

Erfpachtconversie bij splitsing in appartementsrechten

Boek 3 en Boek 5 BW, Wet BRV

Erfpachtconversie weer in trek in de (nabije) toekomst; een kans voor woningeigenaren?

In dit artikel wordt de problematiek besproken die zich bij een erfpachtconversie kan voordoen, met name in het geval een in erfpacht uitgegeven perceel is gesplitst in appartementsrechten. Is hier nog een rol voor de Vereniging van Eigenaars (hierna: VvE) weggelegd?



mw. mr. I.M.B.
Balvert



mr. L. Benders

1. INLEIDING

Het recht van erfpacht kent al sinds de invoering van het erfpachtsysteem in de gemeente Amsterdam aan het einde van de negentiende eeuw een woelig bestaan.¹ Toch is het niet alleen kommer en kwel wat het recht van erfpacht betreft. Gemeenten en projectontwikkelaars hebben, door het intreden en aanhouden van de economische crisis, voor het realiseren van nieuwbouwprojecten in voorkomende gevallen hun toevlucht genomen tot de uitgifte in erfpacht. Door het recht van erfpacht als financieringsinstrument te gebruiken hoeft de koper de grond onder de woning niet gelijktijdig mee te financieren, maar betaalt daarvoor in de plaats een canon, die vergelijkbaar is met de rente bij een (hypothecaire) geldlening. Bovendien leent het recht van erfpacht zich voor meer exotische financieringsstructuren, waarbij verkoop regulerende bedingen in een goederenrechtelijk jasje worden gestoken.²

Vaak zijn deze financieringsinstrumenten erop gericht op enig moment het recht van erfpacht te converteren naar volle eigendom. Conversie van erfpacht zal daarmee ook in de toekomst relevant blijven. Naast het feit dat woningeigenaren vaak volle eigendom verkiezen boven een beperkt zakelijk recht³, brengt het beheren van een, al dan niet omvangrijke, erfpachtportefeuille voor gemeenten de nodige organisatorische uitdagingen en kosten met zich mee.

2. ERFPACHTCONVERSIE

2.1 Uitgangspunt bij conversie

Erfpachtconversie vindt plaats door levering van de bloot eigendom aan de erfpachter. Door vermenging, art. 3:81, lid 2, onderdeel e, BW, gaat het recht van erfpacht teniet en verkrijgt de voormalige erfpachter de volle eigendom van de grond. Eventueel op het recht van erfpacht rustende hypotheek en/of beslagen worden door de regel van art. 3:81, lid 3, BW beschermd in die zin dat vermenging niet ten nadele van eventuele beslagleggers en/of de hypotheekhouder mag gelden. Bij een appartementsrecht dat in erfpacht is uitgegeven kan conversie op dezelfde wijze plaatsvinden, namelijk door het

leveren van de bloot eigendom van het appartementsrecht aan de erfpachter.

2.2 Erfpacht gesplitst in appartementsrechten

Indien de erfpacht is gesplitst in appartementsrechten wordt de conversie gecompliceerder. Het recht van erfpacht komt immers niet aan elke appartementseigenaar direct toe, maar bevindt zich in de gemeenschappelijke gerechtigdheid waarin iedere appartementseigenaar zijn eigen aandeel heeft. Dit betekent dat alle appartementseigenaren samen één recht van erfpacht in handen hebben. Zoals hiervoor gemeld, kunnen in een situatie zonder splitsing in appartementsrechten de erfpachter en de grondeigenaar eenvoudig tot beëindiging van de erfpacht komen door de erfpachter in de gelegenheid te stellen de bloot eigendom te verwerven. De erfpacht gaat door vermenging teniet. Is er echter sprake van een erfpacht gesplitst in appartementsrechten dan is daarvoor de medewerking van alle appartementseigenaren vereist. Bedacht moet wel worden dat door vermenging niet alleen de erfpacht teniet gaat, maar dat ook de splitsing in appartementsrechten zal eindigen nu de appartementsrechten zijn ontstaan uit het beperkte recht (de erfpacht). Dit laatste is veelal niet wenselijk gezien het werk dat gemoeid is met een nieuwe splitsing van de volle eigendom (inclusief het vestigen van nieuwe hypotheekrechten).

