Stichting Erfpachters Belang Amsterdam (SEBA)
Gerrit van der Veenstraat 95
1077 DT AMSTERDAM
Mail: (10)(2e) @erfpachtinamsterdam.nl

College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amsterdam
en de Raadscommissie voor Ruimtelijke Ordening en Grondzaken
T.a.v. portefeuillehouder Wethouder E. van der Burg
Postbus 202 1000 AE AMSTERDAM

Mail: (10)(2e) @amsterdam.nl
Leden Raadscommissie RO
CC: (10)(2e) @amsterdam.nl
(10)(2e) @amsterdam.nl
CC: (10)(2e) @amsterdam.nl

Betreft: inspraak Algemene Bepalingen eeuwigdurende erfpacht 2016

Amsterdam, 31 maart 2016

Geachte Wethouder en leden van de raadscommissie RO,

Allereerst complimenteren wij het college met het heldere en toegankelijke taalgebruik in de AB2016. Ook benadrukken wij nogmaals dat SEBA positief is over het voornemen van het college en de raad om het huidige erfpachtstelsel te wijzigen in eeuwigdurende erfpacht.

SEBA heeft vanaf de aanvang van het wijzigingsproces van het erfpachtstelsel in 2012, er bij het college en de raad op aangedrongen om hierover met elkaar in onderhandeling te treden. Ook het gerechtshof Amsterdam heeft er in haar uitspraak van 23 september 2014 (ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, SEBA, r.o. 2.7.1.) op gewezen dat dit de normale gang van zaken is. Tot op heden heeft de gemeente echter steeds geweigerd om met SEBA in onderhandeling te treden over de erfpachtvernieuwing. De laatste verzoeken hiertoe van SEBA blijven door de gemeente zelfs geheel onbeantwoord. Het moge duidelijk zijn dat deze inspraakprocedure iets geheel anders is dan een onderhandeling tussen (vertegenwoordigers van) partijen en zeker niet als plaatsvervangend hiervoor kan worden beschouwd.

Wij hebben u vanaf 2012 doorlopend geïnformeerd dat SEBA van mening is dat erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam consumentvriendelijk en daarmee Duidelijk, Veilig, Nuttig en Doelmatig behoren te zijn. En dat bij het ontwerpen hiervan de erfpachter – de klant – centraal dient te staan.

- Een erfpachtcontract is duidelijk wanneer het geen onnodige complexe componenten bevat, de informatie glashelder is en de erfpachter/koper de (financiële) werking van het erfpachtrecht, nu en in de toekomst, kan begrijpen, beoordelen en overzien.
- Een erfpachtrecht is veilig als de vermogensrechtelijke uitkomst bij alle scenario's uitlegbaar, redelijk en acceptabel zijn voor de erfpachter. Bij erfpachtrechten zijn de scenario's op te vatten als situaties waarin sprake is van wijziging van de te betalen canon of wijziging van de gebruiksmogelijkheden van de onroerende zaak.

- Een erfpachtrecht is voor een erfpachter nuttig als hij het genotrecht verwerft over een onroerende zaak, deze vrij kan verhandelen en belasten, waarbij de omvang van de beperkingen die aan het recht zijn verbonden in verhouding staan tot de betaalde canon en de lasten die hij zou hebben gehad indien hij het volle eigendom zou hebben verkregen.
- Erfpachtrechten zijn doelmatig als er geen sprake is van te hoge en/of onnodige kosten. Daarnaast moet de erfpachter voor het erfpachtrecht te opzichte van de aankoop van het volle eigendom geen extra kosten maken.

Voor consumenten is het van belang dat zij beschikken over informatie die hen in staat stelt een adequate beoordeling van het erfpachtrecht te maken. Om deze beoordeling te kunnen maken moet de verstrekte informatie correct, duidelijk en niet misleidend zijn. SEBA heeft hiervoor een normenkader voor de beoordeling van de informatieverstrekking opgesteld. Op het moment dat de volledige informatieverstrekking over de AB2016 door de gemeente beschikbaar wordt gesteld zullen wij u over onze bevindingen hierover informeren.

Het zal u niet zijn ontgaan dat de vier criteria voor consumentvriendelijke erfpacht door SEBA zijn geformuleerd aan de hand van de criteria die de Autoriteit Financiële Markten stelt aan complexe financiële producten. Consumenten ervaren bij de koop van een woning het erfpachtrecht, net als bijvoorbeeld een hypotheek, als een complex financieel product. Het is dan ook logisch en wenselijk indien de gemeente Amsterdam zich, bij de ontwikkeling van het nieuwe erfpachtstelsel, richt naar dit publiekrechtelijke toezichtkader.

