Erfpachtvoorwaarden niet consumentvriendelijk

Stichting Erfpachters Belang Amsterdam (SEBA) constateert dat de 'Algemene Bepalingen voor eeuwigdurende erfpacht 2016 Amsterdam' (AB2016), zoals deze ter inspraak voorliggen, niet voldoen aan de criteria voor consumentvriendelijke erfpacht en dus nog niet duidelijk, veilig, nuttig en doelmatig zijn.

SEBA is van mening dat erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam consumentvriendelijk en daarmee Duidelijk, Veilig, Nuttig en Doelmatig behoren te zijn. En dat bij het ontwerpen hiervan de erfpachter – de klant – centraal dient te staan.

- Een erfpachtcontract is duidelijk wanneer het geen onnodige complexe componenten bevat, de informatie glashelder is en de erfpachter/koper de (financiële) werking van het erfpachtrecht, nu en in de toekomst, kan begrijpen, beoordelen en overzien.
- Een erfpachtrecht is veilig als de vermogensrechtelijke uitkomst bij alle scenario's uitlegbaar, redelijk en acceptabel zijn voor de erfpachter. Bij erfpachtrechten zijn de scenario's op te vatten als situaties waarin sprake is van wijziging van de te betalen canon of wijziging van de gebruiksmogelijkheden van de onroerende zaak.
- Een erfpachtrecht is voor een erfpachter nuttig als hij het genotrecht verwerft over een onroerende zaak, deze vrij kan verhandelen en belasten, waarbij de omvang van de beperkingen die aan het recht zijn verbonden in verhouding staan tot de betaalde canon en de lasten die hij zou hebben gehad indien hij het volle eigendom zou hebben verkregen.
- Erfpachtrechten zijn doelmatig als er geen sprake is van te hoge en/of onnodige kosten. Daarnaast moet de erfpachter voor het erfpachtrecht te opzichte van de aankoop van het volle eigendom geen extra kosten maken.

Voor consumenten is het van belang dat zij beschikken over informatie die hen in staat stelt een adequate beoordeling van het erfpachtrecht te maken. Om deze beoordeling te kunnen maken moet de verstrekte informatie correct, duidelijk en niet misleidend zijn.

De vier criteria voor consumentvriendelijke erfpacht zijn geformuleerd aan de hand van de criteria die de Autoriteit Financiële Markten stelt aan complexe financiële producten. Consumenten ervaren bij de koop van een woning het erfpachtrecht, net als bijvoorbeeld een hypotheek, als een complex financieel product. Het is dan ook logisch en wenselijk indien de gemeente Amsterdam zich, bij de ontwikkeling van het nieuwe erfpachtstelsel, richt naar dit publiekrechtelijke toezichtkader.

SEBA constateert dat er 34 knelpunten zijn waarom de AB2016 niet consumentvriendelijkheid zijn. Op 12 punten zijn de AB2016 niet duidelijk, eveneens op 12 andere punten zijn de AB2016 niet veilig, op 5 punten zijn de AB2016 niet nuttig voor de erfpachter en tenslotte zijn op 5 punten de AB2016 niet doelmatig.

SEBA heeft in een uitgebreide inspraakbrief de geconstateerde knelpunten gemotiveerd behandeld. Hieronder volgt per criterium artikelsgewijs een samenvatting:

