Gemeente Amsterdam

Ondererfpacht

Kabinet; *concept 12 juni 2015*

Aan Bestuurlijk Team Vernieuwing Erfpachtstelsel: Wethouder Van der Burg (Grondzaken), wethouder Ivens (Bouwen en Wonen), wethouder Kock (Financiën)

Van Projectteam VES (Werkgroep Algemene Bepalingen)

Gevraagde beslissing

1. Kennis te nemen van de wijze waarop ondererfpacht in de wet geregeld is.
2. Kennis te nemen van de mogelijkheden tot ondererfpacht in het huidige erfpachtstelsel.
3. Kennis te nemen van de rol van ondererfpacht bij het Havenbedrijf Amsterdam en de Koopgarantregeling.
4. Kennis te nemen van overige situaties waarin ondererfpacht van belang kan zijn.
5. In te stemmen met het voorstel om ondererfpacht niet geheel uit te sluiten, maar hiertoe mogelijkheid te bieden in door de gemeente te bepalen gevallen.

Korte toelichting/samenvatting

In het Startdocument Vernieuwing Erfpacht Stelsel is opgenomen dat bepalingen worden opgenomen om te voorkomen/uit te sluiten dat particulier voortdurende erfpacht op gemeentelijke eeuwigdurende erfpacht wordt gevestigd. Particuliere erfpacht is een probleem op de Amsterdamse woningmarkt. Banken hebben particuliere erfverpachters als onbetrouwbaar betiteld waardoor de financiering van woningen op particuliere erfpacht moeizaam verloopt. Om dit probleem op te lossen heeft de gemeente de afgelopen jaren grond van particuliere erfverpachters aangekocht en vervolgens de algemene bepalingen van de gemeente van toepassing verklaard.
Het is van belang te voorkomen dat op eeuwigdurende erfpacht van de gemeente door middel van ondererfpacht voortdurende particuliere erfpacht wordt gevestigd.

De enige uitzondering in het Startdocument op het uitgangspunt dat ondererfpacht in het nieuwe stelsel niet mogelijk is, is de Haven Amsterdam. Daar was de mogelijkheid om in ondererfpacht uit te geven een expliciete bestuurlijke keuze. In het BT van 21 mei 2015 is voorgesteld om de mogelijkheid van ondererfpacht ook voor bepaalde andere situaties mogelijk te maken. Hier heeft het BT terughoudend op gereageerd omdat de vrees bestaat dat als sprake is van eeuwigdurende ondererfpacht, de gemeente voor eeuwig gebonden is de ondererfpacht. In dat verband deed zich tevens de vraag voor of voor de Haven Amsterdam en voor Koopgarant (waarbij ook gebruik wordt gemaakt van ondererfpacht) niet teruggekomen kan worden op de mogelijkheid van ondererfpacht.

In deze notitie wordt uiteengezet op welke wijze ondererfpacht in de wet geregeld is en welke mogelijkheden het huidige stelsel biedt met betrekking tot ondererfpacht. Tevens wordt nader toegelicht waarom de figuur van ondererfpacht van essentieel belang is bij de Haven Amsterdam en bij de Koopgarantregeling. Ten slotte wordt toegelicht waarom ondererfpacht ook in andere gevallen essentieel kan zijn, bijvoorbeeld in het geval van zonnepanelen.

Ad. 1 De wijze waarop ondererfpacht in de wet geregeld is

Artikel 5:93 BW biedt de erfpachter de mogelijkheid om de zaak geheel of ten dele in ondererfpacht uit te geven. Deze mogelijkheid kan echter in de akte van vestiging worden uitgesloten. De wet bepaalt tevens dat aan de ondererfpachter niet meer bevoegdheden kunnen toekomen dan aan de hoofderfpachter. Aan de ondererfpachter kunnen wel minder bevoegdheden toekomen dan aan de hoofderfpachter.
Voorts bepaalt de wet kort gezegd dat de grondeigenaar in beginsel niet is gebonden aan de ondererfpacht, omdat de ondererfpacht in beginsel teniet gaat bij het eindigen van de hoofderfpacht. Dit is slechts anders indien de hoofderfpacht eindigt door afstand of door vermenging of wanneer de grondeigenaar bij een in de openbare registers ingeschreven notariële akte heeft verklaard met de vestiging van de ondererfpacht in te stemmen.