AB2016 niet consumentvriendelijk

Helaas constateren wij dat de AB2016, zoals deze ter inspraak voorliggen, niet voldoen aan de criteria voor consumentvriendelijke erfpacht en dus nog niet duidelijk, veilig, nuttig en doelmatig zijn. We behandelen in deze inspraakbrief de door SEBA geconstateerde problemen per artikel uit de AB2016, waarbij deze per criterium van consumentvriendelijke erfpacht zijn gerubriceerd. Dit wil niet zeggen dat de geconstateerde problemen uitsluitend op het betreffende criterium zien. SEBA roept het college en de raad op om de AB2016 op de door SEBA geconstateerde problemen aan te passen. Wij zijn graag bereid om in overleg te treden om concrete tekstwijzigingen voor te bereiden en uit te werken.
Waar in deze inspraakbrief de "blauwe lijst" wordt vermeld, wordt gedoeld op de indicatieve lijst (de bijlage) bij bedingen zoals bedoeld in artikel 3 lid 3 van de Richtlijn 93/13/EU (Richtlijn oneerlijke bedingen). Deze inspraakbrief is tot stand gekomen in samenspraak met Mr. (10)(2e), advocaat van SEBA.

Niet Duidelijk

Artikel 3 lid 2 sub c, bestemming en toegestaan gebruik

Onvoldoende duidelijk is wat het onderscheid is tussen de bestemming en het toegestane gebruik. Beide termen zijn niet opgenomen bij de definities maar kunnen wel leiden tot sancties of beperkingen in het gebruik van het erfpachtrecht.

Voor zover de gemeente met bestemming de publiekrechtelijke bestemming bedoelt en met toegestaan gebruik een uit de akte blijkende beperking ten opzichte van de publiekrechtelijke bestemming, kan de vraag worden opgeworpen of de gemeente met deze bepaling niet een publiekrechtelijke regeling doorkruist.

Ook kan de vraag gesteld worden of de wetgever wel het oog heeft gehad op het zakenrechtelijk beperken van het toegestane gebruik, anders dan middels vaststelling van de bestemming. Verder komt de vraag op of het toegestane gebruik, in combinatie met het in artikel 9 lid 2 sub a opgenomen verbod het erfpachtrecht langer dan een jaar niet te gebruiken, niet een onontkoombare verplichting tot doen meebrengt. Dat is zeer ongewenst en in strijd met de basisbeginselen van onze samenleving.

Door het in de definities ontbreken van de mogelijke bestemmingen en mogelijke toegestane gebruik kan een (toekomstig) stadsbestuur deze zeer nauwkeurig definiëren zodat er al zeer snel sprake kan zijn van een mogelijkheid tot aanpassing van de canon die de gemeente op basis van artikel 9 lid 5 en artikel 20 lid 1 sub b als voorwaarde kan stellen om de bestemming of het toegestane gebruik te wijzigen. Dit is zeer ongewenst en een limitatieve lijst van verschillende mogelijke bestemmingen en toegestane gebruik dienen in de definities opgenomen te worden.

Artikel 9 lid 2 sub c, gevaar, schade, hinder etc.

Dit artikel brengt mee dat handelen, dat jegens derden mogelijk onrechtmatig is, ten aanzien van de gemeente toerekenbaar tekortschieten meebrengen, en middels artikel 5:87 lid 2 BW, de mogelijkheid het erfpachtrecht om die reden te beëindigen. Het komt SEBA voor dat dat niet evenwichtig is en dat het verbod beperkt moet worden tot handelingen jegens de gemeente en dus niet jegens derden.

Daarnaast lijkt de bepaling, indien deze in combinatie met artikel 33 lid 1 wordt gelezen, als een derdenbeding opgevat te moeten worden waaraan anderen dan de gemeente rechten kunnen ontlenen. Dat zal niet de bedoeling zijn en is ook niet redelijk.

Artikel 13 lid 2, schadeplichtigheid gemeente

In lid 2 van artikel 13 is onvoldoende duidelijk wat onder schade wordt verstaan. Deze schade dient ook de waardedaling van het erfpachtrecht als gevolg van de handelingen conform lid 1 te omvatten.

