(10)(2e)

M: (10)(2e)@erfpachtinamsterdam.nl

(10)(2e)

M: (10)(2e)@amsterdam.nl
(10)(2e)@amsterdam.nl
(10)(2e)@amsterdam.nl
CC: (10)(2e)@amsterdam.nl

Betreft: advies commissie Berkhout (GWC)

Amsterdam, 28 juni 2015

Geachte wethouders,

Het advies van de commissie Berkhout (GWC) van 18 juni 2015 is een inbreuk op het eigendomsrecht van huiseigenaren en bedrijven in Amsterdam. Het advies is strijdig met het uitgangspunt van artikel 1 Eerste protocol EVRM, dat een ieder recht heeft op het ongestoord genot van zijn eigendom.

Zoals bekend is het economisch eigendom van een onroerende zaak bij erfpacht gesplitst tussen gemeente en erfpachter. De gemeente is en blijft juridisch eigenaar van de woning of bedrijfspand, maar de erfpachter (huiseigenaar of bedrijf) heeft het economisch genot van het eigendom en betaald hiervoor een halfjaarlijkse vergoeding aan de gemeente – de canon. In Amsterdam zijn meer dan 90 procent (400.000) van de woningen door de gemeente uitgegeven in erfpacht. De gemeente Amsterdam is met haar grondbedrijf monopolist op de Amsterdamse vastgoedmarkt en bij het wijzigen van de erfpachtregels is het dus van belang dat de gemeente geen misbruik maakt van haar economische machtpositie.

De commissie Berkhout is door het gemeentebestuur ingesteld, waarbij erfpachters geen inspraak hebben gehad in de samenstelling en de opdracht van de commissie. Tegen deze gang van zaken hebben erfpachters en SEBA zich begin 2015 tevergeefs verzet.

De commissie Berkhout komt nu met een advies waarvan het onder andere de bedoeling is dat dit gebruikt gaat worden om, ten behoeve van de overstapregeling, voor alle bestaande woningen en bedrijfspanden in Amsterdam de grondwaarde en bijbehorende waarde van het erfpachtrecht te bepalen. De commissie stelt hierbij dat overstappen naar het nieuwe systeem voor erfpachters vrijwillig is en dat de gemeente als gevolg hiervan geen machtspositie heeft. Deze gevolgtrekking is onjuist omdat het gegeven dat zo meteen voor ieder appartement, woning en bedrijfspand in Amsterdam vaststaat wat een erfpachter (of potentiële koper) bij de overstap naar het nieuwe systeem moet betalen aan de gemeente van directe invloed is op huizenprijzen, hypotheken en de waarde van commercieel vastgoed. In Amsterdam is er geen reëel alternatief voor erfpacht en wij gaan ervan uit dat de gemeente met ons wil dat de gevolgen van de overstap duidelijk en

transparant naar de markt worden gecommuniceerd. Het is dus van groot belang voor erfpachters dat het gemeentelijke aanbod een weerspiegeling vormt van de marktprijzen voor bestaande erfpachtrechten in de afgelopen decennia.

De commissie Berkhout maakt geen afweging tussen de gerechtvaardigde belangen van gemeente en erfpachters. De commissie kiest volledig voor het belang van winstmaximalisatie voor de gemeente. Dit is niet helemaal onverwacht, omdat dit al in de formulering van de opdracht aan de commissie lag besloten.

De gemeente Amsterdam opereert bij deze vernieuwing van het erfpachtsysteem niet alleen als eigenaar en monopolist, maar ook als overheid. De grenzen die aan de gemeente Amsterdam worden gesteld wanneer ze zich in het (economisch) eigendom inmengt zijn dus ook op deze erfpachtvernieuwing van toepassing. Hierbij geldt dat:

1. Een inmenging niet in strijd mag komen met het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod op willekeur;
2. De inmenging een gerechtvaardigd algemeen belang dient te dienen;
3. De inmenging proportioneel dient te zijn, dat wil zeggen dat een 'fair balance' moet bestaan tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van de betrokkene;
4. Een inmenging geen onevenredige last ('excessive burden') op de betrokkene mag leggen.

