Gemeente Amsterdam

Verhouding Algemene Bepalingen, bijzondere bepalingen en gemeentelijk beleid

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

Van Werkgroep Algemene Bepalingen VES

Gevraagde beslissing

1. Kennis te nemen van het onderscheid tussen algemene bepalingen, bijzondere bepalingen en gemeentelijk beleid en hoe deze onderdelen zich tot elkaar verhouden.
2. I. Kennis te nemen van de criteria waar de algemene bepalingen en het aanvullend beleid aan moeten voldoen.
   II. In te stemmen met het opnemen van enkele uitgangspunten van het nieuwe stelsel in bijzondere bepalingen van individuele erfpachtrechten met het oog op zekerheid voor de erfpachter en flexibiliteit voor de gemeente. Indien het BT hier mee instemt zal dit worden voorgelegd aan het college in het besluit tot vrijgave inspraak algemene bepalingen.
3. In te stemmen met de verdeling van regelingen in de AB's, bijzondere bepalingen en beleid.

Korte toelichting/samenvatting

Een erfpachtrecht bestaat uit de toepasselijke algemene bepalingen en bijzondere bepalingen. In de algemene bepalingen zijn bepalingen opgenomen die de gemeente standaard van toepassing verklaart op door haar uitgegeven erfpachtrechten. De bijzondere bepalingen hebben betrekking op de specifieke situatie van één erfpachtrecht. Daarnaast stelt de gemeente beleid op waarin wordt vastgelegd op welke wijze wordt gehandeld in bepaalde situaties. In het beleid wordt nader invulling gegeven aan die elementen uit de algemene bepalingen, die niet uitputtend in de algemene bepalingen zelf zijn uitgewerkt. Dit beleid mag overigens nooit strijdig zijn met de toepasselijke algemene en bijzondere bepalingen. Beleid is immers een uitwerking van de erfpachtvoorwaarden. De voorwaarden die de gemeente en de erfpachter zijn overeengekomen, kunnen niet door beleid aan de kant geschoven worden. In deze notitie wordt uiteengezet wat het verschil is tussen algemene bepalingen, bijzondere bepalingen en gemeentelijk beleid. Tevens wordt toegelicht hoe deze onderdelen zich tot elkaar verhouden. Voor een goed begrip van de functie van de verschillende onderdelen worden eerst de kenmerken van een erfpachtrecht nog eens toegelicht.

Ad. 1 Het onderscheid tussen algemene bepalingen, bijzondere bepalingen en gemeentelijk beleid en hoe deze onderdelen zich tot elkaar verhouden

Kenmerken van een erfpachtrecht

Voor een goed begrip is het van belang om eerst nog even de kenmerken van een erfpachtrecht uiteen te zetten. Erfpacht is een beperkt zakelijk recht. De erfpachter heeft het recht om de grond (en de opstallen) van een ander te gebruiken "als ware hij eigenaar". De erfpachter is echter geen eigenaar, vandaar de term "beperkt recht".
Dat erfpacht een zakelijk recht is, houdt in dat het recht verbonden is aan de zaak waarop het recht rust (het perceel en de opstallen) en niet aan de persoon die het recht heeft (zoals bij een persoonlijk recht, bijvoorbeeld huur). Zakelijke rechten zijn sterkere rechten dan persoonlijke rechten. Zo kan een erfpachter in tegenstelling tot een huurder in beginsel het erfpachtrecht vrijelijk overdragen en bezwaren met bijvoorbeeld een hypotheek. Een ander belangrijk kenmerk van een zakelijk recht, is dat het een absoluut karakter heeft. Dat wil zeggen dat het recht jegens een ieder (bijvoorbeeld de buurpercelen) kan worden uitgeoefend. Daarnaast heeft het recht zaaksgevolg. Dit laatste betekent dat de zakelijk gerechtigde (in casu elke opvolgende erfpachter) zijn rechten kan doen gelden jegens iedere, eventueel opvolgende, bloot eigenaar.

