Aan: inhoudelijk voortgangsoverleg
van: (10)(2e) (10)(2e) & (10)(2e) (10)(2e)
Betreft: Opzet voor een notitie over handhaving bij de vernieuwing van het erfpachtstelsel
Datum: 18 mei 2015

Nut en noodzaak van handhaven
Waar regels worden gesteld, ligt het voor de hand dat mensen zich al dan niet opzettelijk en/of incidenteel niet aan die regels houden.
Voorbeeld: Men mag niet door rood rijden. Doet men dat toch en wordt men door een handhaver betrapt, krijgt men tenminste een boete opgelegd of wordt men voor de rechter gedaagd. Ook als men niet betrapt wordt blijft door rood licht verboden alleen ontbreekt dan de sanctie. Het stellen van een algemeen aanvaarde regel heeft daardoor op zich al handhavende werking; de grootte van de pakkans (sanctie) vergroot de handhavende werking aanzienlijk.

Binnen het erfpachtstelsel stelt de gemeente regels om de volgende redenen:
- Voorkomen ongewenste effecten op openbare ruimte, belendende percelen en/of milieu
- Beleid t.a.v. bestemmingen (bijv. voorkómen monofunctionele gebieden, maar ook voldoende sociale huurwoningen, of voorkómen toename leegstaand kantoorareaal)
- Creëren van een *level playing field* voor marktpartijen
- Politieke doelen (de gemeenteraad wil dit, dus we zetten dit in …)
- Financiële redenen (bijv. haalbaar maken uitgifte door bepaalde bestemmingen uit te sluiten, omdat erfpachter niet de gebruikswaarde bij een onbeperkt gebruik kan betalen)
- …
- …

Deze regels bereiken slechts het bedoelde effect, wanneer ze ook daadwerkelijk worden nageleefd. Als regels op enige schaal niet worden nageleefd, levert dat op, dat er het gegeven genot (waarvoor de canon staat) en het genomen genot van de erfpacht niet langer in overeenstemming zijn. Daarenboven kunnen deze afwijkingen belangen van gemeente en derden schaden (inbreuk level playing field, ordeningsdoelen, milieuhinder-/schade etc.)

publiekrecht vs. privaatrecht
We leveren bouwkavels in de vorm van erfpachtrechten in het privaatrecht. De erfpachter bebouwt de kavel met het overeengekomen bouwplan, dat binnen het publiekrechtelijk kader moet zijn ontwikkeld. Bij het leveren van een kavel stellen we regels in de vorm van Algemene Bepalingen en bijzondere bepalingen in het erfpachtcontract. Zo worden bij zelfbouwkavels kavelpaspoorten privaatrechtelijk verbonden aan het erfpachtrecht. De erfpachter kan in voorkomende gevallen publiekrechtelijk via het bestemmingsplan een omgevingsvergunning verkrijgen die hem ruimere bebouwingsmogelijkheden geeft dan het erfpachtrecht hem toestaat. Op grond van het bouwbesluit is het in een aantal gevallen zelfs mogelijk in strijd met het bestemmingsplan vergunningsvrij te bouwen (uitbouwen achterzijde) Constatering en zelfs handhaving hiervan is met name voor woningbouw problematisch en schiet nu tekort?

Ander voorbeeld: uitgifte van bouwkavels voor goedkope of middensegment huurwoningen aan niet-toegelaten instellingen. In bijzondere bepalingen regelen we de wens de te bouwen woningen onder een gelijke huurstelling als "sociale huur" te verhuren. Maar we hebben geen handhavingsapparaat dat dergelijke regels controleert, handhaaft en bij overtreding/niet-naleving sanctioneert. (Een toegelaten instelling valt wettelijk onder een regime van financiële en beleidsmatige controle en kan zich daaraan niet onttrekken).

Nog een voorbeeld: bij veel huurwoningen hebben we opgenomen, dat ze tot 20xx moeten worden verhuurd tegen max. € xxx per maand. Dit controleren we niet. Mochten er echter klachten komen in een concrete casus (bijvoorbeeld vanuit de Huurdersvereniging), dan kunnen we deze bepalingen wel inzetten om het gemeentelijke belang alsnog te handhaven in dat geval. M.a.w.: "de waakhond is in diepe slaap verzonken, maar kan desgewenst wel wakker worden gemaakt".

Soms is de politiek (en ook het ambtelijke apparaat?) al tevreden, wanneer een regel op papier staat, ongeacht of dat deze ook daadwerkelijk wordt gerealiseerd.

Algemene Bepalingen

Voor AB's geldt naar mijn idee hetzelfde: alle (beperkende) regels die we opnemen, dragen van nature de eigenschap met zich mee dat ze overtreden kunnen worden en in sommige gevallen om overtreding vragen omdat onduidelijk is welk belang daarmee gediend is c.q. het belang onvoldoende breed is aanvaard. Uit onwetendheid of met opzet. Bij elke regel die we opnemen in de AB's kan je afvragen of een dergelijke (beperkende) regel is te overtreden, of dat erg is en of handhaving zou moeten zijn om naleving van de regel te waarborgen. Een stelling is dat je geen regels moet stellen die je niet kan handhaven.