De commissie Berkhout geeft aan het begrip grondwaarde voor bestaande erfpacht een fictieve invulling. De Algemene Bepalingen van bestaande erfpachtrechten waarin het begrip grondwaarde is opgenomen (AB1994 en AB2000) worden hierdoor zodanig uitgelegd dat dit met terugwerkende kracht wijzigingen tot gevolg heeft ten nadele van de erfpachter. Dit is strijdig met de rechtszekerheid. De Algemene Bepalingen van voor 1994 kennen het begrip grondwaarde zelfs in zijn geheel niet. Dit knelt des te meer omdat dit financiële consequenties heeft voor de erfpachter en de erfpachter geen mogelijkheid tot koop van het juridisch eigendom heeft ('compulsory borrowing'). In de SEBA procedure is vast komen te staan dat de grondslag bij uitgifte voor het bepalen van de canon tussen 1923 en 1993 de kostprijs van de grond was. De commissie Berkhout gaat uit van de fictieve residueel berekende waarde van de grond. Hiermee schendt de commissie Berkhout de rechtszekerheid voor de erfpachter.

De commissie Berkhout gaat bij de behandeling van de voor- en nadelen van de verschillende waarderingsmethoden volledig voorbij aan de belangen van erfpachters. De commissie kiest willekeurig en ongemotiveerd, althans volstrekt onvoldoende, voor een methode van winstmaximalisatie voor de gemeente. Ook bij de behandeling van het canonpercentage gaat de commissie Berkhout volledig en ongemotiveerd voorbij aan de belangen van erfpachters met betrekking tot het reële rendement (tussen 1% en 3%) en de risico-opslag (tussen 1,5% en 2%). Erfpachters draaien in het voorstel niet alleen op voor het inflatierisico, maar ook op het investeringsrisico en het financieringsrisico van de gemeente. De door SEBA en andere (vertegenwoordigers van) erfpachters aangedragen knelpunten voor de overstapregeling en bezwaren bij de gekozen waarderingsmethode en canonberekening zijn door de commissie Berkhout onbehandeld gebleven.

Er is geen gerechtvaardigd algemeen belang voor een verschuiving van de vermogenspositie tussen gemeente en erfpachter bij de overstapregeling dat door het advies van de commissie Berkhout wordt gediend. De door de commissie Berkhout gekozen residuele grondwaardemethode is bovendien strijdig met het uitgesproken uitgangspunt van dit stadsbestuur om te stoppen met het beleid dat de waardestijging van de grond de gemeente toekomt. Allereerst doordat de hoogte van

het canonpercentage (reëel rendement en risico opslag ruim 3 tot 6 keer hoger dan de groei van het nationaal inkomen) op termijn een uitholling van het vermogen van de erfpachter betekent. Daarnaast doordat bestaande erfpachtcontracten bij overstap herzien worden, waarbij de waardestijging tot nu toe, ondanks de canonherzieningsprocedures van de afgelopen jaren, alsnog volledig wordt afgeroomd.

Bij het bepalen van de uitgangspunten en de te gebruiken rekenmethoden heeft de commissie Berkhout het belang van haar inmenging in de economische eigendomsverhouding niet afgewogen tegen de bescherming van de rechten van de gemeente en de erfpachter. De vermogensrechtelijke uitkomst van de belangenafweging dient bij alle scenario's uitlegbaar, redelijk en acceptabel te zijn voor de erfpachter. De commissie Berkhout heeft hierbij ook nagelaten om de belangen van particuliere erfpachters te wegen, laat staan om deze zwaarder te wegen. De te betalen canon na herziening dient in verhouding te staan tot de omvang van de beperkingen die aan het erfpachtrecht zijn verbonden en de lasten ('cost of ownership') die de erfpachter zou hebben gehad indien hij het volle eigendom zou hebben verkregen. Op basis van vaste rechtspraak en de literatuur dienen beperkingen van het genot welke voortvloeien uit de erfpachtvoorwaarden en de gebondenheid van partijen door de erfpacht, tot uitdrukking te komen in het verschuldigde canonbedrag door de erfpachter. Deze belangrijke afweging wordt door de commissie Berkhout in zijn geheel niet beantwoord, als 'korting' weggezet en de invulling hiervan overgelaten aan de gemeente. De commissie Berkhout laat na om de te hoge en onnodige kosten voor de erfpachter, zoals hiervoor genoemd opgenomen in het canonpercentage, mee te nemen in haar belangenafweging. De commissie Berkhout bevestigt hiermee wel de fout in het huidige erfpachtsysteem dat bij de vaststelling van de canon in het eerste tijdvak geen rekening is gehouden met de erfpachtbeperkingen en gebondenheid van partijen.