Artikel 14, risico waardedaling onroerende zaak

Het artikel is onduidelijk geformuleerd. Nu kan er in worden gelezen dat waardedalingen van de onroerende zaak (de opstallen) die is opgetreden na de ingangsdatum van het erfpachtrecht als gevolg van omstandigheden die ook reeds bestonden bij aanvang van het erfpachtrecht voor rekening van de erfpachter komen als de omstandigheden niet aan de gemeente vallen toe te rekenen. Dat is niet redelijk. De erfpachter moet ervan uit kunnen gaan dat er aan de aan hem in erfpacht uitgegeven zaak (het perceel) geen gebreken kleven die in een latere fase tot schade aan de opstallen kunnen leiden. Mocht dat toch gebeuren, dan dient dat voor risico van de gemeente te komen.

Deze bepaling zal ook strijd opleveren met punt b van de blauwe lijst (bij richtlijn 93/13/EU) indien de verslechtering tot non conformiteit leidt. Daarbij is niet van belang of de omstandigheden die tot de non conformiteit leiden wel of niet aan de gemeente zijn toe te rekenen.

Artikel 24 lid 2, schade

Uit de formulering van lid 2 wordt niet duidelijk of hier ook gedoeld wordt op toekomstige schade, bijvoorbeeld ontstaan door verlies van toekomstige canonaanspraken, of schade als gevolg van vermindering van de waarde van grond. Die schade kan hier niet onder vallen omdat het de keuze van de gemeente is gebruik te maken van de bevoegdheid het erfpachtrecht te beëindigen, terwijl zij ook kan kiezen voor het vorderen van nakoming, mogelijk af te dwingen middels executie. Toekomstige schade en schade als gevolg van vermindering van de grondwaarde dient dan ook uitgesloten te worden.

Artikel 27 lid 1, schadeloosstelling

Uit artikel 27 lid 1 blijkt niet of onder schadeloosstelling ook wordt verstaan de kosten voor juridische bijstand die ten behoeve van de beëindiging van het erfpachtrecht en het vaststellen van de hoogte van de schadeloosstelling nodig is. SEBA geeft er de voorkeur aan dat dit expliciet wordt vermeld.

Artikel 32, ontruiming

Aan dit artikel dient toegevoegd te worden dat deze bepaling niet in de weg staat aan het retentierecht van de erfpachter op grond van artikel 5:100 BW. Gebeurd dat niet, dan is de bepaling op grond van lid 2 van dat artikel nietig.

Artikel 33 lid 1, derdenwerking

De erfpachter kan met deze bepaling niet instemmen. Het uitdrukkelijk nastreven van derdenwerking brengt immers mee dat ook het verbod van artikel 9 lid 2 derdenwerking zou kunnen verkrijgen en dat een derde zich dus jegens de erfpachter op dit verbod kan beroepen. Indien de gemeente beoogt dat de rechten en verplichtingen van de erfpachter op allen, ook indien zij zakenrechtelijke werking ontberen, op de opvolgende erfpachter overgaan, dan zal dat als zodanig geformuleerd moeten worden.

Artikel 33 lid 2, kwalitatieve verplichtingen

De gemeente tracht in artikel 33 lid 2 alle regelingen die vanwege het gesloten systeem van de zakelijke rechten niet als onderdeel van het erfpachtrecht gezien kunnen worden, en als gevolg daarvan slechts persoonlijke werking hebben, middels een algemene vestiging van de algemeen voorwaarden als kwalitatieve verplichtingen toch zakenrechtelijke werking te geven. Deze bepaling voldoet op geen enkele wijze aan het bepaalbaarheidsvereiste. Voor het vestigen van een kwalitatieve verplichting is het noodzakelijk dat glashelder is welke verplichting het betreft. Als de gemeente derhalve wenst dat bepalingen die in haar ogen geen onderdeel van het erfpachtrecht uitmaken toch zakenrechtelijke werking krijgen, dan zal zij moeten aangeven welke bepalingen dat betreft en ten aanzien daarvan een kwalitatieve verplichting bedingen. Een veegbepaling zoals in lid 2 is opgenomen mist werking.