Bij door rood rijden kunnen doden en gewonden vallen, dat vinden we allemaal erg en daarom vinden we naleving evenals handhaving van de regel normaal. Een erfpachter die (willens en wetens of uit onwetendheid) erfpachtbepalingen aan zijn laars lapt. Hoe erg vinden we dat? Wie worden er door geraakt/in hun belangen geschaad? Lopen we bijvoorbeeld erfpachtinkomsten mis?

Een andere stelling is: "een blaffende waakhond voorkomt dat hij daadwerkelijk inbrekers in de benen hoeft te bijten": je weet maar nooit of er een situatie komt, waarin strakke handhaving van een (tot dan toe slapende) regeling nodig blijkt. Een voorbeeld is de bepaling vanaf de AB1966, dat de erfpachter het perceel cf. bestemming moet gebruiken. Jarenlang is hier niets mee gedaan, totdat bleek dat sommige kantoorbeleggers – uit speculatieve overwegingen – hun vastgoed liever jarenlang leeg lieten staan, dan dat zij serieus nadachten over transformatie. Toen was het handig dat we die regel toch in onze AB's bleken te hebben.

Handhaving?

Alle instanties met een wettelijke handhavingstaak hebben ook werkelijk een handhavingsapparaat; Bouw- en Woningtoezicht (publiekrecht) heeft handhavers, de Belastingdienst heeft inspecteurs etc., Op het snijvlak van publiek privaat hebben ook corporaties een handhavingsapparaat om te voorkomen, dat sociale huurwoningen oneigenlijk worden gebruikt. Ook privaat is actief contractbeheer op allerlei aspecten gebruikelijk. Maarheeft Grond & Ontwikkeling een actieve erfpachtbeheer zoals Haven Amsterdam dat doet in een mix met accountbeheer (zit u nog op de goede plek/wat kunnen wij voor u betekenen)? Ik ben van mening dat bij normaal contractbeheer ook handhaving hoort. De handhaving vindt bij bedrijfsterreinen eens in de vijf jaar plaats. Bij andere bestemmingen komen we er meestal per ongeluk achter. Of op momenten dat het perceel om andere redenen in de belangstelling komt (bijvoorbeeld door vestiging van een motorclub), of doordat een bepaalde bestemmingscategorie plotseling bestuurlijk actueel wordt (bijv. kantorenleegstand). Dus meestal achteraf.
Om tot een effectieve handhaving te kunnen komen, die ook bij rechterlijke toetsing stand houdt, moet sprake zijn van een vastgesteld handhavingsbeleid, dat consequent wordt uitgevoerd. Dit gaat aanmerkelijk verder dan tussen particulieren onderling, omdat op het handelen van de

gemeente naast de eisen van redelijkheid en billijkheid ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn. Uiterste zorgvuldigheid is daarom geboden (lessen uit het IKON-arrest).

Dus…

1. Bij het samenstellen van de AB's moet je je continu blijven afvragen of:
    a. de op te nemen regels zinvol, controleerbaar en handhaafbaar zijn
    b. het opnemen van (beperkende) regels nodig is als we deze niet kunnen of willen handhaven,
    c. Het opnemen van een bepaalde regel de gemeente zekerheid (handhaven/afdwingbaar), of slechts schijnzekerheid geeft (niet handhaven / niet afdwingbaar)
2. Moeten we aan onze bestuurders wellicht voorleggen om een handhavingsapparaat in welke vorm dan ook op te zetten/toe te voegen aan Erfpacht & Uitgifte om uitvoering te geven aan al die algemene en bijzonder bepalingen die het erfpachtbeheer rijk is?
3. Moeten we de afweging maken, in hoeverre we een "slapende gereedschapskist aan bepalingen" willen hebben, die we in de onvoorspelbare toekomst wellicht een keer nodig kunnen krijgen?
4. Verbods-/gebodsbepaling in AB screenen op relevantie en gebieden waarop zij van invloed zijn; bijvoorbeeld:
    a. Bestemming / gebruik / vloeroppervlakte hebben (thans) een directe relatie met de grondwaarde waarop de canon/afkoopsom is gebaseerd → handhaven om balans erfpachtgenot en canon in stand te houden en oneigenlijke concurrentie tegen te gaan.
    b. Bouwplicht opgenomen omdat we uitgeven voor bouw en tegengaan speculatie, niet afdwingbaar via publiekrecht → ???
    c. Afscheiden kavel van openbare weg; voorkomen dat tuin onbedoeld tot openbare ruimte gaat behoren en de gemeente verantwoordelijk is/wordt voor aanleg, beheer, onderhoud en handhaving; plicht vloeit voort uit voorwaarden ontstaan openbaarheid → schrappen; handhaving via publieke domein
    d. Afscheiden kavel van buren; fysieke helderheid over wat tot erfpacht behoort; is al verplichting uit BW → schrappen
    e. Gebruik leidt niet tot bezwaar welstand; voor handhaving is publiek kader noodzakelijk (beeldkwaliteitsplan o.d.), dat kent een eigen handhavingskader → schrappen