Gemeente Amsterdam

Overstap naar eeuwigdurende erfpacht in de (pre)contractuele fase, vóór vestiging van de erfpacht

kabinet

Aan	Bestuurlijk Team Vernieuwing Erfpachtstelsel: Wethouder Van der Burg (Grondzaken), wethouder Ivens (Bouwen en Wonen), wethouder Kock (Financiën)
Van	Projectteam VES
Datum	21 april 2016

Gevraagde beslissingen:

1. Kennis te nemen van de twee situaties waarin ná de vaststelling van de AB 2016 overstap van voortdurende naar eeuwigdurende erfpachtmogelijk een rol kan spelen vóórdat de erfpacht economisch is geleverd of is gevestigd:
    a. Onderhandelingen zijn gestart vóór de vaststelling van de AB 2016 en lopen hierna door (er is nog geen overeenkomst tot stand gekomen, toepassing van de AB 2016 vergt wijziging van de uitgifte-onderhandelingen).
    b. Vóór de vaststelling van de AB 2016 is een overeenkomst tot stand gekomen, maar ná de vaststelling van de AB 2016 is de erfpacht nog niet gevestigd door middel van inschrijving van een notariële akte (toepassing van de AB 2016 vergt een wijziging van de erfpachtovereenkomst).
2. Kennis te nemen van de onmogelijkheid om bij uitgifte in erfpacht op basis van een tender (of een soortgelijke wijze van contractvorming) na publicatie van de tenderstukken wijzigingen in aan te brengen en uit te gaan van eeuwigdurende erfpacht onder de AB 2016, omdat partijen zich op basis van bepaalde uitgangspunten inschrijven en deze uitgangspunten niet gewijzigd kunnen worden nadat de inschrijvingstermijn is gestart. Ook na selectie van een partij is het niet mogelijk om met de geselecteerde partij alsnog overeen te komen dat eeuwigdurende erfpacht wordt gevestigd en dat de AB 2016 van toepassing zijn, omdat afgewezen partijen kunnen betogen dat zij onder die omstandigheden tot een concurrerender bod hadden kunnen komen..
3. In te stemmen met de volgende voorstellen tot overstap naar eeuwigdurende erfpacht voor de onder 1. genoemde situaties:
    a. Wanneer de uitgifte-onderhandelingen zijn gestart vóór de vaststelling van de AB 2016 en hierna doorlopen, worden de uitgifte-onderhandelingen gewijzigd indien beide partijen hiermee instemmen en indien nog geen overeenstemming is bereikt over de prijs. Wanneer al wel overeenstemming is bereikt over de prijs is het wijzigen van de uitgifte-onderhandelingen niet wenselijk, omdat:
        1) Het opnieuw bereiken van overeenstemming over de prijs zal waarschijnlijk tot vertraging in de ontwikkeling leiden wat extra kosten voor de gemeente met zich mee zal brengen.

2) Op het moment dat de uitgifte-onderhandelingen worden gewijzigd zodat voor het vervolg uitgegaan kan worden van eeuwigdurende erfpacht is de overstapregeling nog niet vastgesteld. De wederpartij kan dus niet overzien wat het betekent wanneer hij wacht met overstappen totdat de overstapregeling is vastgesteld.
3) De overeengekomen prijs voor eeuwigdurende erfpacht is al helemaal uitonderhandeld op basis van de destijds voor voortdurende erfpacht geldende uitgangspunten.

b. Wanneer vóór de vaststelling van de AB 2016 een overeenkomst tot stand is gekomen, maar vestiging van de erfpacht ná vaststelling van de AB 2016 nog niet heeft plaatsgevonden, is wijziging van de overeenkomst niet mogelijk. Aangezien op dat moment ook al overeenstemming is bereikt over de prijs, liggen hier dezelfde redenen aan ten grondslag als genoemd onder 3a.

4. In te stemmen dat voor reeds uitgegeven voortdurende erfpacht rechten waarover onderhandelingen plaatsvinden over wijziging (uitbreiding, herontwikkeling of transformatie) nog altijd geldt dat deze pas omgezet kunnen worden naar eeuwigdurende erfpacht nadat de Overstapregeling is vastgesteld.