De commissie Berkhout bevestigt ook de fout in het huidige erfpachtsysteem, waardoor de erfpachter een dubbele inflatievergoeding betaald. De gemeente stelt in het huidige systeem de canonbedragen alleen op grond hiervan al gemiddeld ten minste 30% te hoog vast. De commissie Berkhout laat na om dit gegeven vervolgens in haar afwegingen te betrekken.

Een residuele berekening van de grondwaarde (in welke vorm dan ook) bij canonherziening legt per definitie een onevenredige last bij de erfpachter. De residuele grondwaardemethode gaat er immers vanuit dat de waardestijging ('goodwill') aan de grond (de gemeente) toegerekend moet worden. Dit is als methode voor beprijzing op het moment van gronduitgifte een goed bruikbare methode, maar op het moment van bestaande erfpacht een disproportionele inmenging in de vermogensverhouding tussen eigenaar en erfpachter.

De gemeente past, in het huidige systeem, voor de afkoop van de canon een opslag toe om zichzelf schadeloos te stellen, waardoor de afkoopsom voor 50 jaar gelijk wordt aan de grondwaarde. Dit is een inconsistentie welke een onevenredige last bij de erfpachter neerlegt. De gemeente ziet immers niet af van canonherziening aan het einde van het afgekochte tijdvak, waardoor de erfpachter over de gehele looptijd meer gaat betalen dan de grondwaarde. Aangezien de grondwaarde bij uitgifte residueel is afgeleid van de marktwaarde van het object is deze rekenwijze intern inconsistent en daardoor niet prudent. De grond kan door de gekozen financieringsvorm niet meer waard worden dan de grondwaarde op dat moment. Dit knelt des te meer, nu de gemeente voor langere tijd de afkoopsom voor het eerste tijdvak verplicht heeft gesteld. De commissie Berkhout heeft geen rekening gehouden met deze onevenredige last die de erfpachter in geval van betaalde afkoopsom draagt bij overstap naar het nieuwe erfpachtsysteem.

Een bijzondere onevenredige last komt voor rekening van de erfpachter, wanneer bij de uitgifte in erfpacht BTW is betaald over de grondwaarde. BTW was tot 2015 verschuldigd indien de *waarde in het economisch verkeer* (de marktwaarde van de volle eigendom van de zaak) door de gemeente werd geleverd, anders was Overdrachtsbelasting verschuldigd. Bij erfpacht uitgiften vanaf begin jaren '90 hebben erfpachters in Amsterdam in de regel BTW betaald. De commissie Berkhout heeft de door haar gehanteerde marktwaarde hiervoor ook niet gecorrigeerd. Er is dus geen enkele reden om aan te nemen dat er de afgelopen decennia in Amsterdam een verschil in grondprijzen is geweest tussen voortdurende- en eeuwigdurende erfpacht en vol eigendom. De gemeente Amsterdam heeft gehandeld als ware de waarde van de uitgifte in voortdurende erfpacht die van vol eigendom. De commissie Berkhout heeft nagelaten dit in haar afwegingen te betrekken.

Voortzetting van de ingeslagen weg leidt, naar analogie van de titel van het advies van de commissie Berkhout, tot een Zinkend Schip van de vernieuwing van het erfpachtsysteem.

SEBA wil, nu het gezien de geplande tijdlijnen nog kan, op korte termijn met het stadsbestuur in overleg treden om daadwerkelijk en inhoudelijk te praten over het nieuwe erfpachtsysteem. De koers die nu wordt gevaren leidt onvermijdelijk tot schipbreuk nog voor het zicht op de haven. Hierbij moet niet alleen de waardebepaling aan de orde komen, maar ook de geplande nieuwe erfpachtvoorwaarden. Hierover tasten wij nog volledig in het duister. Voor zover nodig kan dit uiteraard in beslotenheid en vertrouwelijkheid geschieden.

Hoogachtend,
Met vriendelijke groet,

(10)(2e)

(10)(2e)

Voorzitter SEBA