Gemeente Amsterdam

# Nader (juridisch) inzake invoering bodem canonpercentage bij erfpachtwijzigingen onder de AB2000

Aan Burgemeester Van der Laan, Wethouders Van der Burg, Kock en Viegenthart,
Van Directeur G&O (Van Rossum) en Directeur DJZ (Catrien Lenstra); Behandelend ambtenaren: 5.1.2e (DJZ) en 5.1.2e (G&O).
Kopie aan --

Datum 28 september 2016

**N.B. : De canonpercentages voor het vierde kwartaal 2016 gaan in op 1 oktober aanstaande. Derhalve moeten de percentages uiterlijk aanstaande vrijdag (30 september 2016) in het gemeenteblad worden gepubliceerd. Het is derhalve wenselijk dat het collegebesluit vandaag (28 september 2016) wordt genomen.**

Geachte heren,

In de collegevergadering 27 september jl is de voordracht "*Wijzigen van het beleid inzake het canonpercentage voor uitbreiding en wijziging van bestaande erfpachtrechten met de AB2000 en voor gemeentelijke aanbiedingen bij canonherziening einde tijdvak en bij conversies naar de AB2000*" besproken. De voordracht treft u bijgaand als BIJLAGE 1 nogmaals aan.

In de collegevoordracht zijn twee voorstellen gedaan:

- bodem van 0,81 per direct (1 oktober 2016)
- bodem van 0,81 per 1 januari 2017 (dus voor laatste kwartaal 2016 een overgangsperiode met ongewijzigde berekeningswijze, d.w.z. een canonpercentage van 0,24)

Naar aanleiding van de bespreking is verzocht om nader juridisch advies. De vraag is wat het (juridische) risico is als de bodem in het canonpercentage hoger wordt vastgesteld dan 0,81%. Het onderstaande advies is opgesteld in afstemming met NautaDutilh en Pels Rijcken.

*Algemeen*
Vooropgesteld moet worden dat niet zonder meer vaststaat dat de gemeente (op grond van de tekst en totstandkomingsgeschiedenis van de AB2000) beleidsvrijheid heeft om de berekeningswijze van het canonpercentage voor erfpachtwijzigingen onder de AB2000 te wijzigen door het introduceren van een bodempercentage. Probleem is dat de tekst van AB2000 hierover geen duidelijkheid verschaft, de betrokken

artikelen 11 en 12 verwijzen slechts naar de term 'canonpercentage'. Om die onduidelijkheid in te vullen zou aan de hand van uitleg (het zgn. Haviltex-criterium) gekeken moeten worden wat partijen in dit kader op het punt van het canonpercentage hebben beoogd. De totstandkomingsgeschiedenis van de AB2000 en de toelichting zijn bekeken en bieden helaas geen aanknopingspunten voor 1 eenduidige uitleg. Dit betekent dat er grote onzekerheid is over hetgeen de rechter zal oordelen (wel of geen beleidsvrijheid).

*Geen beleidsvrijheid*
Indien de rechter oordeelt dat de gemeente geen beleidsvrijheid heeft kan de gemeente geen bodempercentage - met welke bodem dan ook - introduceren.
gin
*Wel beleidsvrijheid*
Als ook toegelicht in de voordracht is het verdedigbaar dat de gemeente beleidsvrijheid heeft maar er bestaat zonder meer een procesrisico (zie hierboven en onder). Indien de rechter aanneemt dat sprake is van beleidsvrijheid, zal de rechter vervolgens toetsen of de wijziging van het beleid, gelet op de betrokken belangen, gerechtvaardigd is. De volgende factoren zijn daarbij van belang, in het bijzonder in het licht van de afweging om tot de introductie van een hoger bodempercentage over te gaan[1].

1. *Verzwaarde bewijslast bij besluit hoger bodempercentage*; De beleidswijziging dient deugdelijk onderbouwd en gemotiveerd te worden, waarbij de betrokken belangen van de gemeente en erfpachters zorgvuldig worden afgewogen (zie ook ad 5 collegevoordracht);

   Een hoger bodempercentage dan 0,81 % (dat het bestaande percentage benadert) wijkt meer af van hetgeen de erfpachters hadden kunnen voorzien en heeft vanzelfsprekend verstrekkendere financiële gevolgen. Dit betekent een zwaardere bewijslast voor de gemeente in de onderbouwing waarom dit hogere bodempercentage toch – alle belangen afwegend – gerechtvaardigd is.

   Verder is het van belang (met het oog op het betoog van de gemeente in een eventuele procedure) de schijn van willekeur te vermijden. Bij het vaststellen van het canonpercentage (bodem) op 0,81% wordt aansluiting gezocht bij de bestendige gedragslijn en het objectief element van het percentage van het derde kwartaal van 2016 (0,81%). Laat men die lijn en het objectieve element los, en komt daar geen degelijke onderbouwing voor in de plaats, dan wordt het procesrisico voor de gemeente groter.