Niet Duidelijk

- *Artikel 3 lid 2 sub c, bestemming en toegestaan gebruik*
  De beide termen 'bestemming' en 'toegestaan gebruik' zijn niet opgenomen bij de definities maar kunnen wel leiden tot sancties of beperkingen in het gebruik van het erfpachtrecht. Een limitatieve lijst van verschillende mogelijke bestemmingen en toegestane gebruik dienen in de definities opgenomen te worden.
- *Artikel 9 lid 2 sub c, gevaar, schade, hinder etc.*
  Onrechtmatig handelen van een erfpachter tegenover een derde geeft de gemeente de mogelijkheid om het erfpachtrecht te beëindigen. Dit is onevenwichtig, het verbod in dit artikel moet beperkt worden tot handelingen van een erfpachter tegenover de gemeente.
- *Artikel 13 lid 2, schadeplichtigheid gemeente*
  Onvoldoende duidelijk wat onder schade wordt verstaan. Deze door de gemeente te vergoeden schade dient ook de waardedaling van het erfpachtrecht als gevolg van de gedoogplichten uit het eerste lid van dit artikel te omvatten.
- *Artikel 14, risico waardedaling onroerende zaak*
  Het artikel is onduidelijke geformuleerd. De erfpachter moet ervan uit kunnen gaan dat er aan de aan hem in erfpacht uitgegeven zaak (het perceel) geen gebreken kleven die in een latere fase tot schade aan de opstallen kunnen leiden. Mocht dat toch gebeuren, dan dient dat voor risico van de gemeente te komen.
- *Artikel 24 lid 2, schade*
  Niet duidelijk of hier ook gedoeld wordt op toekomstige schade, bijvoorbeeld ontstaan door verlies van toekomstige canonaanspraken, of schade als gevolg van vermindering van de waarde van grond. Toekomstige schade en schade als gevolg van vermindering van de grondwaarde dient dan ook uitgesloten te worden.
- *Artikel 27 lid 1, schadeloosstelling*
  Onduidelijk of de kosten voor juridische bijstand die de erfpachter maakt bij de beëindiging van het erfpachtrecht en het vaststellen van de hoogte van de schadeloosstelling onder de schadeloosstelling vallen. SEBA geeft er de voorkeur aan dat dit expliciet wordt vermeld.
- *Artikel 32, ontruiming*
  Dit artikel is nietig, tenzij toegevoegd wordt dat deze bepaling niet in de weg staat aan het retentierecht van de erfpachter op grond van artikel 5:100 BW.
- *Artikel 33 lid 1, derdenwerking*
  De erfpachter kan met deze bepaling niet instemmen. Het uitdrukkelijk nastreven van derdenwerking brengt immers mee dat ook het verbod van artikel 9 lid 2 derdenwerking kan verkrijgen en dat een derde zich dus tegenover de erfpachter op dit verbod kan beroepen. Indien de gemeente beoogt dat de rechten en verplichtingen van de erfpachter op allen, ook indien zij geen zakenrechtelijke werking hebben, op de opvolgende erfpachter overgaan, dan zal dat als zodanig geformuleerd moeten worden.



- *Artikel 33 lid 2, kwalitatieve verplichtingen*
  Deze bepaling voldoet op geen enkele wijze aan het bepaalbaarheidsvereiste. Voor het vestigen van een kwalitatieve verplichting is het noodzakelijk dat glashelder is welke verplichting het betreft. Als de gemeente wil dat bepalingen die in haar ogen geen onderdeel van het erfpachtrecht uitmaken toch zakenrechtelijke werking krijgen, dan zal zij moeten aangeven welke bepalingen dat betreft en ten aanzien daarvan een kwalitatieve verplichting bedingen.

Ten aanzien van de in de AB2016 ontbrekende regelingen:

- *Methode en parameters waarlangs de erfpachtgrondwaarde wordt vastgesteld*
  De grondslag die gehanteerd wordt om de canon vast te stellen is volkomen onduidelijk. Opmerkelijk is dat in de AB2016 gesproken wordt van 'erfpachtgrondwaarde', terwijl in de AB200 en AB1994 gesproken wordt van 'grondwaarde'. Onduidelijk is wat het verschil is tussen deze begrippen. Onduidelijkheid over de grondslag kan bij aanpassing van de canon in de toekomst leiden tot een ongecompenseerde vermogensoverdracht tussen contractpartijen, hetgeen niet te billijken is.
- *Methode en parameters waarlangs het canonpercentage wordt vastgesteld*
  Het tarief dat gehanteerd wordt om de canon vast te stellen is volkomen onduidelijk. Onduidelijkheid over het tarief kan bij aanpassing van de canon in de toekomst leiden tot een ongecompenseerde vermogensoverdracht tussen contractpartijen, hetgeen niet te billijken is.
- *Mogelijkheid van een vaste canon en maximum limiet afkoopsom*
  SEBA is met de Marktwaardecommissie (commissie Monster) van mening dat de keuzemogelijkheid voor een vaste canon in de AB2016 zeer wenselijk is. De Grondwaardecommissie (commissie Berkhout) heeft aangegeven dat in een prudente berekening de verschillende betaalvormen niet tot andere uitkomsten van de gedurende de looptijd totaal te betalen canon leiden (gezien op het moment van uitgifte). Onduidelijk is of de afkoopsom die op grond van artikel 8 leden 2 en 3 wordt vastgesteld gemaximeerd is aan de erfpachtgrondwaarde bij uitgifte. Deze maximum limiet voor de afkoopsom zal moeten worden toegevoegd aan artikel 8.

