KABINET

Kabinet-bijlage bij collegebesluit "Vaststellen van de Overstapregeling van voortdurende naar eeuwigdurende erfpacht voor woonbestemmingen 2017" d.d. 9 mei 2017 (ZD2017-002754).

Deze notitie betreft de juridische risico's met betrekking tot de Overstapregeling.

I. Staatssteunrisico

Inleiding
De Overstapregeling die nu ter besluitvorming voorligt, houdt - voor zover voor deze bijlage relevant - in dat erfpachters van erfpachtrechten met uitsluitend woonbestemmingen kunnen overstappen naar eeuwigdurende erfpacht en daarbij een overstappremie krijgen van 25%.

Dit levert een risico op zowel op het gebied van staatssteun als ten aanzien van het door de gemeente te betrachten zorgvuldigheidsbeginsel. Hierover hebben DJZ en NautaDutilh geadviseerd.

Achtergrond: staatssteun en analyse risico tot en met aflopen inspraakperiode

Staatssteunanalyse november 2016: de eerste denkrichting over de Overstapregeling
In november 2016 is door DJZ een analyse gemaakt over het staatssteunrisico voor het geval dat de gemeente zou besluiten om een overstappremie te geven voor erfpachters die zouden overstappen naar eeuwigdurende erfpacht.

De staatssteunrisico's zijn in beeld gebracht vanuit het perspectief dat in een Overstapregeling *alle* erfpachters zouden kunnen overstappen en dat *alle* erfpachters een overstappremie zouden krijgen. Dit voorstel is getoetst aan de elementen uit de staatssteundefinitie, te weten:

1. de steun wordt verleend aan één onderneming of bepaalde ondernemingen;
2. is verstrekt door een overheid;
3. verschaft een niet-marktconform voordeel;
4. is selectief en;
5. er is sprake van (potentiële) nadelige beïnvloeding van de concurrentie en de tussenstaatse handel.

Enkel als aan *alle* elementen is voldaan, is er sprake van staatssteun.

In de analyse is naar voren gebracht dat de vraag of sprake is van staatssteun enkel hoeft te worden beantwoord voor de erfpachters die ondernemers zijn op de Europese markt (element 1). Particulieren en lokale ondernemers vallen niet onder het staatssteunbegrip. Als de gemeente Amsterdam een korting geeft op de erfpachtcanon of afkoopprijs, dan loopt de gemeente inkomsten mis. Dat voordeel is dan door de overheid verstrekt (element 2).Deels is deze korting te zien als een voordeel omdat deze dient als 'trigger' om over te stappen. Als dit voordeel voor ondernemers ten opzichte van het oude systeem groter is dan € 200.000 over 3 belastingjaren gerekend, zou dit voordeel mogelijk staatssteun kunnen opleveren. Voordelen onder dit bedrag worden geacht de tussenstaatse handel niet te beïnvloeden en leveren om die reden geen staatssteun op.

De conclusie van de staatssteunanalyse op dat moment was dat het verdedigbaar was dat de overstappremie op de afkoopsom of op de canon die de gemeente biedt *aan alle bestaande erfpachters* indien zij overstappen naar eeuwigdurende erfpacht geen staatssteun opleverde:

> Indien een Overstapregeling op basis van genoemd perspectief tot stand zou komen, dan zou deze van toepassing zijn op alle bestaande erfpachters, niet slechts op *bepaalde* ondernemingen of één onderneming. Gebruik maken van de Overstapregeling kon op vrijwillige basis. De Overstapregeling zou gelden voor alle erfpachters en er zou geen onderhandelingsruimte zijn om in individuele gevallen af te wijken van de Overstapregeling. Voor zover er sprake zou zijn van een voordeel, dan zou de overstappremie daarom geen *selectief* voordeel verschaffen in de zin van het staatssteunrecht. De herziening van het erfpachtstelsel, waartoe de gemeente op decentraal bestuursniveau autonoom bevoegd is, zou daarmee niet selectief zijn. Vanwege het ontbreken van selectiviteit, was het verdedigbaar dat bij het geven van een overstappremie onder die condities voor de overstap naar eeuwigdurende erfpacht geen sprake zou zijn van staatssteun.

Staatssteunanalyse januari 2017: de Overstapregeling zoals deze ter inspraak is vrijgegeven
De Overstapregeling is na deze eerste analyse gewijzigd, in die zin dat in de Overstapregeling die begin 2017 voor inspraak werd vrijgegeven door het college *geen overstappremie* werd aangeboden bij overstap naar eeuwigdurende erfpacht. Vanuit het oogpunt van staatssteun leverde deze wijziging geen andere conclusie dan bovenstaande op: een Overstapregeling voor de gehele groep van bestaande erfpachters bleef generiek en daarmee niet-selectief.