Algemene bepalingen en bijzondere bepalingen

Erfpachter en grondeigenaar zijn binnen de kaders van de wet vrij om met elkaar overeen te komen wat de rechten en verplichtingen van partijen zijn. De wet geeft een ruim kader voor de inhoud van het erfpachtrecht in 16 wetsartikelen. Partijen hebben binnen dit kader veel vrijheid om het erfpachtrecht (de rechten en verplichtingen) naar behoeven in te richten.

Grondeigenaren die regelmatig grond in erfpacht uitgeven werken vaak met standaard erfpachtbepalingen. Dat vergemakkelijkt het contractbeheer en geeft zekerheid aan zowel de erfpachters als de erfverpachter. Ook de gemeente Amsterdam werkt met standaard erfpachtbepalingen. In de algemene bepalingen van de gemeente Amsterdam liggen de afspraken vast die in beginsel voor elk erfpachtrecht gelden. Dat deze erfpachtbepalingen van toepassing zijn wordt vastgelegd in het erfpachtcontract.

Naast de algemene bepalingen zijn op elk erfpachtrecht van de gemeente Amsterdam ook bijzondere bepalingen van toepassing. In bijzondere bepalingen worden afspraken vastgelegd over het betreffende, unieke erfpachtrecht. De bijzondere bepalingen vormen enerzijds een uitwerking van de in de AB vastgelegde verplichtingen bijvoorbeeld de bestemming/gebruik en de termijnen waarbinnen de bouw moet zijn gestart en voltooid. Anderzijds kunnen specifieke uitwerkingen worden opgenomen, die project- en/of gebiedspecifiek zijn. In de bijzondere bepalingen liggen bijvoorbeeld de canon, de bestemming en de specifieke bepalingen met betrekking tot het erfpachtrecht vast. Bijzondere bepalingen geven de grondeigenaar en de erfpachter de mogelijkheid om het erfpachtrecht op maat te maken.

Zoals hiervoor vermeld gaan bij een overdracht van het erfpachtrecht automatisch alle rechten en verplichtingen, dat wil zeggen de algemene en de bijzondere bepalingen, over op de opvolgende erfpachter.

Gemeentelijk beleid

Dan resteert de vraag wat de positie van het gemeentelijk beleid is. Het gemeentelijk beleid, veelal vormgegeven en vastgelegd in diverse besluiten, is geen onderdeel van het zakelijke recht van erfpacht. Het beleid ziet met name op de uitwerking van de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit het recht van erfpacht. Voor aanvullende regels ter zake van uitgifte in erfpacht in de vorm van beleidsbesluiten is slechts plaats in gevallen waar zij bestaande erfpachtvoorwaarden in detail uitwerken, zoals de bestemmingscatalogus (beleid), die het toepassingskader vormt voor

de in de AB vastgelegde verplichting bestemming/gebruik vast te leggen. Ook is het mogelijk dat zich in de loop van de tijd omstandigheden voordoen die het noodzakelijk maken dat aanvullende regels in beleid worden vastgelegd, bijvoorbeeld omdat een rechter bepaalt dat een onderdeel van de algemene bepalingen ongeldig zijn.

Gemeentelijk beleid is er onder meer op gericht dat gemeente in gelijke gevallen gelijk handelt zodat geen sprake is van willekeur. De gemeente is immers (ook in haar privaatrechtelijke hoedanigheid) gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het is derhalve van belang om te beseffen dat met beleidsregels de overheid met name zichzelf bindt. Een erfpachter kan de gemeente houden aan haar eigen beleid. Het gemeentelijk beleid is dus niet alleen een interne werkinstructie. De gemeente is wel degelijk gebonden aan haar eigen beleid. Handelen in strijd met het beleid kan zelfs onrechtmatig zijn.