Niet Veilig

- *Artikel 3 lid 4 sub a, erfpachtrecht niet onderhevig aan inkorting*
  Deze bepaling is in strijd met de opzegbevoegdheden van hoofdstuk VI. Het recht kan immers wel onderhevig zijn aan inkorting ingevolge de aldaar opgenomen regelingen.
- *Artikel 7 lid 5, geen verlaging bij deflatie*
  Dit is een onevenwichtige bepaling die meebrengt dat de canon slechts hoger kan worden en dat deze dus, indien er deflatie optreedt, steeds verder zal gaan afwijken van de aan de geldontwaarding aangepast aanvangscanon.



- *Artikel 9 lid 5, vrijstelling verboden lid 2*
  Als een perceel bijvoorbeeld een jaar gedeeltelijk bijna niet wordt gebruikt, krijgt de gemeente de mogelijkheid een hogere canon in rekening te brengen terwijl de grondwaarde niet stijgt en er dus (zeker in die zin) geen economische meerwaarde voor de erfpachter uit de handeling voortvloeit.
- *Artikel 15, schade aan derden*
  De gemeente dient aansprakelijk te blijven voor omstandigheden of oorzaken die hun oorsprong vinden voor uitgifte van het erfpachtrecht en die zich derhalve buiten de invloedsfeer van de erfpachter hebben voortgedaan, tenzij in de bijzonder voorwaarden ten aanzien daarvan duidelijke afspraken zijn gemaakt (onder verrekening in de prijs).
- *Artikel 20, voorwaarden verbonden aan toestemming*
  De gemeente behoudt zich de bevoegdheid voor om aan vrijstelling of toestemming voorwaarden te verbinden, waaronder de voorwaarde dat de canon wordt herzien. Dit geldt in de volgende gevallen:
  - als voorwaarde om een (gewijzigd) bouwplan goed te keuren (artikel 4);
  - als het erfpachtrecht overgedragen of toegedeeld wordt voor ingebruikname (artikel5);
  - bij wijziging erfpachtbestemming en toegestaan gebruik (artikel 9);
  - bij geheel of gedeeltelijke sloop of wijziging vloeroppervlakte (artikel 10);
  - bij splitsing en samenvoeging van het erfpachtrecht (artikel 11) en
  - bij ondererfpacht (artikel 12)

  SEBA acht deze bepaling in meerdere omstandigheden onevenwichtig en onredelijk.
  > Een zelfbouwer die geen omgevingsvergunning krijgt voor een door de gemeente privaatrechtelijk goedgekeurd bouwplan, en dus gedwongen is dat bouwplan aan te passen, kan geconfronteerd worden met een canon gebaseerd op ontwikkelingen (bijvoorbeeld een hogere grondwaarde of canonpercentage) die zijn opgetreden nadat hij een erfpachtovereenkomst met de gemeente heeft getekend.
  > Indien een erfpachter gedurende de bouwfase in financiële problemen komt, dan kan hij bij overdracht van zijn recht geconfronteerd worden met een hogere canon. Dat kan (zeer) waarde drukkend werken en tot aanzienlijk verlies leiden.
  > Indien de erfpachter zijn recht in ondererfpacht uit wil geven, kan hij geconfronteerd worden met een geactualiseerde canon. Er is geen reden te bedenken waarom dat redelijk zou zijn. De erfpachter kan belang hebben bij uitgifte in ondererfpacht, bijvoorbeeld omdat hij het huis een bepaalde tijd aan een ander in gebruik wil geven en het daarna weer voor eigen gebruik terug wenst (of voor gebruik door zijn kinderen).
  > Indien het erfpachtrecht een woning betreft, dan brengt artikel 9 mee dat indien die woning, om welke reden ook (bijvoorbeeld bij een niet succesvolle wens tot overdracht) langer dan een jaar leeg staat, de gemeente aan vrijstelling van de in artikel 9 genoemde verplichting de voorwaarde van canonherziening kan verbinden en zo de canon kan actualiseren.
  > De gemeente kan bij wijziging van de bestemming of bebouwing of bij splitsing van het erfpachtrecht, middels deze herzieningsbevoegdheid in bepaalde gevallen een canon