Korte toelichting / samenvatting

Wanneer ná de vaststelling van de AB 2016 nieuwe selecties van marktpartijen voor en/of nieuwe onderhandelingen over uitgifte in erfpacht starten, zullen deze selecties/onderhandelingen altijd uitgaan van eeuwigdurende erfpacht en de AB 2016 en het daarbij behorende grondprijsbeleid.
Er zullen zich echter ook gevallen voordoen waarbij de selecties/onderhandelingen over de uitgifte in voortdurende erfpacht al zijn gestart vóór de vaststelling van de AB 2016. Binnen die situatie zijn twee mogelijkheden te onderscheiden:

1. er is nog geen erfpachtovereenkomst voor voortdurende erfpacht tot stand gekomen en de uitgifte-onderhandelingen lopen door ná de vaststelling van de AB 2016, en
2. er is al wel een erfpachtovereenkomst voor voortdurende erfpacht tot stand gekomen vóór de vaststelling van de AB 2016 maar de erfpacht is ná de vaststelling van de AB 2016 nog niet gevestigd door middel van inschrijving van een notariële akte.

De vraag is wat in die situaties de mogelijkheden zijn om de AB 2016 alsnog van toepassing te laten zijn op de nog te vestigen erfpachtrechten. Dit wordt hieronder uiteengezet waarbij tevens aandacht wordt besteed aan de verschillende soorten van contractvorming die worden toegepast bij een uitgifte in erfpacht.

Het volgende overzicht geeft een indicatie van de onderhandelingen die op dit moment lopen en de hoeveelheid projecten die zich in de (pre)contractuele fase bevinden:

- 6 lopende tenders
- 17 lopende onderhandse onderhandelingstrajecten
- 3 inmiddels gesloten tenders, maar (waarschijnlijk??) nog niet uitgegeven
- 16 afgeronde onderhandse onderhandelingstrajecten, maar (waarschijnlijk??) nog niet uitgegeven

Ad. 1 a Onderhandelingen zijn gestart vóór de vaststelling van de AB 2016 en lopen hierna door (geen overeenkomst tot stand gekomen, wijziging in de onderhandelingen)

Tijdens lopende onderhandse onderhandelingen bevinden partijen zich in de precontractuele fase die, als alles goed gaat, leidt tot een overeenkomst (onder voorbehoud van bestuurlijke goedkeuring). De onderhandelingen zijn gestart op basis van uitgifte in voortdurende erfpacht met toepassing van de AB 2000, maar gedurende de onderhandelingen worden de AB 2016 vastgesteld. De vraag is vervolgens of het nog mogelijk is om tijdens de onderhandelingen "over te stappen" en uit te gaan van de AB 2016 en eeuwigdurende erfpacht. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen vrijwillige overstap en niet vrijwillige overstap. Beide vormen worden hieronder nader toegelicht.
Of de onderhandelingen nu gewijzigd worden op basis van vrijwilligheid of niet, in beide gevallen geldt dat de planning van een project vaak een belangrijke rol zal spelen. Veelal zal geen van beide partijen gebaat zijn bij vertraging van het project. In de uitwerking onder ad 2. wordt hier rekening mee gehouden.

Overstap vrijwillig

Met onderling goedvinden van beide partijen, kan bij het vervolg van de onderhandelingen worden uitgegaan van uitgifte in eeuwigdurende erfpacht onder de AB 2016 met bijbehorend grondprijsbeleid. Vrijwilligheid is hierbij het meest voor de hand liggende uitgangspunt aangezien dit ook het uitgangspunt is voor overstap van reeds gevestigde erfpacht. Hierbij geldt echter wel dat geen sprake mag zijn van willekeur. De mogelijkheden om tijdens de onderhandelingen de uitgangspunten te wijzigen en verder te onderhandelen op basis van eeuwigdurende erfpacht moeten dus goed worden vastgelegd en hier zal naar gehandeld moeten worden. Gelijke gevallen dienen gelijk behandeld te worden..