Om toch tot een eventuele conversie van de erfpacht over te gaan en om te ontkomen aan een nieuwe splitsing van de volle eigendom met alle gevolgen van dien zijn er twee mogelijkheden, te weten (i) spiegelsplitsing en (ii) overdracht van de bloot eigendom aan de VvE. Deze reeds eerder in de literatuur beschreven⁴ mogelijkheden worden hierna nog eens tegen het licht gehouden.

2.3 Spiegelsplitsing

Het idee achter een zogenoemde spiegelsplitsing is dat tevens de bloot eigendom, of eigenlijk de volle eigendom belast met een recht van erfpacht, wordt gesplitst in appartementsrechten. De splitsing van de bloot eigendom is eensluidend aan de splitsing van het recht van erfpacht, waarbij in beginsel een gelijklopende splitsingstekening en -reglement worden

gehanteerd.⁵ Er bestaan alsdan twee parallelle splitsingen in appartementsrechten; de splitsing van de bloot eigendom (de appartementsrechten-bloot eigendom) en de splitsing van het recht van erfpacht (de appartementsrechten-erfpacht). De appartementsrechten-bloot eigendom kunnen dan afzonderlijk geleverd worden aan de appartementseigenaren van de appartementsrechten-erfpacht. Een appartementseigenaar is vervolgens eigenaar van zowel het appartementsrecht-bloot eigendom als het appartementsrecht-erfpacht. Echter, in tegenstelling tot de conversie van erfpacht bij grondgebonden woningen, treedt onzes inziens in deze situatie geen vermenging op.⁶

Hoe kan de appartementseigenaar van twee appartementsrechten dan toch één appartementsrecht in volle eigendom verkrijgen? Hiervoor zal het noodzakelijk zijn het recht van erfpacht op te zeggen (indien dat ingevolge de erfpachtvoorwaarden mogelijk is), dan wel afstand te doen van dit recht. Het appartementsrecht-erfpacht eindigt en daardoor wast het appartementsrecht-bloot eigendom aan tot volle eigendom.

De afstand of opzegging door slechts één of enkele appartementseigenaren van het recht van erfpacht is echter onvolgende. Wil het appartementsrecht-bloot eigendom aanwassen tot volle eigendom dan is daarvoor noodzakelijk dat de gehele erfpacht (en daarmee de splitsing in appartementsrechten van de erfpacht) eindigt. Een en ander kan slechts worden bewerkstelligd door de medewerking van alle appartementseigenaren. Zolang deze vereiste unanimiteit uitblijft, waarbij men zich dient te realiseren dat deze situatie zich jaren achtereen kan voortzetten, bestaan er twee appartementssplitsingen naast elkaar. Iedere eigenaar blijft eigenaar van twee appartementsrechten en er bestaan twee VvE's waarvan de appartementseigenaren lid zijn. Vanuit consumentenperspectief kan dit leiden tot vragen en mogelijk verwarrend zijn, ondanks het feit dat de kadastrale registratie er wel op is ingericht om de spiegelsplitsing zo duidelijk mogelijk te verwerken; in de registratie wordt de vermelding van twee splitsingen gehandhaafd⁷. In de praktijk is geconstateerd dat goede en transparante communicatie met de erfpachters zeer van belang is.⁸

Aandachtspunt bij de spiegelsplitsing is voorts de positie van een eventuele hypotheekhouder met een hypotheekrecht rustend op het appartementsrecht-erfpacht. Indien door (gezamenlijke) afstand van het recht van erfpacht de splitsing in appartementsrechten van de erfpacht ophoudt te bestaan, is in de literatuur reeds een discussie gevoerd over de positie van de hypotheekhouder van het hypotheekrecht rustend op het appartementsrecht-erfpacht. Het is lang niet zeker dat de bescherming die art. 3:81, lid 3, BW biedt tegen afstand en vermenging ook hier de hypotheekhouder redt.⁹ Daarom wordt ook wel gepleit voor het analoog toepassen van deze beschermingsregel.¹⁰ Een hypotheekhouder doet er goed aan om deze onzekerheid weg te nemen en een hypothecair bijverband te verlangen op het appartementsrecht-bloot eigendom, dan wel een nieuw hypotheekrecht op het ontstane appartementsrecht in volle eigendom. Overigens zal een hypotheekhouder – indien men aanneemt dat de bescherming van art. 3:81, lid 3, BW wel werkt – ook dan een hypothecaire zekerheid op het appartementsrecht in volle eigendom wenselijker achten. De bescherming die het artikel biedt heeft tot gevolg dat bij uitwinning door de hypotheekhouder het recht van erfpacht als het ware herleeft. De hypotheekhouder kan dan een recht van

erfpacht uitwinnen waarvan de appartementseigenaar bloot eigenaar is. Aldus is de erfpacht 'verschoven' van gemeentelijk naar een particuliere variant. Over de mogelijke problemen door deze verschuiving hieronder meer.