incasseren die zij noch bij voortduring van het bestaande recht nog bij uitgifte van een nieuw recht kan realiseren. SEBA biedt aan deze situatie met een rekenvoorbeeld toe te lichten.

> Er kunnen vraagtekens ontstaan over de juistheid en marktconformiteit van de gehanteerde variabelen bij de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid. Daarnaast is het niet redelijke te werken met de actuele grondwaarde en het actuele canonpercentage, omdat de gemeente bij vestiging met de gewijzigde bebouwing en bestemming die opbrengst evenmin had kunnen genereren. Deze onredelijkheid is door de rechter in 2011 al vastgesteld.

- *Artikel 20 lid 6 sub a*
  Het is niet redelijk de hogere canon bij wijziging van de bebouwing en bestemming al in rekening te brengen als de wijziging nog niet gereed is. De opbrengst van de grond is dan immers nog niet gelijk aan de hogere grondwaarde die aan de canon ten grondslag is gelegd.
- *Artikel 23 juncto 26, eenzijdige opzegging gemeente*
  De erfpachter kan niet opzeggen, terwijl de gemeente wel kan opzeggen. De erfpachter dient, om evenwicht in de bepalingen terug te brengen, evengoed de mogelijkheid te krijgen op te zeggen indien daarvoor zwaarwegend belang aanwezig is. Dat zwaarwegend belang zal een spiegeling dienen te zijn van het algemeen belang dat door de gemeente kan worden ingeroepen.
- *Artikel 25, schadevergoeding*
  De beperking van de vergoeding van de waarde van het erfpachtrecht, die de erfpachter op grond van dit artikel kan vorderen is in strijd met de wet. In artikel 5:87 lid 2 BW is vastgesteld welke waarde aan de erfpachter vergoed dient te worden, terwijl elke afwijking daarvan op grond van lid 3 van datzelfde artikel nietig is.
- *Artikel 28 lid 5, toerekening van betalingen*
  Door bedragen die de erfpachter betaalt als canon toe te rekenen aan bijvoorbeeld boetes, renten of andere schulden, wordt de opzegmogelijk op onredelijke wijze vervroegd. Dit is in strijd met de beschermingsgedachte die in artikel 5:87 lid 2 BW is verwerkt. Het is dus een afwijking van de wet in voor de erfpachter negatieve zin en derhalve op grond van lid 3 van het zelfde artikel nietig.
- *Artikel 29 lid 2, termijn voor keuze geschillenbeslechting door rechter*
  Een consument dient een maand de tijd te krijgen om zich te beraden op zijn keuze voor de gang naar de rechter of een bindend advies van een deskundigencommissie. Dat kan slechts zo zijn indien de maand gaat lopen vanaf het moment van ontvangst van de brief.
- *Artikel 29 lid 4 en sub b, beleid van de gemeente*
  Deskundigen moeten bij hun bindend advies het beleid van de gemeente ten aanzien van de uitvoering van de algemene en bijzondere bepalingen in acht nemen. Daarmee kan de gemeente eenzijdig de inhoud en uitwerking van de overeenkomst wijzigen of beïnvloeden. Dat leidt tot nietigheid van de bepaling.



Ten aanzien van het concept uitgiftebeleid:

- *Artikel 2 lid 2 sub k, waarborgsom*
  De bepaling is slechts evenwichtig indien daarin tevens is bepaald dat de gemeente een zelfde bedrag aan de (toekomstige) erfpachter verschuldigd is voor de omgekeerde situatie.