Overstap niet vrijwillig

Wanneer het uitgangspunt is dat het wijzigen van de onderhandelingen niet alleen op basis van vrijwilligheid plaats moet vinden, rijst de vraag of er ruimte is voor de gemeente om de onderhandelingen op dit punt te wijzigen ondanks dat de wederpartij dit niet wenst. Dit zal per geval verschillen waarbij de omstandigheden van het geval bepalend zijn. Hierbij geldt dat het partijen in de precontractuele fase op basis van jurisprudentie niet altijd vrij staat om de onderhandelingen af te breken zonder dat dit gevolgen heeft (bijvoorbeeld een schadevergoedingsplicht). Deze jurisprudentie is ook van belang voor de vraag wat de mogelijkheden zijn om de uitgangspunten te wijzigen tijdens lopende onderhandelingen.
Uit de jurisprudentie kan onder meer de volgende maatstaf worden afgeleid: Het uitgangspunt is dat het ieder van de onderhandelende partijen vrij staat de onderhandelingen af te breken. Daarbij geldt echter wel dat partijen verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen. Daarnaast zijn partijen niet vrij in het afbreken van onderhandelingen indien dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Hierbij moet rekening gehouden worden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van het vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.
Hoewel uit de jurisprudentie ook blijkt dat de maatstaf terughoudend moet worden toegepast, komen partijen vanaf de start van de onderhandelingen wel in een bepaalde positie ten opzichte van elkaar te staan die wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid.

Wanneer wordt overwogen om overstap naar eeuwigdurende erfpacht in de precontractuele niet vrijwillig plaats te laten vinden, moet worden opgemerkt dat niet op voorhand een algemene lijn is vast te stellen in welke gevallen en op welke momenten in het onderhandelingsproces de gemeente nog kan proberen de AB 2016 en dus het eeuwigdurende op te leggen en of deze poging succesvol zal zijn. De (on)mogelijkheden hiertoe hangen af van de omstandigheden van het geval en het verloop van het gehele onderhandelingsproces. Dit is per geval verschillend en elk geval zal dus ook afzonderlijk beoordeeld moeten worden wat zeer arbeidsintensief en tijdrovend is en extra kosten met zich meebrengt. Daarnaast wordt de verhouding tussen de gemeente en de wederpartij (mogelijk) verstoord en bestaat het risico dat partijen verwikkeld raken in een juridische procedure met onzekere uitkomst. In het kader van een soepel en voortvarend verloop van ontwikkelingen is dit niet wenselijk. Ons advies is daarom de overstap naar eeuwigdurende erfpacht tijdens het onderhandelingsproces vrijwillig te laten zijn. Nadat de erfpacht is gevestigd kan de erfpachter op basis van de reguliere overstapregeling voor bestaande erfpacht overstappen naar de AB 2016.

Ad. 1 b Vóór de vaststelling van de AB 2016 is een overeenkomst tot stand gekomen, maar ná de vaststelling van de AB 2016 is de erfpacht nog niet gevestigd (wijziging van de overeenkomst)
In de situatie waarin vóór de vaststelling van de AB 2016 al wel een overeenkomst tot stand is gekomen na onderhandse onderhandelingen, maar de erfpacht ná de vaststelling van de AB 2016 nog niet is gevestigd, is wijziging van de overeenkomst alleen mogelijk met wederzijds goedvinden van de partijen. Wanneer één van beide partijen het initiatief neemt tot wijziging van de overeenkomst in eeuwigdurende erfpacht, bestaat het risico dat de aspirant erfpachter dit moment aangrijpt om ook andere punten van de reeds gesloten overeenkomst opnieuw ter sprake te brengen en hier opnieuw over in onderhandeling te treden. Om dit risico zo veel mogelijk te vermijden zal uitgangspunt moeten zijn dat de gemeente aanbiedt om de reeds gesloten overeenkomst dusdanig te wijzigen dat eeuwigdurende erfpacht wordt gevestigd waar de AB 2016 op van toepassing zijn en dat een canon geldt zoals vastgesteld volgens het gemeentelijk grondprijsbeleid voor eeuwigdurende erfpacht. De vraag is echter of dit mogelijk is (dit wordt onder beslispunt 3a nader toegelicht)

Ook in de situatie waarin al wel sprake is van een overeenkomst, speelt de planning van een project een rol. Ook hier zal gelden dat de partijen over het algemeen niet gebaat zijn bij vertraging van het project.