Ten aanzien van de in de AB2016 ontbrekende regelingen

Methode en parameters waarlangs de erfpachtgrondwaarde wordt vastgesteld

De grondslag die gehanteerd wordt om de canon vast te stellen is hierdoor volkomen onduidelijk. Opmerkelijk is dat in de AB2016 gesproken wordt van 'erfpachtgrondwaarde', terwijl in de AB200 en AB1994 gesproken wordt van 'grondwaarde'. Onduidelijk is wat het verschil is tussen deze begrippen. Doordat de methode en parameters waarlangs de erfpachtgrondwaarde wordt vastgesteld niet in de AB2016 zijn opgenomen, is deze door de erfpachter of een derde niet te controleren. Dit is extra problematisch indien de gemeente, als voorwaarde voor het geven van toestemming op basis van een gebeurtenis zoals beschreven in artikel 20, de canon wenst te wijzigen en op dat moment een andere grondslag als bij uitgifte hanteert. Dit kan leiden tot een ongecompenseerde vermogensoverdracht tussen contractpartijen, hetgeen niet te billijken is.

Methode en parameters waarlangs het canonpercentage wordt vastgesteld

Het tarief dat gehanteerd wordt om de canon vast te stellen is hierdoor volkomen onduidelijk. Doordat de methode en parameters waarlangs het tarief wordt vastgesteld niet in de AB2016 zijn opgenomen, is deze door de erfpachter of een derde niet te controleren. Dit is extra problematisch indien de gemeente, als voorwaarde voor het geven van toestemming op basis van een gebeurtenis zoals beschreven in artikel 20, de canon wenst te wijzigen en op dat moment een andere tariefstructuur als bij uitgifte hanteert. Dit kan leiden tot een ongecompenseerde vermogensoverdracht tussen contractpartijen, hetgeen niet te billijken is.

Mogelijkheid van een vaste canon

SEBA is met de Marktwaardecommissie van mening dat de keuzemogelijkheid voor een vaste canon in de AB2016 zeer wenselijk is. Een vaste canon benaderd het dichtste de referentie (een rentepercentage) die de gemeente voornemens is om te gebruiken voor de vaststelling van het canonpercentage, omdat de referentiemarkt hierin het risicovrije rendement en alle risico-opslagen heeft verdisconteerd. Een vaste canon zorgt ervoor dat de erfpachter of een derde kan controleren of deze consistent is vastgesteld en ook of de

hieraan gerelateerde indexcanon consistent is vastgesteld. In een apart schrijven komen we binnenkort uitgebreider terug op de vaststelling van het canonpercentage.

De Grondwaardecommissie heeft aangegeven dat in een prudente berekening de verschillende betaalvormen niet tot andere uitkomsten van de gedurende de looptijd totaal te betalen canon leiden (gezien op het moment van uitgifte). De erfpachter heeft dan de keuze of hij het inflatierisico wil lopen met een indexcanon die bij aanvang lager is, een vaste canon wil betalen of de canonverplichting in zijn geheel wil afkopen.

De disconteringsvoet waarmee toekomstige canonbetalingen contant worden gemaakt dient gelijk te zijn aan het nominale- dan wel reële canonpercentage bij uitgifte, zodat de contante waarde berekening altijd de erfpachtgrondwaarde bij uitgifte als uitkomst heeft. Onduidelijk is of de afkoopsom die op grond van artikel 8 leden 2 en 3 wordt vastgesteld gemaximeerd is aan de erfpachtgrondwaarde bij uitgifte. Deze maximum limiet voor de afkoopsom zal moeten worden toegevoegd aan artikel 8.

Niet Veilig

Artikel 3 lid 4 sub a, erfpachtrecht niet onderhevig aan inkorting

Deze bepaling is in strijd met de opzegbevoegdheden van hoofdstuk VI. Het recht kan immers wel onderhevig zijn aan inkorting ingevolge de aldaar opgenomen regelingen.

Artikel 7 lid 5, geen verlaging bij deflatie

In dit artikellid wordt bepaald dat de canon niet wordt aangepast indien er sprake is van deflatie. Dit is een onevenwichtige bepaling die meebrengt dat de canon slechts hoger kan worden en dat deze dus, indien er deflatie optreedt, steeds verder zal gaan afwijken van de aan de geldontwaarding aangepast aanvangscanon. Deze bepaling is in strijd met punt l van de blauwe lijst. De uitzondering daarop zoals omschreven onder lid 2 d) van de blauwe lijst geldt hier niet omdat daar sprake is van prijsindexering terwijl in dit geval juist wordt afgeweken van prijsindexatie in het nadeel van de erfpachter.