Ad. 2 I. De criteria waar de algemene bepalingen en het aanvullend beleid aan moeten voldoen

In het 'startdocument vernieuwing erfpacht' zijn de uitgangspunten geformuleerd voor de opdracht om een stelsel van eeuwigdurende erfpacht in te voeren. De belangrijkste voorwaarden voor de Algemene Bepalingen zijn:

- Uitvoerbaar
- Juridisch houdbaar
- Begrijpelijk

In de huidige fase van het schrijven en nader uitwerken van de AB 2015 en het aanvullend beleid zijn deze criteria van belang om te komen tot heldere AB's en beleid.

Een gevolg van de invoering van eeuwigdurende erfpacht is dat de gemeente niet langer, zoals zij dat nu doet bij een einde tijdvak waarbij ook de canon wordt herzien, eenzijdig de nieuwste algemene bepalingen van toepassing kan verklaren bij bestaande eeuwigdurende erfpachtrechten. Hierdoor ontstaat de wens c.q. de noodzaak de AB 2015 dusdanig op te stellen dat deze in feite eeuwigdurend mee kunnen. Het uitgangspunt voor het stelsel moet derhalve zijn dat sprake is van juridische houdbaarheid, balans tussen de belangen van de erfpachter en die van de gemeente en balans tussen de hoogte van de canon en het genot van de erfpachter.

Vastleggen in algemene bepalingen, bijzondere bepalingen of beleid?

De vraag doet zich voor wat moet worden vastgelegd in:

a) de algemene bepalingen,
b) in de bijzondere bepalingen of,
c) in het aanvullend beleid.

ad. a) Vastleggen in algemene bepalingen

Wanneer rechten en plichten die voortvloeien uit de erfpacht gedetailleerd worden uitgewerkt in de algemene bepalingen, biedt dit de erfpachter en de gemeente absolute zekerheid. De algemene bepalingen zijn immers onderdeel van het contract tussen de gemeente en de erfpachter. Zonder medewerking van zowel de erfpachter als de gemeente kunnen de algemene bepalingen in beginsel niet gewijzigd worden.
Daar staat tegenover dat politieke, maatschappelijke, economische of juridische ontwikkelingen aanleiding/noodzaak kunnen zijn om de uitwerking van bepaalde rechten en verplichtingen te wijzigen. Eenmaal vastgelegd in de algemene bepalingen is het wijzigen van een uitwerking een langdurig en ingewikkeld proces aangezien dan nieuwe algemene bepalingen moeten worden vastgesteld. Nieuw vastgestelde algemene bepalingen hebben echter geen gevolg voor bestaande erfpachtrechten.

In de algemene bepalingen worden bijvoorbeeld vastgelegd:
- Dat het mogelijk is de canon vooruit te betalen (af te kopen).
- Dat de erfpacht gewijzigd kan worden met toestemming van de gemeente en dat daaraan voorwaarden kunnen worden verbonden.
- Wat de erfpachter moet gedogen.
- In welke gevallen en op welke wijze de erfpacht kan worden beëindigd.

ad. b) Vastleggen in bijzondere bepalingen
In de bijzondere bepalingen worden de specifieke afspraken voor een erfpachtrecht vastgelegd (de canon, de staat bij aanvaarding, de bestemming, maximaal toegestane m2, de bouwtermijn etc). Daarnaast kan in de bijzondere bepalingen een relatie worden gelegd met het aanvullende beleid. Door in de bijzondere bepalingen dan geldend specifiek aanvullend beleid toe te passen, kan de erfpachter worden "beschermd" tegen beleidswijzigingen van de gemeente na dat moment. Dit leidt echter wel tot contracten die inhoudelijk van elkaar verschillen wat het contractbeheer lastiger maakt.
In de bijzondere bepalingen wordt bijvoorbeeld vastgelegd:
- De hoogte van de canon.
- De bestemming en maximaal toegestane bebouwing van het erfpachtrecht.
- De termijn waarbinnen de bebouwing gerealiseerd moet zijn.