Ad. 2 De situatie die zich voordoet indien sprake is van een tender.
Bij de vraag welke mogelijkheden er zijn om in de (pre)contractuele fase over te stappen naar eeuwigdurende erfpacht en de AB 2016 speelt de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen een rol. De gemeente kent bij de uitgifte in erfpacht verschillende wijzen van contractvorming, zoals bijvoorbeeld door middel van een bouwenvelopovereenkomst of een optieovereenkomst. In al deze vormen vindt op enig moment contractvorming plaats waarbij onder meer de erfpachtvoorwaarden vastgelegd worden. Bij de verschillende wijzen van contractvorming is het echter mogelijk dat een partij wordt geselecteerd door middel van een tender. In dat geval is een kavel op een bepaalde wijze en met bepaalde voorwaarden in de markt gezet (waarbij een model erfpachtaanbieding vaak onderdeel van de stukken is). Op basis van deze gegevens schrijven partijen zich in en wordt uiteindelijk één partij geselecteerd.

Vanaf het moment dat de kavel in de markt wordt gezet en de tenderstukken zijn gepubliceerd is het niet meer mogelijk om hier wijzigingen in aan te brengen. Partijen gaan bij hun inschrijving uit van bepaalde uitgangspunten en hier kan niet tussentijds een wijziging in plaatsvinden. Op basis van andere uitgangspunten hadden partijen namelijk mogelijk een andere inschrijving gedaan. Alle partijen die zich inschrijven moeten van dezelfde uitgangspunten uit kunnen gaan.
Ook na selectie van een partij is het niet meer mogelijk dat de gemeente en de geselecteerde partij overeenkomen om de voorwaarden te wijzigen. Richting de andere inschrijvers is dit niet geoorloofd. De overige inschrijvers kunnen dan immers stellen dat zij op basis van andere voorwaarden een andere inschrijving zouden hebben gedaan. Door de voorwaarden te wijzigen na de selectie van een partij, wordt de tender niet correct uitgevoerd en loopt de gemeente het risico dat de andere inschrijvers dit aan de gemeente tegenwerpen.

Ad. 3a: Wanneer de onderhandelingen zijn gestart vóór de vaststelling van de AB 2016 en hierna doorlopen, worden de onderhandelingen gewijzigd indien beide partijen hiermee instemmen en indien nog geen overeenstemming is bereikt over de prijs
Het voorstel is om onderhandse onderhandelingen die zijn gestart op basis van de AB 2000 alleen te wijzigen en voor het vervolg voort te zetten op basis van de AB 2016 indien:

1) beide partijen hier mee instemmen, en
2) indien nog geen overeenstemming is bereikt over de prijs. Het bereiken van overeenstemming over de prijs kan zowel mondeling als schriftelijk plaatsvinden.

Hoewel het wenselijk is dat zo snel mogelijk zo veel mogelijk erfpachtrechten onder het eeuwigdurende erfpachtstelsel vallen, wordt voorgesteld om dit alleen te doen als nog geen overeenstemming is bereikt over de prijs. De volgende argumenten liggen hier aan ten grondslag:

- Het opnieuw bereiken van overeenstemming over de prijs zal waarschijnlijk tot vertraging leiden wat extra kosten voor de gemeente met zich mee zal brengen.
- Op het moment dat de uitgifte-onderhandelingen worden gewijzigd zodat voor het vervolg uitgegaan kan worden van eeuwigdurende erfpacht is de overstapregeling nog niet vastgesteld. Dit betekent dat de wederpartij op dat moment niet kan overzien wat het betekent wanneer hij na vestiging van de voortdurende erfpacht overstap naar eeuwigdurende erfpacht op basis van de overstapregeling en of dit wellicht voordeliger is. Juridisch is het mogelijk om dit risico te verkleinen door vast te leggen dat de erfpachter willens en wetens dit risico neemt en dat hij de gemeente hier niet voor zal aanspreken. Volledige zekerheid biedt dit overigens niet. Echter, voor de beeldvorming is het niet goed wanneer de overstapregeling voordeliger uit blijkt te vallen. Dat de gemeente de wederpartij een keuze heeft geboden terwijl één van de opties niet bepaalbaar was, doet de beeldvorming evenmin goed.
- Het doen van een eenzijdig en niet onderhandelbaar aanbod door de gemeente m.b.t. de prijs stuit op praktische bezwaren. In de voor voortdurende erfpacht overeengekomen prijs zitten elementen die zijn uitonderhandeld op basis van de destijds voor voortdurende erfpacht geldende uitgangspunten. Voor eeuwigdurende erfpacht gelden andere uitgangspunten en daarnaast is het mogelijk dat inmiddels enige tijd is verstreken sinds de onderhandelingen en het overeenkomen van de prijs voor eeuwigdurende erfpacht. Het is derhalve niet mogelijk om de prijs voor voortdurende erfpacht één-op-één om te wisselen voor een prijs voor eeuwigdurende erfpacht. De erfpachter zal opnieuw willen onderhandelen over de uitgangspunten.