Er bestaat verschil tussen het instemmen van de grondeigenaar met het vestigen van de ondererfpacht (zoals vermeld in art. 5:93 BW) en het verlenen van toestemming door de grondeigenaar voor het vestigen van de ondererfpacht. Wanneer de gemeente toestemming verleent voor het vestigen van ondererfpacht, maar *niet* in een notariële akte verklaart met de ondererfpacht in te stemmen zal de gemeente niet gebonden zijn aan de ondererfpacht. Dit betekent dat in de algemene bepalingen c.q. de vestigingsakte opgenomen kan worden dat ondererfpacht niet mogelijk is zonder toestemming van de grondeigenaar. Op deze manier kan wel invloed worden uitgeoefend op het vestigen van ondererfpacht, maar is de grondeigenaar evengoed niet gebonden aan de ondererfpacht als de hoofderfpacht eindigt, behoudens in situaties waarin de erfpacht wordt beëindigd door afstand of vermenging.
Afstand van een erfpachtrecht is echter een tweezijdige rechtshandeling tussen de gemeente en de erfpachter. De afstand moet door de gemeente worden aanvaard. Voor het laten eindigen van de erfpacht door middel van afstand is dus een actieve handeling van de gemeente nodig. Wanneer een dergelijke situatie zich voordoet, zal altijd beoordeeld moeten worden wat de gevolgen van de afstand van erfpacht zijn.
Vermenging vindt plaats wanneer het erfpachtrecht in handen van de gemeente komt (wanneer de gemeente het dus verwerft). De gemeente is dan zowel erfpachter als bloot eigenaar van de grond waardoor het erfpachtrecht door vermenging teniet gaat en de gemeente vol eigenaar van de grond is. Ook voor vermenging is dus een actieve handeling van de gemeente nodig en ook in deze situatie zal altijd beoordeeld moeten worden wat de gevolgen van de vermenging zijn.
Voor zowel afstand als vermenging is dus een actieve handeling van de gemeente nodig waardoor de risico's met betrekking tot de ondererfpacht gering zijn. Alleen wanneer de gemeente in een rechterlijk vonnis wordt veroordeeld om mee te werken aan afstand of vermenging, bestaat het risico dat de gemeente buiten haar wil om wordt geconfronteerd met de ondererfpacht.

Wanneer het eindigen van de hoofderfpacht niet tot gevolg heeft dat de ondererfpacht teniet gaat gebeurt het volgende:

- Het hoofderfpachtrecht verdwijnt en het enige erfpachtrecht dat nog op de onroerende zaak rust is het ondererfpachtrecht. De voorwaarden van het ondererfpachtrecht blijven gelden.
- De ondererfpachter komt in relatie tot de gemeente te staan als erfpachter. De ondererfpachter neemt dus als het ware de positie van de hoofderfpachter in.

Het is dus niet zo dat de ondererfpachter het erfpachtrecht en bijbehorende voorwaarden van de hoofderfpachter overneemt. Hij houdt zijn 'eigen' erfpachtrecht met bijbehorende voorwaarden.

Ad. 2 De mogelijkheden tot ondererfpacht in het huidige erfpachtstelsel.

In het huidige erfpachtstelsel wordt niets geregeld over ondererfpacht (wellicht behoudens een enkele uitzondering waarin de mogelijkheid van ondererfpacht wordt uitgesloten in de bijzondere bepalingen van de erfpacht). De mogelijkheid tot het vestigen van ondererfpacht wordt niet uitgesloten in de algemene bepalingen en er hoeft ook geen toestemming van de gemeente voor te worden gevraagd. Dit betekent dat een erfpachter op grond van de wet zonder medewerking van de gemeente ondererfpacht kan vestigen. Dit betekent echter ook dat de gemeente niet geconfronteerd wordt met de ondererfpacht indien de hoofderfpacht eindigt (behoudens in situaties van beëindiging van de hoofderfpacht als gevolg van afstand of vermenging). Voor het vestigen van ondererfpacht is in het huidige stelsel dus alleen de medewerking van de erfpachter en de ondererfpachter nodig.

Omdat in het huidige stelsel ondererfpacht mogelijk is zonder toestemming van de gemeente, zullen erfpachters hier gebruik van hebben gemaakt. Wanneer deze erfpachters willen overstappen naar het eeuwigdurende stelsel, staat de reeds gevestigde ondererfpacht hier aan in de weg indien ondererfpacht in het eeuwigdurende stelsel niet toegestaan is. Omdat geen toestemming aan de gemeente hoeft te worden gevraagd, is niet bekend in hoeveel gevallen erfpachters ondererfpacht hebben gevestigd.