ad. c) Vastleggen in aanvullend beleid
Ten opzichte van de algemene bepalingen zijn beleidsregels eenvoudiger te wijzigen. Het vastleggen van de uitwerking in het beleid biedt dus flexibiliteit. Beleid wordt immers eenzijdig door de gemeente vorm gegeven. Hierbij moet wel de kanttekening worden geplaatst dat eenmaal geformuleerde beleidsregels niet willekeurig te wijzigen zijn en de gemeente zich moet houden aan afspraken die zijn vastgelegd in de akten van uitgiften van reeds gevestigde erfpachtrechten.
Daarnaast moet de gemeente bij het wijzigen van beleid de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen. Dit betekent bijvoorbeeld dat bij het opstellen van beleid moet worden gestreefd naar een evenwichtige afweging van belangen (evenredigheidsbeginsel). Ook moet de gemeente een besluit goed motiveren. Er mag geen onduidelijkheid zijn en de feiten moeten correct zijn. Ten slotte kunnen de belangen van de erfpachter geborgd worden door kaders te geven voor de wijze van/bevoegdheid tot de wijziging van beleid (bijvoorbeeld college gehoord raadscommissie of college gehoord raad).

De volgende zaken worden bijvoorbeeld uitgewerkt in beleid:
- Op welke wijze de afkoopsom wordt berekend (afkoopbeleid)
- Op welke wijze en onder welke voorwaarden de bestemming of bebouwing van een erfpachtrecht kan worden gewijzigd (beleid bestemmingswijziging en beleid bebouwingswijziging)
- Aanvullende bepalingen met betrekking tot de uitgifte in erfpacht (uitgiftebeleid)
- Op welke wijze erfpachtrechten kunnen worden gesplitst (in appartementsrechten of in erfpachtrechten)
- Op welke wijze erfpachtrechten kunnen worden samengevoegd of uitgebreid.

Ad. 2 II. Het opnemen van enkele uitgangspunten van het nieuwe stelsel in bijzondere bepalingen van individuele erfpachtrechten met het oog op zekerheid voor de erfpachter en flexibiliteit voor de gemeente.
Voorgesteld wordt om in het collegebesluit tot vrijgave voor inspraak van de algemene bepalingen op te nemen dat enkele uitgangspunten van het nieuwe stelsel (zoals vrijstelling

woninguitbreiding) in bijzondere bepalingen van individuele erfpachtrechten worden opgenomen. Voor de inspraak is daarmee duidelijk dat deze uitgangpunten geborgd zijn. Voor erfpachtrechten die ten tijde van dat beleid zijn gevestigd, geldt de vrijstelling tot in de eeuwigheid en bestaat zekerheid hieromtrent. De gemeente behoudt echter de mogelijkheid om het beleid aan te passen voor toekomstige uitgiften zonder dat nieuwe algemene bepalingen moeten worden vastgesteld.

Voorbeeld
Voorbeeld bijzondere bepaling met betrekking tot onbeperkte uitbreiding wonen. Deze bijzondere bepaling zal worden opgenomen in erfpachtakten:
2a. Onverminderd het onder 3. gestelde zijn het perceel en de opstallen bestemd tot één vrije sector eengezinswoning c.a. van maximaal 200 m² gebruiksoppervlakte (go);
2b. de onbebouwde perceelgedeelten zijn bestemd tot tuin;
2c. de erfpachter is verplicht een gedeelte van het onbebouwde perceelgedeelten, of een onderdeel van de bebouwing, in te richten als parkeerplaats voor tenminste [een] auto;
2d. de erfpachter is verplicht het perceel en de opstallen overeenkomstig de onder leden 2a. tot en met c. genoemde bestemmingen te gebruiken;
3. Overeenkomstig het ten tijde van vestiging van het erfpachtrecht geldende beleid, is het de erfpachter toegestaan het gebruiksoppervlakte van de woning te vergroten;
de voor een dergelijke vergroting van het gebruiksoppervlakte vereiste vrijstelling van de gemeente als bedoeld in artikel @ wordt geacht hiermee te zijn verleend onder de nadere bepaling, dat aan deze vrijstelling geen herziening van de canon zal zijn verbonden als bedoeld in artikel @;
de verleende vrijstelling betreft nadrukkelijk slechts de vergroting van het gebruiksoppervlak als bedoeld in artikel @, en niet de wijziging van het woningaantal als bedoeld in @ het aldaar gestelde blijft van onverkorte toepassing;