Staatssteunanalyse april 2017: wijziging Overstapregeling na inspraakperiode
Na het aflopen van de inspraakperiode is de nu ter besluitvorming voorliggende Overstapregeling gewijzigd (in april 2017), in die zin dat enkel erfpachters van objecten met een woonbestemming kunnen overstappen naar eeuwigdurende erfpacht en hen wordt hierbij een korting van 25% geboden.

Door de beperking van de Overstapregeling tot objecten met een uitsluitende woonbestemming, in combinatie met het opnemen van een korting, wordt het idee van een generieke Overstapregeling verlaten. Daarom heeft DJZ in april 2017 beoordeeld hoe de Overstapregeling, zoals deze nu ter besluitvorming voorligt, zich verhoudt tot de staatssteunregels. DJZ constateert dat de Overstapregeling die nu ter besluitvorming voorligt, een risico op staatssteun oplevert. Immers: onder de erfpachters met woonbestemmingen bevinden zich ondernemers. Gedacht kan worden aan ondernemingen in de beleggingssector, zoals banken en pensioenfondsen, die erfpachtrechten met uitsluitend een woonbestemming in hun portefeuille hebben.

De nu ter besluitvorming voorliggende Overstapregeling houdt dan ook een selectief, niet-marktconform voordeel in bij overstap voor *bepaalde* ondernemers, te weten de erfpachters die objecten met een woonbestemming vanuit beleggingsoogpunt verhuren. Voor het verschaffen van dit selectieve voordeel is vanuit de staatssteunregels geen vrijstelling. Erfpachters met objecten waarop een niet-woonbestemming rust, kunnen geen gebruik maken van de Overstapregeling.

Gezien het belang van dit dossier voor de gemeente en de conclusie dat er sprake is van een staatssteunrisico is –ter meerdere zekerheid- besloten om advies in te winnen bij Nauta.

Conclusie Nauta: staatssteun en risico schending zorgvuldigheidsbeginsel

Nauta constateert op 14 april jl. dat in de Overstapregeling, zoals die nu ter besluitvorming aan het college wordt voorgelegd, een risico op staatssteun aanwezig is en Nauta bevestigt hiermee het standpunt van DJZ .. Bovendien wijst Nauta op een afbreukrisico voor de gemeente in verband met het zorgvuldigheidsbeginsel. Overstap en afkoop zijn immers aantrekkelijke voorzieningen voor alle ondernemingen die de gevolgen van onzekere ontwikkelingen in de toekomst (nieuwe voortdurende canon en indexering van de eeuwigdurende canon) vermoedelijk graag zouden inruilen voor zekerheid nu. De beperking van de overstappremie van 25%, binnen het bedrijfsleven, tot de beleggingssector is daarmee een risico dat dit niet in lijn is met het zorgvuldigheidsbeginsel. Dit beginsel werkt immers door in het privaatrechtelijk handelen van de gemeente. Volgens de rechtspraak van de Nederlandse rechter vereist dat beginsel dat wanneer een privaatrechtelijke maatregel van een overheid gevolgen heeft op een markt, die overheid die gevolgen bij haar besluitvorming betrekt. In recente jurisprudentie over mogelijke staatssteun oordeelde de rechter dat – ook al werd geoordeeld dat er in die gevallen geen sprake was van staatssteun – een gemeente toch onzorgvuldig (en daarmee: onrechtmatig) handelt door ten onrechte belangen van bepaalde ondernemers niet mee te wegen bij het nemen van een besluit dat in het voordeel was van één ondernemer. Het risico bestaat dat een rechter in een eventuele procedure over het erfpachtstelsel het zorgvuldigheidsbeginsel betrekt.

Mitigeren risico's
Door de betrokken juristen, van DJZ en rve G&O, en door Nauta is nagegaan hoe de hiervoor geschetste risico's kunnen worden gemitigeerd.

Verschillende scenario's zijn denkbaar om de risico's vanuit staatssteun en het zorgvuldigheidsbeginsel te mitigeren:

1. beperk de Overstapregeling niet enkel tot objecten met een woonbestemming, maar daarnaast tot particulieren;
2. stel de overstapregeling inclusief 25% overstappremie (op termijn) open voor alle erfpachters (en dus voor alle bestemmingen);
3. zie af van het aanbieden van een (selectieve)overstappremie;
4. geef niet enkel bij overstappen maar ook in het voortdurende stelsel bij alle erfpachtwijzigingen en CHET's een korting van 25%.

