam proces betreffen.

- 5.2 De overdracht van de bloot eigendom aan de VvE, als derde mogelijkheid, moet voor de VvE als zodanig wel financierbaar zijn. Bovendien moeten de appartementsgerechtigden zich terdege bewust zijn van het onder 4.2.1. geschetste nadeel.
- 5.3 In beide gevallen zal er overdrachtsbelasting moeten worden betaald over de waarde van de verkrijging van het bloot eigendom.