Advies
In het collegebesluit tot vrijgave voor inspraak van de algemene bepalingen op te nemen dat enkele uitgangspunten van het nieuwe stelsel (zoals vrijstelling woninguitbreiding) in bijzondere bepalingen van individuele erfpachtrechten worden opgenomen.

Ad. 3 In te stemmen met de verdeling van regelingen in de AB's, bijzondere bepalingen en beleid

Het opnemen van artikelen die ten behoeve van het erfpachtcontract moeten worden vastgelegd kan dus op verschillende plekken. Belangrijk daarbij is dat:

- Vastlegging in uitsluitend de AB zowel de bestaande erfpachter als de gemeente volledige zekerheid bieden, maar –behoudens overeenstemming– ook de gemeente de mogelijkheid ontneemt in te spelen op ontwikkelingen, die de beoogde duurzame balans verstoren. 100% zekerheid is met recht in voor- en tegenspoed zonder mogelijkheid tot eenzijdige ontbinding.
- De zekerheid van de erfpachter ontstaat door de algemene en bijzondere bepalingen gezamenlijk, zoals in de notariële akten vastgelegd.
- De gemeente in haar aanvullende beleid algemene bepalingen nader kan uitwerken maar jegens de erfpachter gebonden is aan de geldende algemene en bijzondere bepalingen en hiermee niet in strijd mag handelen. De nadere uitwerking van de algemene bepalingen in aanvullend beleid biedt de mogelijkheid om de uitwerking aan te passen aan de wensen van de tijd. Vastlegging vooral in beleid biedt bestaande erfpachters slechts de zekerheid van bijzondere bepalingen opgenomen in de erfpachtakte; bij wijziging is de erfpachter onderworpen aan het beleid zoals dat op het moment van de wijziging luidt. Voor de

erfpachter is daardoor onduidelijk in hoeverre dat van invloed is op de waarde van zijn erfpacht en de mogelijkheid die erfpacht tegen voor hem voorspelbare voorwaarden aan te kunnen passen.

- Voor een eenmaal afgesloten eeuwigdurend erfpachtcontract de algemene bepalingen in principe nooit meer zullen wijzigen, waarmee deze dan ook zo toekomstvast mogelijk moeten zijn.
- Als onderwerpen van de algemene bepalingen naar bijzondere bepalingen zouden verschuiven er voor de individuele erfpachter dezelfde zekerheid blijft bestaan maar de transparantie van het stelsel kleiner wordt en de diversiteit groter (en het contractbeheer complexer).

Zekerheid
Om te bepalen waar de verschillende regelingen hun plaats vinden, is van belang om helder te hebben wat wordt verstaan onder het bieden van zekerheid voor de erfpachter. Daarnaast geldtdat zowel de erfpachter als de gemeente partij zijn bij het erfpachtrecht en dat beide partijen een belang hebben. De gemeente stelt grond ter beschikking aan de erfpachter en de erfpachter betaalt hiervoor een vergoeding (de canon). Uitgangspunt is dat de canon die de gemeente ontvangt in verhouding staat tot het gebruiksgenot dat de erfpachter heeft, met andere woorden: de canon moet marktconform zijn.