Ad. 3 De rol van ondererfpacht bij het Havenbedrijf Amsterdam en de Koopgarantregeling.

1. *De Haven Amsterdam*

Bij de verzelfstandiging van de Haven is gekozen voor de volgende constructie:

- De gemeente Amsterdam is eigenaar van de grond (bloot eigenaar)
- Het Havenbedrijf Amsterdam N.V. is erfpachter van de gemeente Amsterdam
- Het Havenbedrijf Amsterdam N.V. geeft de onroerende zaak in tijdelijke ondererfpacht uit aan haar ondernemers. De gemeente Amsterdam stemt in met de vestiging van ondererfpacht door middel van een verklaring in een in de openbare registers ingeschreven notariële akte.

De figuur van ondererfpacht speelt dus een essentiële rol in de huidige constructie van de zelfstandige Haven Amsterdam. Op grond daarvan is het dus niet mogelijk in het geval van de Haven ondererfpacht uit te sluiten. Daarom is in het Startdocument ook opgenomen dat voor de Haven Amsterdam een uitzondering zal worden gemaakt wat betreft ondererfpacht.

2. *De Koopgarantregeling*

Ook bij de Koopgarantregeling bij woningcorporaties is de mogelijkheid tot ondererfpacht zeer wenselijk zo niet noodzakelijk. De Koopgarantregeling houdt in situaties waarin de gemeente de grond/het appartementsrecht in erfpacht heeft uitgegeven het volgende in:

- Een woningcorporatie verkoopt en levert woningen voor zelfbewoning aan natuurlijke personen in de vorm van ondererfpacht.
- Op het hoofderfpachtrecht tussen de gemeente en de woningcorporatie worden de AB 2000 voor voortdurende erfpacht van toepassing verklaard (in plaats van de Algemene Bepalingen voor woningcorporaties). De bestemming van het hoofderfpachtrecht wijzigt van 'sociale huurwoning' naar 'koopgarantwoning' (onder opschortende voorwaarde van de vestiging van de ondererfpacht). Hiervoor wordt een eenmalige vergoeding van € 4.500,- betaald (dit is de helft van de eenmalige vergoeding die wordt betaald bij wijziging van de bestemming 'sociale huurwoning' naar 'koopwoning' onder het convenant splitsen en verkoop sociale huurwoningen 2011-2020).
- De gemeente stemt in met de vestiging van ondererfpacht (door middel van een verklaring in een in de openbare registers ingeschreven notariële akte).

- De koper is verplicht de woning bij voorgenomen vervreemding te koop aan te bieden aan de woningcorporatie. De woningcorporatie garandeert de terugkoop van de woning.
- Het risico van stijging of daling van de marktwaarde van de woning wordt tussen de koper en de woningcorporatie gedeeld. Er worden regelingen getroffen omtrent de kwaliteit en het onderhoud van de woningen op lange termijn.

Doordat bij toepassing van de Koopgarantregeling de AB 2000 van toepassing worden op het hoofderfpachtrecht, komen deze rechten in beginsel ook in aanmerking voor de overstap naar eeuwigdurende erfpacht. Wanneer de AB 2015 voor eeuwigdurende erfpacht de mogelijkheid van ondererfpacht zou uitsluiten, wordt de Koopgarantregeling buiten spel gezet in het eeuwigdurende erfpachtstelsel. Dit zou betekenen dat voor toepassing van de Koopgarantregeling, de AB 2000 moeten worden toegepast in plaats van de AB 2015. Deze AB 2000 rechten kunnen vervolgens niet overstappen naar het eeuwigdurende stelsel van de AB 2015.

Ad. 4 Overige situaties waarin ondererfpacht wenselijk kan zijn

Er kunnen zich ook andere situaties voordoen waarin ondererfpacht wenselijk kan zijn voor zowel de gemeente als de erfpachter. Op dit moment doet deze situatie zich voor met betrekking tot zonnepanelen.