Bovenstaande punten komen naar voren bij nadere beschouwing van de spiegelsplitsing en kunnen een rol spelen bij de overwegingen van een appartementseigenaar om mee te willen werken aan de mogelijkheid van erfpachtconversie middels spiegelsplitsing.

2.4 Overdracht bloot eigendom aan VvE

Een alternatief voor gemeenten die de erfpachtportefeuille willen verkleinen dan wel geheel afstoten, is het overdragen van de bloot eigendom aan de VvE. De VvE gaat dan als het ware als 'trustee' (bewaarder) van de bloot eigendom optreden voor de appartementseigenaren.¹¹ Voordeel van deze structuur is dat de appartementseigenaren gezamenlijk, middels de VvE, zijn gerechtigd tot het recht van erfpacht en daarmee de voorwaarden kunnen bepalen.

Op grond van art. 42, lid 4, Modelreglement 2006¹² is het mogelijk dat de VvE een registergoed verkrijgt. Hiervoor is geen unanimiteit van de appartementseigenaren vereist; er kan worden volstaan met een besluit genomen met volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen. Op die manier wordt de VvE de erfverpachter van de grond. Deze constructie is minder complex dan het inrichten van een spiegelsplitsing, maar bij nadere beschouwing kunnen er ook kanttekeningen worden geplaatst.

Let wel, conversie van de erfpacht treedt in deze situatie niet op. De vraag of er al dan niet sprake zou kunnen zijn van vermenging is hier irrelevant, aangezien de VvE als rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging de grond in eigendom heeft, belast met een recht van erfpacht ten behoeve van de appartementseigenaren. Een minder tijdrovend proces, maar wel een proces met een andere uitkomst hetgeen als een nadeel kan worden ervaren.

Een belangrijke consequentie van deze weg is voorts dat de aard van het recht van erfpacht verschiet van 'gemeentelijke' erfpacht naar 'particuliere' erfpacht. Aan de financiering van particuliere erfpachtrechten zijn strenge(re) criteria gesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken. Een eventueel na de overdracht van de bloot eigendom aan de VvE tot stand gekomen verkoop van een appartementsrecht kan daardoor worden bemoeilijkt. Het is daarom essentieel dat bij de overdracht van de bloot eigendom wordt bepaald dat de VvE zich onherroepelijk verplicht bij de uitoefening van zijn rechten en verplichtingen uit hoofde van de erfpacht om het geldende beleid van de gemeente (of andere overheidsinstantie) volledig en zonder uitzondering te blijven handhaven.

Ook hier geldt dat de aandachtspunten opkomend bij nadere beschouwing van de overdracht van de bloot eigendom aan de VvE een rol kunnen spelen bij de kans van slagen van deze tweede mogelijkheid tot (semi-)erfpachtconversie.

3. OVERDRACHTSBELASTING

Tot slot kort een aantal aandachtspunten voor wat betreft de fiscale gevolgen van (semi-) erfpachtconversie met het oog op de heffing van overdrachtsbelasting.