Ad. 3 b Wanneer vóór de vaststelling van de AB 2016 een overeenkomst tot stand is gekomen, maar economische levering of vestiging van de erfpacht ná vaststelling van de AB 2016 nog niet heeft plaatsgevonden, is wijziging van de overeenkomst niet mogelijk

Uit hetgeen is vermeld onder 3a vloeit voort dat het ook in het geval wanneer er een overeenkomst tot stand is gekomen, maar economische levering of vestiging van de erfpacht nog niet heeft plaatsgevonden het evenmin mogelijk is om "over te stappen" naar eeuwigdurende erfpacht. Op dat moment is immers ook al een prijs voor voortdurende erfpacht overeengekomen en op basis van dezelfde argumenten wordt voorgesteld om ook dan niet "over te stappen" naar eeuwigdurende erfpacht.

Overigens geldt voor alle situaties dat (potentiele) erfpachters die tijdens de onderhandelingen niet zijn overgestapt naar eeuwigdurende erfpacht dit altijd nog vrijwillig kunnen doen nadat het voortdurende erfpachtrecht is gevestigd, op basis van de dan vastgestelde Overstapregeling.

Ad. 4 Voor reeds uitgegeven voortdurende erfpachtrechten waarover onderhandelingen plaatsvinden over wijziging (uitbreiding, herontwikkeling of transformatie) geldt nog altijd dat deze pas omgezet kunnen worden naar eeuwigdurende erfpacht nadat de Overstapregeling is vastgesteld

Bovenstaande beslispunten zien enkel op nog niet gevestigde erfpachtrechten. Voor erfpachtrechten die al zijn gevestigd onder voortdurende erfpacht geldt dat deze rechten pas kunnen overstappen naar eeuwigdurende erfpacht indien de overstapregeling is vastgesteld.

Samengevat is het voorstel:

- Overstap naar eeuwigdurende erfpacht tijdens onderhandse onderhandelingen die zijn gestart vóór de vaststelling van de AB 2016 en daarna doorlopen is altijd vrijwillig en is alleen mogelijk indien nog geen overeenstemming is bereikt over de prijs voor voortdurende erfpacht, omdat dit waarschijnlijk leidt tot vertraging in het project, de overstapregeling voor reeds gevestigde rechten niet bekend is waardoor de wederpartij geen goede afweging kan maken op welk moment overstappen het meest gunstig is en de prijs voor voortdurende erfpacht is uitonderhandeld op basis van de destijds voor voortdurende erfpacht geldende uitgangspunten.
- Overstap naar eeuwigdurende erfpacht in gevallen waarin de overeenkomst tot stand is gekomen vóór vaststelling van de AB 2016 en nà vaststelling van de AB 2016 de erfpacht nog niet is gevestigd door middel van inschrijving van een notariële akte is niet mogelijk Hieraan liggen dezelfde argumenten ten grondslag als in het geval waarin overeenstemming is bereikt over de prijs
- Indien sprake is van een tender of een soortgelijke wijze van contractvorming waarbij sprake is van inschrijving door meerdere partijen en selectie van één van deze partijen kan na publicatie van de tenderstukken hier geen wijziging meer in plaatsvinden door uit te gaan van eeuwigdurende erfpacht en de AB 2016. Ook na selectie van een partij kan niet alsnog overeengekomen worden dat uitgegeven wordt in eeuwigdurende erfpacht onder de AB 2016.