2. *Overgangsregeling in beginsel langer bij hoger bodempercentage*; de gemeente heeft sinds de invoering van de AB2000 een bepaalde berekeningswijze gehanteerd; in het licht van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan de gemeente deze niet plotseling en onaangekondigd zou wijzigen. Daarom is een overgangsregeling geïndiceerd. Daarbij geldt in zijn algemeenheid als uitgangspunt dat hoe groter de discrepantie tussen bestaand beleid en nieuw beleid (hoger bodempercentage) – hoe langer de te hanteren overgangsperiode zou moeten zijn. Anderzijds is niet bij voorbaat uitgesloten dat sprake kan van dusdanige bijzondere omstandigheden dat slechts een korte of zelfs geen overgangstermijn wordt gehanteerd. Of dat in dit geval zo is, is moeilijk te zeggen. In dit verband zal de afweging van de onderscheiden financiële belangen zwaar wegen.

a) Wordt bij een hoger bodempercentage geen langere overgangsperiode gehanteerd, dan neemt het

procesrisico in beginsel toe;

b) Wordt wel een langere overgangsregeling gehanteerd, dan neemt het procesrisico op dit punt af, maar aan een langere overgangsregeling is een belangrijk nadeel verbonden: door de langere overgangsperiode neemt het risico toe dat erfpachters gedurende de overgangsperiode nog steeds anticiperen op en gebruik maken van de dan nog lage (en mogelijk nog verder dalende) canonpercentages, met alle financiële consequenties van dien;

Andere factoren van belang bij de afweging

- Kans op procedures;
  - Bij een bodempercentage van 0,81% is de kans dat een individuele erfpachter daadwerkelijk hierover gaat procederen geringer dan bij een substantieel hoger bodempercentage niet erg groot is. Een canon percentage van 0,81% (of een percentage daaromtrent) is al erg laag, mede gelet op de overige percentages die worden gehanteerd en de verwachting die een erfpachter waarschijnlijk had bij uitgifte (of bij aankoop na uitgifte). Verder is het verschil tussen 0,81% en 0,24% voor een individuele erfpachter in absolute bedragen betrekkelijk gering en heeft de erfpachter daarom niet zoveel te winnen. Tegenover de "upside" staan immers de kosten van het procederen en het inherente procesrisico (alsmede de inspanningen die geleverd moeten worden om een procedure te voeren). Indien een groep erfpachters zich verenigt verandert dit aspect van kosten, risico in relaties tot het te behalen voordeel. het op zich wel denkbaar dat een groep erfpachters zich verenigt (bijvoorbeeld via SEBA).
  - Een verhoging van het bodempercentage verhoogt de kans dat erfpachters naar de rechter zullen stappen om het beleid aan te vechten. De erfpachters zullen immers harder worden geraakt in hun portemonnee en hebben daarmee een groter financieel belang. Bij een hoger percentage wordt het door de erfpachter te behalen voordeel bij een juridische procedure wat groter. Daarmee wordt ook de kans groter dat een erfpachter besluit een procedure te starten of zich met andere erfpachters te verenigen om gezamenlijk een procedure te voeren.
- Relatie met de VES;

[1] Erfpachters kunnen een wijziging van beleid altijd aanvechten bij de rechter en zich op het standpunt stellen dat als gevolg van de beleidswijziging sprake is van onrechtmatig handelen van de gemeente. De rechter zal vervolgens toetsen of de wijziging van het beleid redelijk is. De rechter zal hierbij de motivering die aan de wijziging van het beleid ten grondslag ligt betrekken evenals de wijze waarop de gemeente rekening houdt met gerechtvaardigde belangen van erfpachters die nadelig door de beleidswijziging worden getroffen.

- Erfpacht ligt momenteel maatschappelijk en politiek gevoelig, mede in relatie tot de inspraak voor de Overstap bij de VES. Deze inspraak zal waarschijnlijk in de laatste maanden van dit jaar plaatsvinden.
- Een bodem van 0,81% kan nog worden beargumenteerd als "niet hoger dan in het 3e kwartaal", maar bij een hogere bodem zal de maatschappelijke kritiek toenemen, hetgeen zijn weerslag kan hebben op de inspraak voor de VES.

Advies:

- Een hoger bodempercentage brengt in beginsel grotere procesrisico's met zich mee, die tot op zekere hoogte beperkt kunnen worden indien de gemeente invulling geeft aan de verzwaarde bewijslast en een passende (wat langere) overgangsregeling; Nadeel van langere overgangsregeling is dat het financiële effect van het hogere bodempercentage enigszins teniet wordt gedaan door de lage canonpercentage gedurende de langere overgangsregeling;
- Het bodempercentage van 0,81% (met overgangsregeling) is een strategie met een hoger slagingspercentage, kent minder procesrisico's, maar ook een lagere financiële opbrengst;
- Een substantieel hoger bodempercentage is meer een 'alles of niets' strategie, met een hogere financiële opbrengst indien zij slaagt, maar met meer procesrisico's;
- Een hoger bodempercentage leidt mogelijk tot grotere maatschappelijke gevoeligheid / negatieve publiciteit i.r.t. de inspraak VES

*Tenslotte*

G&O en DJZ geven u in overweging om te zijner tijd (wanneer de VES is afgerond) te bezien of de introductie van een hoger percentage financieel en juridisch houdbaar en wenselijk is.
Dit kan dan met een ruime overgangstermijn, zonder de huidige "druk" van een alsmaar dalende staatsrente. Dat probleem is dan reeds verholpen door de dan geldende 0,81%-bodem.