De gemeenteraad heeft in juni 2013 de '*Zonvisie Amsterdam; burgers en bedrijven gaan voor de zon!*' (hierna: Zonvisie) vastgesteld. Hierin zijn alle doelstelling opgenomen met betrekking tot het plaatsen van zonnepanelen en het opwekken van zonnestroom. In de zonvisie is opgenomen hoe de gemeente burgers en bedrijven in staat wil stellen om hun eigen zonne-energieproject te realiseren.

Naar aanleiding van de 'Zonvisie' wordt Grond en Ontwikkeling regelmatig (zowel van binnen de gemeente als daarbuiten) benaderd in verband met het plaatsen van zonnepanelen op percelen die reeds in erfpacht zijn uitgegeven. Daarbij wordt (op aandringen van de fiscus dan wel de financier of in verband met subsidies) verzocht om voor het plaatsen van de zonnepanelen een opstalrecht te vestigen waardoor de eigendom van de zonnepanelen wordt veilig gesteld. Het vestigen van een opstalrecht wanneer een perceel reeds in erfpacht is uitgegeven is echter een juridisch complexe, kostbare en tijdrovende aangelegenheid waarbij de medewerking van zowel de opstaller, de erfpachter, de eventuele hypotheekhouder(s) als de gemeente vereist is.

Enige tijd geleden bleek echter dat het vestigen van een ondererfpachtrecht wellicht een oplossing kan bieden voor het plaatsen van zonnepanelen op percelen die reeds in erfpacht zijn uitgegeven. Zoals voorgaand vermeld is het vestigen van ondererfpacht onder het huidige stelsel mogelijk zonder medewerking van de gemeente. Wanneer de gemeente in het nieuwe stelsel de mogelijkheid tot het vestigen van ondererfpacht uitsluit, zal altijd moeten worden teruggevallen op de complexe weg van het vestigen van opstalrechten. Gezien de grote hoeveelheid erfpachtrechten in Amsterdam, is niet ondenkbaar dat dit de doelstellingen van de 'Zonvisie' in de weg staat.

Collegebesluit van 26 mei 2015 inzake "Opstalrecht in relatie tot zonne-energiesystemen op daken"

Naar aanleiding van de 'Zonvisie' zijn er aardig wat initiatieven gestart voor het vestigen van zonnepanelen. Hierdoor is ook buiten de gemeente duidelijk geworden dat het vestigen van een opstalrecht op een perceel dat reeds in erfpacht is uitgegeven heel wat voeten in de aarde heeft. Op 26 mei 2015 is aan het college een vereenvoudigde werkwijze voorgelegd voor het vestigen van opstalrechten voor wat betreft de voorwaarden die daar aan worden verbonden.
Eén van deze voorwaarden luidt als volgt:

"a. Een opstalrecht wordt alleen gebruikt wanneer een huurovereenkomst of ondererfpacht niet het gewenste resultaat geeft nl. voldoende mate van zekerheid over het eigendomsrecht. Het vestigen van een opstalrecht moet nodig zijn om de eigendom van dak en zonnepaneel van elkaar gescheiden te houden, bijvoorbeeld in verband met aansprakelijkheid, financiering, fiscale regelingen en/of subsidies"

In de toelichting op dit beslispunt is het volgende opgenomen:

"Ad. a Noodzakelijkheid
Voorkomen dient te worden dat de vraag om een opstalrecht bij erfpacht een reflex wordt, juist omdat het vestigen een arbeidsintensieve (notaris, kadaster en gemeente) en dus kostbare klus is. Het erfpachtrecht moet, kort samengevat, via de notaris gedeeltelijk plaats maken voor het opstalrecht en bij het kadaster worden ingeschreven. Andere alternatieven, zoals een huurovereenkomst of ondererfpacht, zijn vaak goedkoper en sneller. Deze alternatieven gaan buiten de gemeente, in haar hoedanigheid van eigenaar van de grond, om. Als deze alternatieve overeenkomsten niet voldoende zekerheid geven bijv. voor de Rijksbelastingdienst of een externe financierder dan werkt de gemeente in principe mee aan een opstalrecht.

