Aftopping bij afkoop na bestemmings- of bebouwingswijziging
22 december 2008

1 Inleiding

In 2007 heeft het College voor tussentijdse canonaanpassing a.g.v. wijziging van bestemming, bebouwing of perceel een beleidswijziging doorgevoerd. Het nieuwe beleid houdt in, dat de canon na tussentijdse wijziging, niet hoger mag zijn, dan de canon bij fictieve nieuwe uitgifte, dus wanneer een vergelijkbaar recht nu uitgegeven zou worden.
Het betreffende deel van het besluit staat hieronder:

> 7. De nieuwe canon wordt berekend door toepassing van de formule zoals vastgelegd in art. 12, lid 2, van de Algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht 2000 Amsterdam:
>
> A + ((B-C) x D), waarin voorstelt:
>
> A: de op het moment van de herziening geldende canon;
> B: de op het moment van herziening geldende grondwaarde met het oog op het veranderd gebruik;
> C: de op het moment van de herziening geldende grondwaarde met het oog op de op het moment van herziening toegestane gebruik;
> D: het op het moment van de herziening van toepassing zijnde canonpercentage.
>
> 9. Indien de berekening, bedoeld in punt 7, resulteert in een lagere canon, wordt de canon niet aangepast en blijft de erfpachter de geldende canon verschuldigd, tenzij het gemeentelijk belang naar het oordeel van Burgemeester en Wethouders anders vordert.
>
> 10. Indien de berekening, bedoeld in punt 7, resulteert in een hogere canon dan wanneer er op basis van de nieuwe bestemming tegen actueel prijspeil zou worden uitgegeven, dan wordt de verhoging van de canon naar aanleiding van de wijziging beperkt tot de hoogte van de canon conform de nieuwe bestemming.

Deze canonmaximering in lid 10 wordt binnen OGA “canonaftopping” genoemd.

De reden dat het College dit aftoppingsbesluit genomen heeft, is dat het onbillijk ervaren wordt, als een erfpachter na canonverhoging a.g.v. tussentijdse wijziging een hogere canon zou betalen, dan hij zou betalen voor een nieuw recht met dezelfde oppervlakte en bestemming. Een aanleiding voor dit besluit was een risico op verlies van een procedure inzake de canonverhoging van Liberty BV.

In de Collegeflap en de bijbehorende WE-map (versie december 2006) worden argumenten als “onaanvaardbaar” en “redelijk” gebruikt als onderbouwing, dat een canon na tussentijdse wijziging niet hoger hoort te zijn dan bij nieuwe uitgifte.
Er staat in de flap: “Financiële paragraaf: n.v.t.”. Ook wordt in het besluit niets gezegd over eventuele consequenties van het aftoppingsbesluit voor de berekening van afkoopsommen. Hieruit kan worden afgeleid, dat het College tot aftopping heeft besloten, in de veronderstelling dat dit niet voor afkoopsommen zou gelden, en dat de financiële consequenties van aftopping beperkt zouden zijn.

Een eerste probleem rond aftopping is, dat het vangnet in punt 9 (de nieuwe canon kan niet lager zijn dan de oude) in punt 10 ontbreekt. Hierdoor zou het hypothetisch kunnen gebeuren, dat aftopping leidt tot een canonverlaging (namelijk wanneer de canon bij nieuwe uitgifte van het gewijzigde recht lager uitvalt dan de huidige canon). Dit probleem kan eenvoudig verholpen worden door bij punt 10 de zinsnede toe te voegen: “*met inachtneming van punt 9 van dit besluit*”. **Het voorstel is, om deze zinsnede aan punt 10 toe te voegen.**

Voor canonbetalende rechten is de werkwijze rond aftopping duidelijk. In de besluiten is echter niet vastgelegd hoe OGA met aftopping moet omgaan bij afgekochte rechten. Dit komt mede doordat de financiële sector destijds niet goed bij de besluitvorming betrokken is geweest.
Aftopping van de canon is ook voor afgekochte rechten van belang, omdat afkopen in feite het vooruitbetalen van de canon is. Bij een tussentijdse wijziging berekenen we een canonverhoging, die – als het recht afgekocht is –afgekocht moet worden cf. de afkoopformule. Deze aanvullende afkoopsom wordt (wiskundig

gezien) niet rechtstreeks berekend als de netto contante waarde van de canon, maar wordt berekend op basis van de schaduwgrondwaarde (zie het kader hieronder). De korting bij aftopping van een canonbetalend recht wordt door deze afkoopformule niet automatisch omgezet naar een evenredige korting in de afkoopsom.