Iedere verkrijging van juridische en/of economische eigendom van een in Nederland gelegen onroerende zaak is op grond van de Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 (hierna: WBR) in beginsel onderworpen aan de heffing van overdrachtsbelasting. Zo ook de verkrijging van een eigendomsrecht belast met een recht van erfpacht. De overdrachtsbelasting wordt geheven over de waarde van de onroerende zaak of de hogere tegenprestatie. Bij de verkrijging van bloot eigendom geldt evenwel de regel van art. 11, lid 2, WBR, op grond waarvan de waarde van de onroerende zaak wordt verminderd met – in erfpachtsituaties – de waarde van de canon. De waarde van de canon dient te worden berekend conform het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer en de daarbij behorende tabellen. Naarmate de waarde van de canon hoger is, bijvoorbeeld omdat het recht van erfpacht nog een lange looptijd heeft, is de fiscale waarde van de bloot eigendom en daarmee de heffingsmaatstaf voor de overdrachtsbelasting lager. Bij 'oude' tijdelijke erfpachtrechten of wanneer de canon relatief laag is, kan de overdrachtsbelastingheffing nog wel eens tegenvallen. Zoals blijkt uit het vorenstaande, en evenals bij een erfpachtconversie bij grondgebonden woningen, zal ook een appartementseigenaar die na een spiegelsplitsing een appartementsrecht-bloot eigendom verwerft in beginsel overdrachtsbelasting worden verschuldigd. De vraag is of zich bij de latere afstand van het recht van erfpacht door de appartementseigenaar een nieuw belastbaar feit voordoet op grond van art. 6, lid 1, WBR.¹³ Er zijn goede argumenten aan te voeren waarom deze afstand buiten de heffing behoort te blijven. Immers, het genotsrecht van de appartementseigenaar wijzigt door de afstand niet, terwijl het doel van art. 6, lid 1, WBR juist is om een genotsvermeerdering bij de bloot eigenaar te belasten.¹⁴ Zonder genotsvermeerdering, ook geen heffing. We kunnen ons echter voorstellen dat men dit zekerheidshalve met de fiscus wil afstemmen.

Indien de bloot eigendom niet wordt verkregen door de appartementseigenaren, maar door de VvE is deze laatste overdrachtsbelasting verschuldigd. Voor een verkrijging door de VvE is, zoals eerder gezegd, een meerderheidsbesluit vereist; niettemin zullen alle VvE-leden naar rato moeten meebetalen aan de kosten voor een dergelijke verwerving. Zo kan het dus voorkomen dat appartementseigenaren niet alleen tegen de eigen wil worden geconfronteerd met een nieuwe erfverpachter in de zin van de eigen VvE, maar daar ook de lasten van moeten dragen.

4. CONCLUSIES

Erfpachtconversie kan aantrekkelijk zijn. Gevoelsmatig wordt volle eigendom boven erfpacht geprefereerd. Conversie kan dan leiden tot een betere verkoopbaarheid. Daarnaast kan conversie financieel gunstiger zijn in het licht van een aanstaande herziening van de erfpacht.¹⁵

Voor een gemeente als erfverpachter zijn er eveneens voordelen te behalen bij het omzetten van erfpacht naar volle eigendom voor de erfpachter. Op de eerste plaats vallen voor de

gemeente de administratieve lasten weg die het beheer van een – al dan niet omvangrijke – erfpachtportefeuille met zich meebrengt, terwijl bij verkoop van de bloot eigendom mogelijk juist een (incidenteel) financieel voordeel valt te behalen. Zo werd in de gemeente Rotterdam de verkoopopbrengst van de bloot eigendom geschat op circa € 124 miljoen. Daarnaast vermindert bij gemeenten het risico van waardedaling van de grond. Gedurende de economische crisis werd duidelijk dat de afwaardering van grondwaarde voor gemeenten tot grote financiële nadelen kan leiden. In de jaren 2010 en 2011 lagen de verliezen op bijna € 2,4 miljard respectievelijk € 2 miljard.¹⁶ Daartegenover staat dan wel dat de gemeente niet langer via de erfpachtvoorwaarden invloed kan uitoefenen op het gebruik.

Zowel gemeente als erfpachter kan er daarom belang bij hebben de erfpachtrelatie te beëindigen en over te gaan tot het omzetten naar volle eigendom. Waar het voordeel van de gemeente kan worden vastgesteld in cijfers / geld, ligt dit voor de erfpachter minder voor de hand. Zijn directe voordeel is immers lastig in harde cijfers uit te drukken.

Bij een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht is conversie niet eenvoudig. Kiest men voor de methode van spiegelsplitsing dan is unanimititeit van alle appartementseigenaren een vereiste voor een succesvolle conversie naar volle eigendom. Duidelijke en transparante communicatie is daarbij essentieel, aan een onbegrijpelijke structuur zal immers geen medewerking worden verleend. De overdracht van de bloot eigendom aan de VvE is wellicht een snellere optie voor de gemeente om de eigendom te vervreemden; voor de appartementseigenaren ontstaat een situatie die zich nog lang kan voortzetten. Derhalve is ook in die variant duidelijke en transparante communicatie essentieel voor de kans van slagen. Erfpachtconversie bij een in appartementsrechten gesplitst recht van erfpacht is aldus een uitdaging voor alle betrokkenen.