Artikel 9 lid 5, vrijstelling verboden lid 2

In lid 5 is geregeld dat het bepaalde in artikel 20 (de mogelijkheid om aan vrijstelling de voorwaarde van canonherziening te verbinden) ook ten aanzien van vrijstelling van de onder lid 2 opgenomen verboden geldt. Ten aanzien van de daar vermelde handelingen valt niet in te zien hoe het herzien van de canon als voorwaarde voor die vrijstelling redelijk is. Het geeft de gemeente de mogelijkheid middels de formule XxY (het betreft immers geen bestemmingswijziging) een hogere canon in rekening te brengen terwijl de grondwaarde niet stijgt en er dus (zeker in die zin) geen economische meerwaarde voor de erfpachter uit de handeling voortvloeit.

Artikel 15, schade aan derden
De erfpachter is op grond van deze bepaling vanaf het moment van vestiging van het erfpachtrecht aansprakelijk voor schade aan derden als gevolg van bodemverontreiniging

of een andere oorzaak. Dat geldt dus ook voor oorzaken die voor de vestiging reeds aanwezig waren. Ook deze bepaling levert strijd op met punt b van de blauwe lijst. De gemeente dient aansprakelijk te blijven voor omstandigheden of oorzaken die hun oorsprong vinden voor uitgifte van het erfpachtrecht en die zich derhalve buiten de invloedsfeer van de erfpachter hebben voortgedaan, tenzij in de bijzonder voorwaarden ten aanzien daarvan duidelijke afspraken zijn gemaakt (onder verrekening in de prijs).

Artikel 20, voorwaarden verbonden aan toestemming

In de AB2016 is op meerdere plaatsen geregeld dat de erfpachter vrijstelling of toestemming van de gemeente nodig heeft voor bepaalde (rechts)handelingen. Dit geldt in de volgende gevallen:

- als voorwaarde om een (gewijzigd) bouwplan goed te keuren (artikel 4);
- als het erfpachtrecht overgedragen of toegedeeld wordt voor ingebruikname (artikel5);
- bij wijziging erfpachtbestemming en toegestaan gebruik (artikel 9);
- bij geheel of gedeeltelijke sloop of wijziging vloeroppervlakte (artikel 10);
- bij splitsing en samenvoeging van het erfpachtrecht (artikel 11) en
- bij ondererfpacht (artikel 12)

De gemeente behoudt zich in lid 1 sub b van artikel 20 de bevoegdheid voor om aan deze vrijstelling of toestemming voorwaarden te verbinden, waaronder de voorwaarde dat de canon wordt herzien. Herzien vindt bij wijziging van de bebouwing of de bestemming en bij splitsing plaats middels de zogenaamde ABCD formule. Bij andere vrijstellingen of toestemming vindt deze plaats middels de formule XxY.

SEBA acht deze bepaling in meerdere omstandigheden onevenwichtig en onredelijk. Wij lichten dat hieronder nader toe.

> De gemeente heeft gedurende de ontwikkelfase bij elke van het oorspronkelijke plan afwijkende situatie het recht de canon voor het geheel naar de op dat moment geldende omstandigheden aan te passen middels XxY. Dat brengt mee dat bijvoorbeeld een zelfbouwer die geen omgevingsvergunning krijgt voor een door de gemeente privaatrechtelijk goedgekeurd bouwplan, en dus gedwongen is dat bouwplan aan te passen, geconfronteerd kan worden met een canon gebaseerd op ontwikkelingen (bijvoorbeeld een hogere grondwaarde of canonpercentage) die zijn opgetreden nadat hij een erfpachtovereenkomst met de gemeente heeft getekend.
> Indien een erfpachter gedurende de bouwfase in financiële problemen komt, dan kan hij bij overdracht van zijn recht geconfronteerd worden met een hogere canon op basis van XxY. Dat kan (zeer) waarde drukkend werken en tot aanzienlijk verlies leiden.
> Indien de erfpachter zijn recht in ondererfpacht uit wil geven, kan hij geconfronteerd worden met een geactualiseerde canon middels XxY. Er is geen reden te bedenken waarom dat redelijk zou zijn. De erfpachter kan belang hebben bij uitgifte in ondererfpacht, bijvoorbeeld omdat hij het huis een bepaalde tijd aan een ander in gebruik wil geven en het daarna weer voor eigen gebruik terug wenst (of voor gebruik door zijn kinderen).
> Indien het erfpachtrecht een woning betreft, dan brengt artikel 9 mee dat indien die woning, om welke reden ook (bijvoorbeeld bij een niet succesvolle wens tot

overdracht) langer dan een jaar leeg staat, de gemeente aan vrijstelling van de in artikel 9 genoemde verplichting de voorwaarde van canonherziening middels de formule XxY kan verbinden en derhalve de canon kan actualiseren.