Toelichting: de afkoopformule

In 2000 heeft het gemeentebestuur een nieuwe afkoopformule vastgesteld.

- Tot 2000 gold als afkoopformule:

Afkoopsom = canon x afkoopfactor (gebaseerd op looptijd en afkooppercentage bij uitgifte)

- Sinds 2000 geldt als afkoopformule:

Afkoopsom = schaduwgrondwaarde x canonpercentage x afkoopfactor (o.b.v. looptijd en actueel afkooppercentage)

De schaduwgrondwaarde is de grondwaarde bij aanvang van het huidige tijdvak, vermeerderd met inflatie -/- 1% sindsdien.

De reden hiervoor was o.a. dat er in Amsterdam een veelheid aan canonaanpassingregimes bestaat, met name:

- niet geïndexeerde canons
- 5 jaarlijks geïndexeerde canons
- jaarlijks geïndexeerde canons
- 10 jaar vaste canons
- 25 jaar vaste canons

Onder de oude afkoopformule was het bijv. mogelijk dat afkopen van de canon in jaar 19 van een tijdvak (dus voor 31 jaar afkopen) aanzienlijk goedkoper was dan afkopen van de canon in jaar 21 (dus voor 29 jaar afkopen), omdat de canon in jaar 20 een forse indexatiesprong maakte.

Daarom is in 2000 gekozen voor de schaduwgrondwaarde als basis voor afkopen: Ongeacht het indexeringsregime van de canon wordt een fictieve canon o.b.v. jaarlijkse indexatie berekend (schaduwgrondwaarde x canonpercentage), waardoor de berekende afkoopsom niet meer gevoelig is voor periodieke mutatie in canons.

In aanbiedingen en besluiten communiceren we: “deze wijziging leidt tot een canonverhoging van € xx, die afgekocht moet worden door voldoening van een afkoopsom van € yy”.
Het is dus niet zomaar mogelijk om een niet-afgetopte afkoopsom over een wel-afgetopte canon te berekenen. Dan krijg je – in het geval dat de volledige canonstijging afgetopt wordt – de rare situatie: de canonstijging is nihil (want is afgetopt), en de bijbehorende afkoopsom is hoog (want niet afgetopt).
De overdrachtsbelasting over de uitbreiding wordt berekend o.b.v. 17x de canonverhoging. Dit is voor de erfpachter van belang: naarmate de korting op de canon groter is, betaalt hij minder overdrachtsbelasting.

2 Aftopping in de praktijk

In eerste instantie (najaar 2007) besloot BE om – wanneer van toepassing – afkoopsommen met hetzelfde percentage af te toppen als canons. Deze werkwijze leidde in enkele maanden tijd tot een inkomstenderving van enkele miljoenen euro’s, want bij diverse grote afgekochte rechten werd de aanvullende afkoopsom voor een wijziging in bestemming en/of bebouwing volledig afgetopt. In de praktijk bleken bedrijven met afgekochte canons een grote uitbreiding / bestemmingswijziging vrijwel gratis te kunnen doen, omdat de canon (die zij al sinds uitgifte niet meer betalen, omdat ze hebben afgekocht) hoger zou uitvallen dan de canon bij fictieve nieuwe uitgifte.
Daarom heeft BE samen met JZ en K&F gekeken wat de achtergrond van aftopping is, en of dit niet-bedoelde miljoenenverlies voorkómen kan worden. Immers, het College heeft tot aftopping besloten, in de veronderstelling dat dit geen financiële consequenties zou hebben.

Aftopping komt in de praktijk vooral bij rechten met commerciële bestemmingen uit de jaren ’70, ’80 en ’90 voor, omdat:

- De toen gehanteerde canonpercentages erg hoog waren (8 à 9%, nu is dat 4 à 5%);
- De inflatie (en dus de indexatie) met name in de jaren ’70 en ’80 hoog was (gemiddeld zo’n 5% per jaar);
- De grondprijzen voor diverse commerciële bestemmingen in delen van de stad (m.n. buiten de ring A10) sinds de jaren ’80 minder sterk stegen dan voor andere bestemmingen;
- Rechten met commerciële functies in 2000 geen canonverlaging kregen, woonbestemmingen wel.

