Gemeente Amsterdam

To Serve and protect

Aan	Leden Inhoudelijk Overleg VES
Van	Werkgroep Algemene Bepalingen
Datum	2 april 2015

Doel van deze notitie is met onderstaande bespiegeling en voorgestelde conclusie bij te dragen aan een zo zuiver mogelijke onderbouwing van adviezen bij het opstellen en bespreken van afwegingsnotities.

Bij een aantal afwegingsnotities constateerden wij, dat het invoelen en meewegen van het erfpachtersperspectief in een aantal gevallen tot een onnodig/onwenselijk bevoogdende beargumentering van adviezen aan het BT leidden. Op onderdelen nemen we de erfpachter tegen zichzelf in bescherming, terwijl de impact van zijn overig handelen als erfpachter aanzienlijk groter is en volstrekt buiten onze invloedsfeer valt. De vraag dringt zich daardoor op wiens belang we beschermen en of dat wel aan de gemeente is.

De opvolgende vraag is dan of we niet veronderstelde, maar niet geverifieerde belangen van de erfpachter hanteren als argumenten voor een door de gemeente gewenste ontwikkeling in plaats van onomwonden te kiezen op basis van de gemeentelijke belangen (waaronder uiteraard effecten op het draagvlak voor het stelsel).

Bij het maken van afwegingsnotities met een vanuit perspectief van de erfpachter hoog risicoprofiel (zoals aanzienlijke canonverhoging en/of moeilijk voor de erfpachter inzichtelijke gevolgen:

- is het van belang dergelijke risico's te onderkennen en in afwegingsnotities te benoemen,
- dienen deze in de afwegingsnotitie neutraal gewaardeerd te worden,
- dient de afweging bijgevolg gebaseerd te zijn op gemeentelijke overwegingen (waaronder draagvlak) en objectiveerbare marktgegevens
- en dient de gemeente bij elke geboden keuze erfpachters daarop gerichte informatie te bieden.

HELDER EN TRANSPARANT, LOGISCH EN VOORSPELBAAR

Leidend voor het schrijven van de algemene erfpachtvoorwaarden (AB2015) en het bijbehorende beleid is onze erfpachters zo veel mogelijk zekerheid te bieden met een helder en transparant erfpachtstelsel, waarmee ook de aan keuzes van erfpachters verbonden consequenties logisch en voorspelbaar zijn.

Naast de inhoud is een goede voorlichting voorwaarde om te zorgen dat erfpachters ook werkelijk geïnformeerd kunnen zijn over niet alleen de directe gevolgen van hun keuze bij uitgifte of wijziging maar ook over de aan die gevolgen verbonden risico's. Alleen goed geïnformeerd kunnen zij verantwoord keuzes maken en de daaraan verbonden gevolgen en risico's ook werkelijk dragen. De gemeente is verantwoordelijk voor een goede informatievoorziening, maar het blijft de verantwoordelijkheid van de erfpachter zich ook daadwerkelijk goed te informeren. De gemeente

mag daarbij niet vertrouwen op intermediaire partijen aangezien die geen of een ander belang hebben dan de gemeente met wie de erfpachter een zeer duurzame contractuele relatie heeft.

Onder voorwaarde van ① een helder en transparant erfpachtstelsel met ② de bijbehorende informatievoorziening, heeft de gemeente bij contractueel ongewijzigde verhoudingen in beginsel geen andere verantwoordelijkheid naar erfpachters dan de erfpachtovereenkomst na te (doen) komen. Dat geldt niet anders als erfpachters (voorgeven) zich overvallen (te) voelen als het aan hun keuze verbonden gevolg en/of risico anders uitpakt dan zij bij het maken van die keuze veronderstelden. Contract = contract laat onverlet, dat:

- de gemeente tot matiging van enig gevolg kan overgaan als zij van mening is, dat de onverkorte uitvoering daarvan op bestuurlijk/maatschappelijke gronden onwenselijk is of
- de rechter vanaf het 25e jaar na vestiging op vordering van de erfpachter of de eigenaar (i.c. gemeente) de erfpacht (onder voorwaarden) kan wijzigen of opheffen op grond van onvoorziene omstandigheden, welke van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de akte van vestiging niet van de eigenaar of de erfpachter kan worden gevergd (5:97 BW).