> Bij toestemming voor wijziging van de bestemming of bebouwing of bij splitsing van het erfpachtrecht kan de gemeente de canon herzien op grond van ABCD. Deze wijzigingsbevoegdheid wordt door de gemeente ook onder het huidige erfpachtbeleid gehanteerd. De formule geeft aanleiding tot uitkomsten die door de erfpachter als zeer onredelijk wordt ervaren. Middels de formule is het echter niet onmogelijk, en blijkt het in de praktijk ook voor te komen dat de gemeente een hogere canon in rekening brengt bij herziening dan de canon die zij voor dezelfde bestemming en bebouwing op dat moment bij nieuwe uitgifte zou kunnen ontvangen. De gemeente kan middels deze herzieningsbevoegdheid een canon incasseren die zij noch bij voortduring van het bestaande recht nog bij uitgifte van een nieuw recht kan realiseren. SEBA biedt aan deze situatie met een rekenvoorbeeld toe te lichten.
> De eenzijdige wijzigingsbevoegdheid bij wijziging van de bestemming of bebouwing brengt mee dat er vraagtekens kunnen ontstaan over de juistheid en marktconformiteit van de gehanteerde variabelen. Daarnaast is het niet redelijke te werken met de actuele grondwaarde en het actuele canonpercentage, omdat de gemeente bij vestiging met de gewijzigde bebouwing en bestemming die opbrengst evenmin had kunnen genereren. Deze onredelijkheid is door de rechter vastgesteld in een vonnis van 17 augustus 2011 (ECLI:NL:RBAMS:2011:BT8289, Renaultgarage, r.o. 6.16).

Artikel 20 lid 6 sub a

De gemeente wenst de herziene canon te ontvangen vanaf het moment dat met de wijziging (van bebouwing, bestemming of gebruik) wordt gestart. Ten aanzien van het gebruik is dit begrijpelijk. Bij wijziging van de bebouwing en bestemming is het echter niet redelijk reeds de hogere canon in rekening te brengen als de wijziging nog niet gereed is. De opbrengst van de grond is dan immers nog niet gelijk aan de hogere grondwaarde die aan de canon ten grondslag is gelegd.

Artikel 23 juncto 26, eenzijdige opzegging gemeente

Artikel 23 regelt dat de erfpachter niet kan opzeggen, terwijl artikel 26 regelt dat de gemeente wel kan opzeggen. Deze combinatie van bepalingen is in strijd met punt c en f van de blauwe lijst. De erfpachter wordt onvoorwaardelijk gebonden aan de overeenkomst terwijl de voortduring van het erfpachtrecht afhankelijk is van de wil van de gemeente. Indien de gemeente de bevoegdheid tot opzegging heeft, dan dient de erfpachter die ook te hebben. Dit is te meer zo indien onder algemeen belang ook wordt verstaan dat de canon te laag is (zoals advocaat generaal mr. E.B. Rank-Berenschot heeft betoogd in haar conclusie PG van 6 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2014:526, SBOH/HHR, punt 3.54). De erfpachter dient, om evenwicht in de bepalingen terug te brengen, evengoed de mogelijkheid te krijgen op te zeggen indien daarvoor zwaarwegend belang aanwezig is. Dat zwaarwegend belang zal een spiegeling dienen te zijn van het algemeen belang dat door de gemeente kan worden ingeroepen.

Artikel 25, schadevergoeding

In lid 1 van artikel 25 is bepaald dat de erfpachter slechts vergoeding van de waarde van het erfpachtrecht kan vorderen op grond van hetgeen in artikel 25 is bepaald. Dat is in strijd met de wet. In artikel 5:87 lid 2 BW is immers vastgesteld welke waarde aan de erfpachter vergoed dient te worden, terwijl elke afwijking daarvan op grond van lid 3 van datzelfde artikel nietig is.