Hierdoor zou de canon bij veronderstelde nieuwe uitgifte voor veel bedrijfsrechten uit de jaren '70, '80 en '90 lager uitkomen dan de huidige canon.
Aftopping bij woningen komt weinig voor, mede omdat uitbreidingen van particuliere woonbestemmingen tot 100% in 2005 zijn vrijgesteld van tussentijdse canonverhoging, en omdat er weinig bestemmingswijzigingen van woningen naar andere bestemmingen zijn.

Dus er wordt vooral afgetopt bij rechten met commerciële bestemmingen in situaties dat het canonpercentage en de indexatie hoog waren (zonder correctie in 2000). Canonbetalende erfpachters betalen inderdaad deze hoge geïndexeerde canons, maar erfpachters die vanaf het begin hebben afgekocht, hebben geen nadeel ondervonden door de hoge indexatie (en ook niet van het feit dat hun canon in 2000 niet gecorrigeerd is). Dus bij aftopping van afgekochte rechten, compenseer je de erfpachter eigenlijk voor een nadeel dat hij nooit gehad heeft (de destijds hoge canonindexatie).

Hypothetisch kan aftopping ook vóórkomen in de volgende situaties:

- Bij een gesplitst corporatierecht is een fictieve canon opgenomen (met een fictieve marktconforme afkoopsom) terwijl er slechts een lage vaste afkoopsom betaald is; dan zouden we bij aftopping een korting geven o.b.v. een nooit betaalde fictieve canon en afkoopsom.
- Als óf het canonpercentage, óf de grondprijs in een relatief korte periode fors daalt (wanneer VON-prijzen dalen, wanneer stichtingskosten snel stijgen of wanneer het College besluit een bepaalde categorie een vaste, lage grondprijs te geven), kan de nieuwe canon, die immers resultaat is van grondprijs x canonpercentage, na verloop van tijd lager uitkomen dan bij de uitgifte.

Het is inmiddels voorgekomen, dat een adviseur van een erfpachter, nadat bleek dat hij voor een bepaalde wijziging a.g.v. aftopping niet extra hoefde te betalen, ons het volgende heeft gevraagd: hoeveel mag ik nog gratis bijbouwen, voordat ik aan de aftoppingsgrens zit?
Daarom ziet BE alle aanleiding om nog eens kritisch te kijken naar aftopping, en dan met name van afkoopsommen.

3 Oplossingen

De huidige werkwijze, wanneer de canon bij nieuwe uitgifte lager is dan na bestemmingswijziging, is dat de zowel de (schaduw)grondwaarde als de canon verlaagd worden met een factor, die het verschil tussen beide canons tot nul reduceert. De volgende opties zijn samen met JZ en K&F onderzocht:

a. Aftopping geheel afschaffen (zowel voor canon als voor afkoop);
b. In het besluit vastleggen dat aftopping alleen voor canonbetalende rechten, maar niet voor afgekochte rechten geldt;
c. In het besluit vastleggen dat canons afgetopt worden op de canon, maar dat afgekochte rechten afgetopt worden op de schaduwgrondwaarde;
d. Bij aftopping niet de grondwaarde aftoppen, maar pas op het moment van betaling een korting op de canon resp. afkoopsom verlenen, zodat deze niet hoger wordt dan bij fictieve nieuwe uitgifte;
e. Aftoppen van afkoopsommen op basis van de canon, zoals die zou zijn bij toepassing van de 10% onderhandelingsmarge van het grondprijsbeleid.

Ad a. Dit betekent terugkeer naar de situatie voor 2007. Dit leidt ertoe dat canons na wijziging hoger kunnen zijn dan bij nieuwe uitgifte, en dat de argumenten achter het in 2007 ingegane besluit moeten worden teruggedraaid. Dit besluit is destijds genomen naar aanleiding van praktijkgevallen (Liberty NV) en de argumenten voor het besluit zijn nog steeds actueel. Een gestegen canon die hoger uitvalt dan de nieuwbouwcanon op grond van het huidige beleid zal in een juridische procedure waarschijnlijk geen stand houden. Ook doet dit het draagvlak voor het stelsel (een ander argument achter het besluit) geen goed.