Isabelle Balvert is als vastgoednotaris werkzaam in de praktijkgroep Real Estate & Construction van CMS en gespecialiseerd in commercieel vastgoed; transacties en het financieren daarvan alsmede het vestigen van zakelijke rechten.

Lars Benders is als kandidaat-notaris werkzaam in de praktijkgroep Real Estate & Construction van CMS.

- 1 Zie ter illustratie een greep uit de volgende krantenberichten: 'Erfpacht, de nieuwe woekerpolis' in *Leeuwarder Courant*, 26 september 2014, 'Gegijzeld door de gemeente' in *AD/Haagse Courant*, 9 augustus 2014, 'De stad was van iedereen' in *Het Parool*, 26 april 2014, 'Erfpachtgrond: een wankel basis' in *Algemeen Dagblad*, 1 december 1993.
- 2 In dit kader kan ter illustratie worden gewezen op de Koopgarantregeling, zoals nader toegelicht in: F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, dissertatie, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2013, hoofdstuk II.5.
- 3 Rapport 'Ervaringen met erfpacht', 5 maart 2013 in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, hoofdstuk 5.
- 4 Zie Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/384, A.A. Van Velten, antwoord rechtsvraag in *WPNR* 1995/6204, W. Louwman, *JBN* 2004/64, L.C.A. Verstappen, Rechtsvragenrubriek in *WPNR* 2012/ 6915.
- 5 Zie W. Louwman, 'Inschrijving in de kadastrale registratie van afkoop van in appartementsrechten gesplitste erfpacht' in *JBN* 2004/64; voor zover wordt aangesloten bij de bestaande splitsing is voldoende dat

- in de notariële akte van splitsing wordt verwezen naar de eerder ingeschreven splitsingstekening en kunnen de voorwaarden van de eerdere splitsing van overeenkomstige toepassing worden verklaard.
- 6 W.G. Huijgen, 'Erfpachtconversie bij appartementen en de rechtsgevolgen daarvan voor de betrokken lasten en beperkingen' in WPNR 2010/6859; in gelijke zin W. Louwman, JBN 2004/64 en L.C.A. Verstappen, Rechtsvragenrubriek in WPNR 6915 (2012). Zie anders: Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/384 en V. Tweehuysen, 'Reactie In appartementsrechten gesplitste erfpacht' in WPNR 2011/6960, p. 488.
 - 7 W. Louwman, JBN 2004/64.
 - 8 Rapport 'Ervaringen met erfpacht', 5 maart 2013 in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (over de effecten van beleidswijzigingen zoals conversie).
 - 9 W.G.Huijgen, WPNR 2010/6859, p. 742-743.
 - 10 Zoals door Tweehuysen wel verdedigd, V. Tweehuysen, WPNR 2011/6960, p. 489-490.
 - 11 Zie Van Velten in: Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/384 en in hoofdstuk 10.23 van diens *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Ars Notariatus, vijfde druk, Wolters Kluwer, Deventer 2015.
 - 12 Eenzelfde bepaling komt voor in de Modelreglementen van 1973, 1983 en 1992.
 - 13 Ook al spreekt art. 6, lid 2, WBR slechts over 'opzegging', volgens de Memorie van Toelichting (MvT) blijkt dat onder opzegging tevens afstand van een beperkt recht dient te worden begrepen; Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW (negende gedeelte), 19 527, nr. 1-3, V-N 1986/1323, onderdeel 7.
 - 14 Kamerstukken II, 1970-1971, 10 560, nr. 3, hoofdstuk II.
 - 15 Rapport 'Ervaringen met erfpacht', 5 maart 2013 in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, p. 31 e.v.
 - 16 Zie de Deloitte Real Estate Advisory rapporten 'Financiële effecten crisis bij gemeentelijke grondbedrijven. Update 2011' resp. 'Financiële effecten crisis bij gemeentelijke grondbedrijven. Actualisatie 2012'.