Niet Nuttig

- *Artikel 9 lid 2 sub b, handelingen die waarde grond verlagen*
  Niet valt in te zien hoe deze bepaling bij een eeuwigdurend recht enig belang van de gemeente dient. Het is een onnodige en onredelijke belemmering van de erfpachter om handelingen te verrichten die (voor hem persoonlijk) het genot van de zaak verhogen doch die mogelijk de waarde van de grond op de markt verlagen.
- *Artikel 11 lid 1 sub b, verbod op splitsing in appartementsrechten*
  Dit verbod is strijdig met de in de wet bij artikel 5:106 BW opgenomen regeling. De erfpachter is, na verkregen toestemming van de grondeigenaar, bevoegd tot splitsing in appartementsrechten.
- *Artikel 12, ondererfpacht*
  Het verbod op ondererfpacht is een onnodige beperking van de vrijheid van de erfpachter met zijn recht te doen en laten wat hij wil. Ondererfpacht is een nuttige en wenselijke methode voor het tijdelijk in gebruik geven van de zaak aan een ander. Het is niet redelijk dat aan toestemming (en dus mogelijk canonherziening) onderhevig te maken.
- *Artikel 17 lid 3, recht gemeente om perceel (en woning) te betreden*
  Deze bepaling biedt de gemeente te allen tijde het recht het perceel en de daarop gebouwde woning te betreden. Dit is een ernstige inbreuk op de privacy van de erfpachter. De bepaling is in strijd met artikelen 10 en 12 van de Grondwet en met artikel 8 EVRM.
- *Artikel 21, geschillencommissie*
  Deze bepaling is geheel overbodig en geeft een schijnzekerheid. Waar geschillen over zullen ontstaan is de vraag of de invulling die de gemeente aan de formules opgenomen variabelen wenst te geven wel juist en marktconform zijn. Dat dient door de commissie, en indien een partij dat wenst, de rechter te kunnen worden beoordeeld.

Niet Doelmatig

- *Artikel 18, boete*
  Dit is een oneerlijk beding waarbij door de gemeente eenzijdig aan de erfpachter zeer hoge kosten opgelegd kunnen worden, vergelijkbaar met een jaarinkomen van de erfpachter.
- *Artikel 19, parate executie*
  De gemeente krijgt het recht een verplichting van de erfpachter waaraan deze (naar het oordeel van de gemeente) niet voldoet, zelf uit te voeren. Dit is een zeer vergaande bevoegdheid. Het is niet redelijk en evenwichtig dat deze bevoegdheid ontstaat voordat een



rechter heeft uitgemaakt dat de erfpachter (indien deze dat betwist) inderdaad een verplichting niet is nagekomen.

- *Artikel 28 lid 3, uitsluiting verrekeningsbevoegdheid*
  In dit artikellid wordt de verrekeningsbevoegdheid van de erfpachter beperkt tot vordering jegens de gemeente die verband houden met het erfpachtrecht. Dat zou in principe zelfs wettelijke verrekeningsbevoegdheid kunnen beslaan.
- *Artikel 28 lid 4, vertragingsrente van 6%*
  Gezien de huidige rentestand is een vertragingsrente van 6% niet anders te beschouwen dan een boeterente. Daarmee is dit een onevenredig hoge schadevergoeding.
- *Artikel 29 lid 6, kosten deskundigen*
  Niet valt in te zien waarom het redelijk is dat de erfpachter de helft van de kosten zou moeten dragen voor het vaststellen van de schadeloosstelling ingevolge artikel 13 (gedoogplicht). De gemeente wenst middels dat artikel ten behoeve van het algemeen belang immers inbreuk te maken op het aan de erfpachter uitgegeven erfpachtrecht. Daar dient de gemeenschap de kosten van te dragen, ook die ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding.

Tot op heden weigert de gemeente Amsterdam om met SEBA in onderhandeling te treden over de erfpachtvernieuwing. De laatste verzoeken hiertoe van SEBA blijven door de gemeente zelfs geheel onbeantwoord. Het moge duidelijk zijn dat deze inspraakprocedure iets geheel anders is dan een onderhandeling tussen (vertegenwoordigers van) partijen en zeker niet als plaatsvervangend hiervoor kan worden beschouwd.

Stichting Erfpachters Belang Amsterdam
Amsterdam, 31 maart 2016