ERFPACHTVERHOUDINGEN

Erfpachtovereenkomsten komen tot stand op basis van tussen partijen bereikte overeenstemming met toepassing van de ten tijde van contractering geldende:

1. AB2015 en
2. beleidskaders (grondprijs- en erfpachtbeleid waaronder uitgiftebeleid) met inachtneming van
3. dwingend wettelijke kaders (publiekrecht, BW, jurisprudentie en fiscus).

Eenmaal tot stand gekomen erfpachtrechten worden beheerd (en in voorkomende gevallen op verzoek van de erfpachter gewijzigd op basis van tussen partijen bereikte overeenstemming) met toepassing van:

1. de ten tijde van vestiging van het erfpachtrecht in de erfpachtakte vastgelegde AB2015 en bijzondere erfpachtvoorwaarden;
2. de ten tijde van de wijziging geldende
   a. beleidskaders (grondprijs- en erfpachtbeleid zoals splitsing, uitbreiding, bestemmings-/gebruikswijziging) met inachtneming van
   b. wettelijke kaders (publiekrecht, BW, jurisprudentie en fiscus);
   deze kunnen afwijken van de ten tijde van vestiging van het erfpachtrecht geldende kaders
3. een bindende uitspraak van deskundigen voor zover de in de erfpachtakte vastgelegde AB2015 in de mogelijkheid van een dergelijke geschilbeslechting voorziet en de erfpachter daarop na ontvangst van een gemeentelijke aanbieding een beroep heeft gedaan en
4. Vonnis rechter indien de erfpachter een procedure aanhangig heeft gemaakt.

De erfpachtakte biedt erfpachters èn hun rechtsopvolgers daarmee de grootste rechtszekerheid omdat het erfpachtrecht daarin precies is gedefinieerd in algemene als bijzondere erfpachtvoorwaarden. Omdat onder de AB2015 niet langer een periodieke herziening van canon en/of algemene erfpachtvoorwaarden plaats zal vinden, zijn de in de erfpachtakte vastgelegde rechten en plichten absoluut in de zin, dat wijziging in beginsel slechts met wederzijdse instemming mogelijk is.

Aanpassingen in de AB2015 (vergelijk met aanpassing indexcanon in AB2000) en/of aanpassingen in het toepassingsbeleid vinden slechts toepassing bij:

- nieuw te sluiten erfpachtovereenkomsten / te vestigen erfpachtrechten

- bestaande erfpachtrechten indien en voor zover die aanpassingen met de vastgelegde erfpachtvoorwaarden verenigbaar zijn.

Zo heeft de recente aanpassing van de indexcanon voor erfpachtrechten waarin die aanpassing van de AB2000 niet is opgenomen geen werking bij wijzigingen van het erfpachtrecht (zoals bestemmingswijziging) nadien. De erfpachter is daarmee maximaal beschermd tegen een –vanuit zijn perspectief– onvoorspelbare erfverpachter.

RECHTSZEKERHEID ⇦BELEIDSRUIMTE/CONTRACTSVRIJHEID BIJ WIJZIGING ERFPACHTRECHT

In de erfpachtakte vastleggen van niet alleen de AB2015 maar in bijzondere bepalingen ook van alle bij vestiging geldende toepassingsbeleid biedt de erfpachter de hoogste rechtszekerheid. Daarmee is immers niet alleen de omgang met het bestaande erfpachtrecht maar ook alle eventuele toekomstige wijzigingen daarvan in detail geregeld. Dat zou de gemeente evenwel de mogelijkheid ontnemen om bij wijzigingen van gevestigde erfpachtrechten op ontwikkelingen in te spelen en/of haar evenzeer gerechtvaardigde belangen te behartigen.

Het is daarom zaak een goed midden te vinden tussen de

- 100% rechtszekerheid die erfpachters moeten hebben voor ongewijzigd doorlopende erfpachtrechten en
- de beleidsruimte / contractvrijheid die de gemeente zich voor wil behouden om haar belangen te behartigen en die zij als aanpasbaar kader[1] wil hanteren om bij een door een erfpachter gewenste wijzigingen van zijn erfpachtrecht tot overeenstemming over die wijziging te kunnen komen naar de op dat moment geldende normen en met inachtneming van de eerder verkregen rechten.