Ad b. Het nadeel hiervan is, dat het nog steeds mogelijk is dat "een canonverhoging van € 0 leidt tot een afkoopsom van € x", omdat de erfpachter de stijging van de canon afkoopt. Bovendien is dit geen reële optie i.v.m. het gelijkheidsbeginsel.

Ad c. Hiermee kan het nog steeds gebeuren, dat “een canonverhoging van € 0 leidt tot een afkoopsom van € x”, omdat de SGW-berekening tot een afkoopsom kan leiden, terwijl de canon volledig afgetopt wordt. Deze optie is een interpretatie c.q. uitvoeringskwestie binnen het genomen collegebesluit, zodat geen nieuw collegebesluit nodig is (er is immers niet vastgelegd, dat we dezelfde aftoppingsverhoudingen moeten hanteren bij canon en afkoop).

Ad d. Hiermee zou aftopping niet bij, maar ná de canonvaststelling plaatsvinden. De procedure wordt dan:

- Volgens de ABCD-formule leidt de aanpassing tot een canonverhoging tot X
- X wordt daarom uw nieuwe canon
- Bij afgekocht recht: de afkoopsom voor uw verhoogde canon is Y
- Bij canonbetalend recht: omdat uw canon hoger zou uitkomen dan bij nieuwe uitgifte, krijgt u een korting waardoor deze uitkomst op het bedrag dat u nu, bij nieuwe uitgifte, zou betalen
- Bij afgekocht recht: omdat uw schaduwgrondwaarde hoger zou uitkomen dan bij nieuwe uitgifte, krijgt u een korting waardoor deze uitkomst op het bedrag dat u nu, bij nieuwe uitgifte, zou betalen.

Hiermee gebeurt aftopping niet meer bij de grondwaarde- en canonvaststelling, maar pas als korting bij betaling, als blijkt dat de verhoogde canon resp. te betalen afkooopsom hoger uitvalt dan bij nieuwe uitgifte. Hiermee worden canonbetalende en afgekochte rechten weliswaar niet methodisch gelijk behandeld, maar wel vergelijkbaar (nl. uw totale betaling na wijziging mag niet hoger zijn dan bij nieuwe uitgifte).

Ad e. De canon wordt afgetopt, niet t.o.v. de canon bij fictieve nieuwe uitgifte, maar t.o.v. de canon bij fictieve nieuwe uitgifte, waarbij de grondprijs opgehoogd wordt met de onderhandelingsmarge van 10%. De afkoopsom wordt dan afgetopt met hetzelfde percentage als de canon.

Voor de afweging van deze opties is het volgende van belang:

- Juridisch: blijft de optie binnen het erfpachtbeleid en het gelijkheidsbeginsel, is deze houdbaar in juridische procedures?
- Communicatie: is de uitkomst duidelijk aan erfpachters uit te leggen, kunnen we het adequaat verwoorden in correspondentie en besluiten?
- Financieel: leidt deze optie niet tot een onbedoeld financieel verlies voor de gemeente?
- Controleerbaar: K&F archiveert alle afkoopmutaties, deze moeten controleerbaar zijn a.d.h.v. grondprijzen en canonpercentages.
- Besluitvorming: Valt deze optie binnen de interpretatieruimte van het genomen Collegebesluit?

De vijf alternatieven kunnen daarom als volgt worden afgewogen:

Alternatief **Criterium**	**Huidige situatie handhaven**	**a. aftopping afschaffen**	**b. afgekochte rechten niet aftoppen**	**c. afkoopsommen obv SGW aftoppen**	**d. aftopping als korting presenteren**	**e. aftoppen obv de canon met 10% verhoging**
Juridisch haalbaar	+	-	-	+	+	-
Duidelijk uit te leggen	0	-	0	-	0	0
Financiële gevolgen gemeente	--	+	+	0	+	-
Controleerbaar	+	+	-	-	+	0
Besluitvorming	+	-	0	0	0	0
Kansrijk	**ja**	**nee**	**nee**	**nee**	**ja**	**nee**