De gemeente geeft middels artikel 25 een invulling aan de in de wet vermelde waarde die het erfpachtrecht dan heeft. Daarmee stapt de gemeente ongeoorloofd in de schoenen van de wetgever. Indien partijen geen overeenstemming bereiken over de in artikel vijf: 87 lid 2 BW genoemde waarde, dan is het aan de rechter om die waarde vast te stellen.

Artikel 28 lid 5, toerekening van betalingen

De wetgever heeft in artikel 5:87 lid 2 BW geregeld dat het erfpachtrecht kan worden opgezegd indien de erfpachter in verzuim is de canon over twee achtereenvolgende jaren te betalen. Dat is dus een lex specialis ten opzichte van de algemene opzegbevoegdheid bij toerekenbaar tekortschieten. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat dit meebrengt dat deze bevoegdheid pas ontstaat als er een achterstand is in betaling van de canon die gelijk is aan twee maal de jaarcanon. Door bedragen die de erfpachter betaalt als canon toe te rekenen aan bijvoorbeeld boetes, renten of andere schulden, wordt de opzegmogelijk op onredelijke wijze vervroegd. Dit is in strijd met de beschermingsgedachte die in artikel 5:87 lid 2 BW is verwerkt. Het is dus een afwijking van de wet in voor de erfpachter negatieve zin en derhalve op grond van lid 3 van het zelfde artikel nietig.

De gemeente heeft ook geen redelijk belang bij deze bepaling omdat haar voor het innen van de onder lid 5 a, b en c genoemde vorderingen alle verdere middelen van het recht ter beschikking staan.

Artikel 29 lid 2, termijn voor keuze geschillenbeslechting door rechter

In artikel 29 lid 2 wordt, in overeenstemming met artikel 6:236 sub n BW, de weg naar de rechter opengehouden indien er sprake is van het vragen van bindend advies aan een deskundigencommissie. De termijn is gesteld op één maand na de dagtekening van de brief waarbij het inschakelen van de deskundigen wordt aangekondigd. Naar de mening van SEBA dient echter bij de ontvangst van de brief te worden aangesloten. De gestelde termijn is immers binnen een maand vanaf het moment dat de gebruiker zich jegens de consument schriftelijk op het beding heeft beroepen. Het is een bepaling die de belangen van de consument beschermt, zodat de consument een maand de tijd dient te krijgen om zich op zijn keuze te beraden. Dat kan slechts zo zijn indien de maand gaat lopen vanaf het moment van ontvangst van de brief.

Artikel 29 lid 4 en sub b, beleid van de gemeente

In deze bepaling wordt geregeld dat de deskundigen bij hun bindend advies het beleid van de gemeente ten aanzien van de uitvoering van de algemene en bijzondere bepalingen in acht moeten nemen. Hiermee wordt de gemeente de vrije hand gegeven om het bindend

advies eenzijdig te beïnvloeden met richtlijnen die bij het vestigen van het erfpachtrecht niet overeen zijn gekomen. Daarmee kan de gemeente eenzijdig de inhoud en uitwerking van de overeenkomst wijzigen of beïnvloeden. Dit is in strijd met punt j van de blauwe lijst. Dat leidt tot nietigheid van de bepaling.

Ten aanzien van het concept uitgiftebeleid

Artikel 2 lid 2 sub k, waarborgsom

Voor zover de gemeente op het oog heeft, en dit in de erfpachtovereenkomst zal opnemen, dat de waarborgsom (los van verdere schadeloosstelling) aan de gemeente toevalt indien de erfpachter geen medewerking verleend aan het vestigen van het erfpachtrecht, is deze bepaling in strijd met punt d van de blauwe lijst. Er is immers niets geregeld voor de situatie dat de gemeente aan de uitgifte haar medewerking onthoudt. De bepaling is slechts evenwichtig indien daarin tevens is bepaald dat de gemeente een zelfde bedrag aan de (toekomstige) erfpachter verschuldigd is voor de omgekeerde situatie.

Niet Nuttig

Artikel 9 lid 2 sub b, handelingen die waarde grond verlagen

Niet valt in te zien hoe deze bepaling bij een eeuwigdurend recht enig belang van de gemeente dient. Het is een onnodige en onredelijke belemmering van de erfpachter om handelingen te verrichten die (voor hem persoonlijk) het genot van de zaak verhogen doch die mogelijk de waarde van de grond op de markt verlagen.