Uitleg "ondererfpacht"
Bij ondererfpacht geeft de erfpachter zelf een deel van zijn erfpacht uit. Dit kan ook betrekking hebben op een dak (de zogenaamde 'erfpacht op hoogte'); hoewel de praktijk hier tot nu toe niet veel gebruik van maakt. Dit ondererfpachtrecht heeft dezelfde eigenschappen als erfpacht: er kan een hypotheek op worden gevestigd en het is overdraagbaar. Omdat het afkomstig is van het erfpacht gaat het ook teniet als de erfpacht eindigt. Alle huidige algemene voorwaarden verbieden de vestiging van ondererfpacht niet. De toestemming van de gemeente, als eigenaar van de grond, is niet nodig omdat het geheel buiten de eigenaar om gaat. Bij het project "Vernieuwing Erfpacht Stelsel" is wel het voornemen om ondererfpacht slechts mogelijk te maken na verkregen toestemming van de gemeente."

In de laatste zin is per abuis opgenomen dat binnen het project "Vernieuwing Erfpacht Stelsel" het voornemen bestaat om ondererfpacht slechts mogelijk te maken na verkregen toestemming van de gemeente, terwijl dit pas in het Bestuurlijk Team van 21 mei 2015 aan u is voorgelegd en hier nog geen definitieve beslissing over is genomen.

Door middel van deze notitie wordt het onderwerp ondererfpacht alsnog aan u voorgelegd. Indien u besluit dat ondererfpacht in het nieuwe stelsel niet wenselijk is voor het vestigen van zonnepanelen, dan zal het college moeten worden voorgelegd om het collegebesluit van 26 mei jl. op dit punt aan te passen.

Ad. 5 Het voorstel om ondererfpacht niet geheel uit te sluiten, maar hiertoe mogelijkheid te bieden in door de gemeente te bepalen gevallen
Met betrekking tot de vrees dat de gemeente voor eeuwig aan de ondererfpacht gebonden is bij het eindigen van de hoofderfpacht, wordt samenvattend het volgende opgemerkt.
Of de gemeente gebonden is aan de ondererfpacht als de hoofderfpacht eindigt hangt af van:

- De wijze van beëindiging van de hoofderfpacht: Bij het eindigen van de hoofderfpacht door afstand en vermenging gaat de ondererfpacht niet teniet. Bij beide wijzen van beëindiging heeft de gemeente echter een actieve rol en zal beoordeeld worden wat de gevolgen zijn van het eindigen van de hoofderfpacht. Alleen wanneer de gemeente in een

rechterlijk vonnis wordt veroordeeld om mee te werken aan afstand of vermenging bestaat het risico dat de gemeente wordt geconfronteerd met de ondererfpacht.
- De vraag of de gemeente in een in de openbare registers ingeschreven notariële akte heeft verklaard in te stemmen met de ondererfpacht: Indien de gemeente besluit in te stemmen met de ondererfpacht, moet op dat moment beoordeeld worden wat de gevolgen hiervan zijn indien de hoofderfpacht in de toekomst zal eindigen.

Daarnaast bepaalt de wet dat aan de ondererfpachter niet meer bevoegdheden toe kunnen komen dan de hoofderfpachter heeft jegens de gemeente.
De gemeente heeft dus zowel bij het vestigen van de ondererfpacht als bij het beëindigen van de hoofderfpacht over het algemeen een behoorlijke invloed en voldoende mogelijkheden om te bepalen of de gemeente in een relatie tot de ondererfpachter komt te staan die onwenselijk is.

Naar aanleiding van het voorgaande wordt geadviseerd om de mogelijkheid tot het vestigen van ondererfpacht niet volledig uit te sluiten en dit in bepaalde gevallen toe te staan. Op die manier kan worden voorkomen dat ondererfpacht wordt gebruikt voor het vestigen van particuliere erfpachtrechten op eeuwigdurende gemeentelijke erfpacht. Tegelijkertijd blijft op die manier ondererfpacht een mogelijkheid in gevallen waarin dit wenselijk/noodzakelijk is.

Geadviseerd wordt om het volgende artikel op te nemen in de AB 2015:

Artikel @ Ondererfpacht
Het is de erfpachter niet toegestaan de zaak waarop het erfpachtrecht rust geheel of gedeeltelijk in ondererfpacht te geven, behoudens in door de gemeente te bepalen gevallen.

In aanvullend beleid wordt vervolgens vastgelegd in welke gevallen toestemming voor het vestigen van ondererfpacht wordt verleend en in welke gevallen de gemeente in een notariële akte instemt met de vestiging van ondererfpacht. Dit beleid kan worden aangepast aan ontwikkelingen in de maatschappij die leiden tot nieuwe situaties waarin ondererfpacht wenselijk/noodzakelijk is.