BE heeft advies gevraagd aan JZ, aan Vastgoedadvisering en aan Kaders en Fondsen.
De uitkomst hiervan is:

JZ [5.1.2e] Voorkeur voor optie d (aftopping als korting presenteren)
VA Voorkeur voor optie a (aftopping helemaal afschaffen)

KF (5.1.2e 5.1.2e) Voorkeur voor handhaven huidige situatie dan wel optie e (aftopping + 10%), en anders optie a (aftopping afschaffen)

4 Uitwerking voorkeursoptie

N.a.v. bovenstaande analyse heeft BE optie d (aftopping als korting presenteren) als voorkeursoptie.
Daarvoor zou de tekst in punt 10 van het bovengenoemde besluit als volgt wijzigen:
10 "Indien de berekening, bedoeld in punt 7, resulteert in een hogere canon dan wanneer er op basis van de nieuwe bestemming tegen actueel prijspeil zou worden uitgegeven, dan wordt de verhoging van de canon naar aanleiding van de wijziging beperkt tot de hoogte van de canon conform de nieuwe bestemming, met inachtneming van punt 9. Indien de canon afgekocht is, wordt de verhoging van de schaduwgrondwaarde naar aanleiding van de wijziging beperkt tot de hoogte van de schaduwgrondwaarde conform de nieuwe bestemming."

NB de zinsnede "*met inachtneming van punt 9"* is toegevoegd omdat met de huidige besluittekst, de canon – als de canon bij nieuwe uitgifte lager zou zijn dan de huidige – zou dalen. Met deze zinsnede wordt voorkómen dat aftopping tot een verlaging van de canon t.o.v. de huidige canon zou leiden.

In de aanbieding en het besluit melden we eerst wat de canon resp. afkoopsom zou worden zonder aftopping. Indien aftopping plaatsvindt, vermelden we "omdat uw canon (resp. afkoopsom) hoger zou worden dan bij nieuwe uitgifte tegen dezelfde bestemming, wordt uw canon (resp. afkoopsom) beperkt tot xx".

Vanwege de archieffunctie van Hermes is het gewenst, dat grondwaardemutaties, afkoopsommen en canons in Hermes goed herleidbaar zijn. Wanneer bij aftopping alleen de "afgetopte" waarden in Hermes opgenomen, betekent dit een informatieverlies. Daarom is het voorstel, om bij de administratieve verwerking van aftopping, eerst de niet-afgetopte mutatie in te voeren, en daar vervolgens een correctieboeking (met reden aanpassing "aftopping") aan toe te voegen. Hiermee wordt een optimale transparantie in de administratie en archivering gerealiseerd.

Mogelijk heeft deze wijze van aftopping fiscale gevolgen voor de erfpachter. De fiscus berekent de overdrachtsbelasting immers o.b.v. 17x (de stijging van) de jaarcanon, ook als het om een afgekocht recht gaat. Dit is echter een zaak tussen de erfpachter en de fiscus, waarop de gemeente geen invloed heeft.

5 Beslispunten voor het DT

Het DT wordt gevraagd om het volgende vast te stellen:

- De huidige praktijk dat afkoopsommen worden "afgetopt", leidt tot een ongewenste daling van het erfpachtresultaat en is niet cf. de intenties van het College bij het "aftoppingsbesluit"; daarom moet deze aangepast dan wel nader geïnterpreteerd worden.
- Om juridische redenen en vanwege redelijkheid, billijkheid en draagvlak moet aftopping bij canonbetalende rechten blijven bestaan. Om financiële redenen is het echter gewenst dat de afkoopsommen voor afgekochte rechten niet met dezelfde factoren worden afgetopt als canons.
- De voorkeursoptie d, *aftopping als korting presenteren*, correspondeert (zowel qua werking als consequenties) met de intenties die het DT en het College destijds hadden bij het "aftoppingsbesluit".
- De besluiten voor bebouwings- en bestemmingswijziging en perceelsuitbreiding worden aangepast conform het hierboven omschreven punt d. Ook zal de hierboven genoemde werkwijze worden gevolgd.
- Daarnaast worden in de besluiten bebouwings- en bestemmingswijziging nog de volgende aanvullingen gedaan: … (5.1.2e …