De onder 1. genoemde oplossing zal naar verwachting tot veel onrust leiden, omdat overstappen voor huurwoningen onaantrekkelijk wordt gemaakt. Daarnaast stuit deze oplossing voor rve G&O op praktische bezwaren in de uitvoering van de Overstapregeling. Het is namelijk mogelijk dat particulieren als ondernemer worden aangemerkt, bijvoorbeeld omdat zij enkele woningen verhuren. Dit vraagt om maatwerk bij de overstap waar het juist de bedoeling is om de overstap zo veel mogelijk geautomatiseerd te laten verlopen.

De onder 2. genoemde oplossing zou betekenen dat overstappen ook voor niet-woonbestemmingen mogelijk is en dat ook voor die bestemmingen een overstappremie van 25% zou moeten gelden. Dit heeft aanmerkelijke financiële consequenties.
Een besluit van het college dat de Overstapregeling op termijn wordt opengesteld voor niet woon-bestemmingen biedt op dit moment geen echte oplossing omdat dit voor het einde van de huidige collegeperiode niet meer kan worden besloten en het college geen besluiten kan nemen over de collegeperiode heen.

De onder 3. genoemde oplossing betekent dat het college zou terugkomen op haar op 21 april 2017 genomen besluit en toch geen Overstappremie geeft. Bestuurlijk lijkt dit geen realistische

mogelijkheid maar dit zou wel het juridische risico mitigeren. Daarnaast beantwoordt dit niet aan het doel van het college om de Overstapregeling ten opzichte van het bestaande stelsel aantrekkelijker te maken.

De onder 4. genoemde oplossing heeft tot gevolg dat de inkomsten in het voortdurende stelsel zullen dalen en heeft dus ook aanmerkelijke financiële consequenties. Ook verdwijnt het onderscheid dat het college wil maken tussen Overstappen en het huidige erfpachtstelsel.

Op korte termijn is het niet mogelijk om voornoemde oplossingsrichtingen door te voeren, gezien de consequenties daarvan in relatie tot het belang van de Overstapregeling. Op langere termijn kan, op basis van voornoemde oplossingsrichtingen, wel worden gezocht naar een werkbare oplossing om het staatssteunrisico te mitigeren.

Inschatting effectuering risico
De kans dat de geschetste risico's op het gebied van staatssteun of het zorgvuldigheidsbeginsel zich effectueren, laat zich moeilijk inschatten. Vermoedelijk is de kans op een onderzoek van de Europese Commissie naar mogelijke staatssteun groter nadat zij hierover een klacht zou ontvangen door een benadeelde concurrent dan dat zij daarnaar zelf een onderzoek start. Mocht een juridische procedure worden aangespannen, kan een nationale rechter een oordeel geven over mogelijke staatssteun en het al dan niet in acht nemen van het zorgvuldigheidsbeginsel. Hierbij zal de rechter nagaan of de keuze van de gemeente voor het onderscheid tussen woonbestemmingen en niet-woonbestemmingen juridisch houdbaar zijn. Mocht in rechte komen vast te staan dat er sprake is van staatsteun of onzorgvuldig handelen, moet het door de gemeente vergeven voordeel voor ondernemingen ongedaan worden gemaakt. Dit heeft grote gevolgen voor de regeling en voor de ondernemingen die het voordeel hebben ontvangen.

De kans op effectuering van de risico's is wel groter geworden nu overstappen in het geheel niet meer mogelijk is voor erfpachtrechten met een niet-woonbestemming waardoor veel professionele partijen (behalve de hiervoor geschetste groep) geen gebruik meer kunnen maken van de overstapregeling (dit in tegenstelling tot bij de overstapregeling die ter inspraak heeft gelegen). Dit geldt te meer aangezien een aantal erfpachters van niet-woonbestemmingen kritisch was over de mogelijkheid die hen werd geboden om in de laatste 10 jaar van hun tijdvak over te stappen, zoals in de regeling die ter inspraak lag stond. Met de nu voorliggende regeling wordt aan hen geen mogelijkheid meer geboden om over te stappen.

II. Risico met betrekking tot inspraak

Naast de hiervoor geschetste risico's, kan de gemeente onzorgvuldig handelen worden verweten door de Overstapregeling niet opnieuw voor inspraak voor te leggen, nu in de Overstapregeling een nieuw element is opgenomen. Dit nieuwe element bestaat uit het niet-beschikbaar stellen van de Overstapregeling – en daarmee van het voordeel van de overstappremie van 25% - voor niet-woonbestemmingen. Dit element kwam niet voort uit de inspraak, maar is ontstaan vanuit gewijzigde bestuurlijke inzichten.