AANVULLENDE BESCHERMING

Vanuit het beheer bij Erfpacht en Uitgifte bestaat een goed inzicht in wat erfpachters in het handelen van de gemeente als onvoorspelbaar/onredelijk ervaren. Naast CHET betreft dit vooral:

- de voorwaarden, die de gemeente verbindt aan door de erfpachter gewenste wijzigingen (hoewel deze voorwaarden in lijn zijn met de gehanteerde erfpachtvoorwaarden en de daaraan binnen het geldende erfpachtbeleid gegeven uitwerking). Met name de canonverhoging verbonden aan bestemmings-/bebouwingswijzigingen scoort hoog.
- de gevolgen, indien de aan gemaakte keuzen verbonden risico's zich anders ontwikkelen dan gedacht. Denk hierbij aan de begin jaren 80 sterk oplopende inflatie of het risico op aanmerkelijke canonsprongen bij de 10- en 25-jaar vaste canon als het rendement op staatsleningen weer stijgt.

Ook waar het een erfpachter vooraf voldoende duidelijk kon zijn dat de gemeente aan een handeling of verzoek tot wijziging een voorwaarde zou verbinden en er zuiver vanuit de erfpachtovereenkomst beschouwd geen grond tot matiging of afzien daarvan bestaat, wordt het aanbod van de gemeente aangevochten.

Los van hun uitkomst zijn (juridische) procedures onwenselijk omdat ze het maatschappelijk draagvlak voor het erfpachtstelsel aantasten en erfpacht plaatsen in de hoek van inferieure rechten, daarbij voorbij gaand aan de specifieke kwaliteiten van die rechten.

---

[1]) Hierbij past de kanttekening dat eenmaal geformuleerde beleidsregels niet willekeurig herzien kunnen worden, maar dat dit steeds zorgvuldig zal moeten gebeuren en met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Naast een voortdurende noodzaak tot ontwikkeling van voorwaarden en beleid, zou een manier om dergelijke onrust te kunnen voorkomen, kunnen bestaan uit het op mogelijk niet zuivere gronden niet bieden van keuzes.

EEN VOORBEELD

Indien naar analogie van de AB2000 overwogen zou worden naast de indexcanon een canon te introduceren, die analoog aan een renteherziening bij hypothecaire financiering periodiek wordt aangepast aan het veranderde canonpercentage (stel 10-jaarlijks), dan biedt dat de erfpachter gedurende die periode zekerheid over zijn canonlast. Als de vormgeving van een dergelijke canon voortborduurt op de huidige 10-jaar vaste canon vindt naast de herziening op canonpercentage geen indexering plaats. Tegenover deze pluspunten vanuit erfpachterperspectief staat 10-jaarlijks het risico van een sterke fluctuatie van de canon. Op basis van de ontwikkeling van het rendement op staatsleningen over de periode 1980 tot heden varieert de verandering over opvolgende perioden van 10 jaar van +2% (1986-1996) tot -80% (2005-2015) bedragen. over de volle periode van 1980 tot het historische laag van het 2e kwartaal 2015 is de cumulatieve verandering echter ruim -800%. Ter vergelijking bij alleen correctie met de inflatie zou de canonverhoging over de periode 2015 tot heden +118% bedragen. Bij een extreme opwaartse ontwikkeling van de rente is voorzienbaar, dat erfpachters druk op de gemeente uit zullen oefenen een vergelijkbare canonontwikkeling (lees dan: verhoging) te matigen.

Bij dergelijke complexer afwegingen als de keuze voor een index- of 10 jaar vaste canon dringt de vraag zich ze op of de erfpachter/bewoner in staat is om een zodanige analyse van (in dit geval) mogelijke rente-/inflatieontwikkelingen te maken, dat hij het risico van zijn keuze voor een door hem gekozen canontype kan dragen. Dat op zijn beurt roept de vraag op, hoe zwaar dergelijke argumenten mee mogen wegen bij de gemeentelijke afweging een keuze te bieden en in extremis of de gemeente de erfpachter tegen zichzelf in bescherming moet nemen door een dergelijke keuze niet te bieden.

CONCLUSIE

Bij het maken van afwegingsnotities met een vanuit perspectief van de erfpachter hoog risicoprofiel (zoals aanzienlijke canonverhoging en/of moeilijk voor de erfpachter inzichtelijke gevolgen:

- is het naar de mening van de werkgroep van belang dergelijke risico's te onderkennen en in afwegingsnotities te benoemen,
- maar dienen deze in de afwegingsnotitie neutraal (niet-bevoogdend) gewaardeerd te worden,
- dient de afweging bijgevolg gebaseerd te zijn op gemeentelijke overwegingen (waaronder draagvlak) en objectiveerbare marktgegevens
- en dient de gemeente bij elke geboden keuze erfpachters daarop gerichte informatie te bieden.