Er zijn verschillende manieren waarop de erfpachter zekerheid kan worden geboden. De zekerheid kan bijvoorbeeld heel absoluut zijn door de erfpachter exacte zekerheid te bieden over het bedrag dat hij in de toekomst gaat betalen. De vraag is echter of het bieden van deze mate van zekerheid ook altijd gewenst is en of daarmee het gebruiksgenot in verhouding staat tot de canon die betaald moet worden. Wanneer namelijk blijkt dat op het moment dat de canon wordt aangepast dit bedrag niet marktconform is, levert dit een nadeel voor één van de partijen op. Wanneer het bedrag te laag is, is dit in het nadeel van de gemeente. Is het bedrag te hoog, dan is dit in het nadeel van de erfpachter. De canon staat in beide situaties niet in verhouding tot het gebruiksgenot van de erfpachter.

Voorbeeld
Bij de vaststelling van de AB2000 is de vaststelling van de hoogte van het canonpercentage voor de indexcanon exact vastgelegd. Dit canonpercentage is gelijk gesteld aan het gemiddeld effectief rendement van 5 aflosbare staatsleningen met de langst resterende looptijd. Dit biedt volstrekte helderheid. Anders dan onder eerdere AB's is daarmee voor het eerst gekozen voor een voor iedereen kenbaar percentage (krant) in plaats van een aan de gemeentelijke omslagrente gekoppeld percentage. Indertijd was de gedachte, dat in een stabiele economie staatsleningen steeds een goede graadmeter zouden zijn voor een redelijk rendement op erfpacht, waarvan het incassorisico onder normale omstandigheden voor de gemeente laag is. Inmiddels weten we door onder meer crisis, geldbeleid ECB en het (relatieve) succes van de Nederlandse economie, dat op staatsleningen gebaseerde canonpercentages geen reële vergoeding bieden voor het genot dat de erfpachter van zijn erfpacht heeft (2e kwartaal 2015 ongecorrigeerd 0,81%). Na de aanwijzingen van de raad over de renteopslagen gaat hetzelfde tot op zekere hoogte ook op voor de 10 en 25 jaar vaste canon (2e kwartaal 2015 ongecorrigeerd 1,39% resp. 1,81%). Tegenover de laagte van 2015 staat overigens de hoogte van 1981; op basis van staatleningen in 1981 toen zouden de canonpercentages 11,56% (indexcanon), 12,57% (10 jaar vast) en 12,56% (25 jaar vast) bedragen Tegenover de black box van AB1994 en eerder staat de volstrekte transparantie èn ontsporing van de AB2000. Omdat reparatie van Algemene bepalingen slechts werking heeft naar komende

gevallen èn ingrijpend is (er moeten nieuwe algemene bepalingen worden vastgesteld), is het van belang een goed midden te vinden tussen het in de AB vastleggen van uitgangspunten en het behouden van die beleidsvrijheid binnen die uitgangspunten indien de voor vaststelling gekozen parameters niet langer een correcte afspiegeling bieden van het genot van erfpacht en te hoog of te laag zijn.

De erfpachter heeft ook een belang bij de wijze waarop de vaststelling van het canonpercentage is opgenomen in de algemene bepalingen. Wanneer de uitwerking niet gedetailleerd in de algemene bepalingen is opgenomen maar is uitgewerkt in beleid, leidt dit tot minder zekerheid over de hoogte van de nieuwe canon en mogelijk tot terughoudendheid van banken bij financiering van erfpachtwoningen in verband met deze grotere onzekerheid over de wijze van indexeren.
Daar staat tegenover dat het een voordeel voor de erfpachter is dat hij niet hoeft te vrezen voor onverwachte stijgingen die niet in verhouding staan tot het genot (de waarde) zoals het voorbeeld van 1981 zoals voorgaand omschreven.

In bijgaande tabel (bijlage I) is opgenomen waar de verschillende bepalingen worden opgenomen. Ten aanzien van de volgende onderwerpen moet nog worden bepaald op welke plek we deze opnemen:

- Volumewijziging bij woningen
- De wijze van canonbepaling
- De wijze van indexering
- De wijze waarop het canonpercentage wordt vastgesteld