Artikel 11 lid 1 sub b, verbod op splitsing in appartementsrechten

Dit verbod is strijdig met de in de wet bij artikel 5:106 BW opgenomen regeling. De erfpachter is, na verkregen toestemming van de grondeigenaar, bevoegd tot splitsing in appartementsrechten. De erfpachter kan, indien de grondeigenaar die toestemming niet op redelijke gronden onthoudt, vervangende machtiging aan de rechter vragen. Door de gekozen formulering (verboden tenzij...) wordt die systematiek doorkruist. In ieder geval kan de bepaling er niet toe leiden dat bij (ongemotiveerde) onthouding van toestemming of toestemming onder onredelijke voorwaarden aan het oordeel van de rechter wordt onttrokken.

Artikel 12, ondererfpacht

Het verbod op ondererfpacht is een onnodige beperking van de vrijheid van de erfpachter met zijn recht te doen en laten wat hij wil. Ondererfpacht is een nuttige en wenselijke methode voor het tijdelijk in gebruik geven van de zaak aan een ander. Het is niet redelijk dat aan toestemming (en dus mogelijk canonherziening) onderhevig te maken.

Artikel 17 lid 3, recht gemeente om perceel (en woning) te betreden
Deze bepaling biedt de gemeente te allen tijde het recht het perceel en de daarop gebouwde woning te betreden. Dit is een ernstige inbreuk op de privacy van de erfpachter. De bepaling is in strijd met artikelen 10 en 12 van de Grondwet en met artikel 8 EVRM.

Artikel 21, geschillencommissie

Deze bepaling is geheel overbodig en geeft een schijnzekerheid. Nakoming van de erfpachtvoorwaarden, en dus canonherziening conform de opgestelde formule, kan bij de rechter worden afgedwongen. Waar geschillen over zullen ontstaan is de vraag of de invulling die de gemeente aan de in die formule opgenomen variabelen wenst te geven wel juist en marktconform is. Dat dient door de commissie, en indien een partij dat wenst, de rechter te kunnen worden beoordeeld.

Niet Doelmatig

Artikel 18, boete

Deze bepaling is in strijd met punt e van de blauwe lijst. De bepaling is nietig.

Artikel 19, parate executie

Deze bepaling geeft de gemeente het recht een verplichting van de erfpachter waaraan deze (naar het oordeel van de gemeente) niet voldoet, zelf uit te voeren. Dit is een zeer vergaande bevoegdheid. Het is niet redelijk en evenwichtig dat deze bevoegdheid ontstaat voordat een rechter heeft uitgemaakt dat de erfpachter (indien deze dat betwist) inderdaad een verplichting niet is nagekomen.

Artikel 28 lid 3, uitsluiting verrekeningsbevoegdheid

In dit artikellid wordt de verrekeningsbevoegdheid van de erfpachter beperkt tot vordering jegens de gemeente die verband houden met het erfpachtrecht. Deze bepaling is in strijd met punt b van de blauwe lijst. Het betreft immers een geclausuleerde algemene uitsluiting van elke verrekeningsbevoegdheid met andere vordering, terwijl dat in principe zelfs wettelijke verrekeningsbevoegdheid zou kunnen beslaan.

Artikel 28 lid 4, vertragingsrente van 6%

Gezien de huidige rentestand is een vertragingsrente van 6% niet anders te beschouwen dan een boeterente. Daarmee is dit een onevenredig hoge schadevergoeding en derhalve in strijd met punt e van de blauwe lijst.

Artikel 29 lid 6, kosten deskundigen

De kosten van de deskundigen wordt gedeeld door de gemeente en de erfpachter, met uitzondering van de onder b (opzegging in algemeen belang) en c (opzegging wegens ernstig tekortschieten). Niet valt in te zien waarom het redelijk is dat de erfpachter de helft van de kosten zou moeten dragen voor het vaststellen van de schadeloosstelling

ingevolge artikel 13 (gedoogplicht). De gemeente wenst middels dat artikel ten behoeve van het algemeen belang immers inbreuk te maken op het aan de erfpachter uitgegeven erfpachtrecht. Daar dient de gemeenschap de kosten van te dragen, ook die ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding.

Graag zijn wij bereid deze inspraak nader aan u toe te lichten en om in gesprek te treden over concrete aanpassingen van de tekst.

Hoogachtend,

Met vriendelijke groet,
(10)(2e) 10)(2e)
Voorzitter SEBA