Gemeente Amsterdam

Mogelijkheden differentiatie afwaardering

Aan	Werkgroep Juridische Effecten d.d. 28 juni 2016
	Inhoudelijk Overleg d.d. 21 juli 2016
van	Werkgroep Juridisch Overstapbeleid
Datum	28 juni 2016

Inleiding

Bij de overstap van voortdurende naar eeuwigdurende erfpacht wordt de canon voor eeuwigdurende erfpacht vastgesteld op basis van een door de gemeente vastgestelde formule. Om recht te doen aan ① de contractuele gebondenheid van gemeente en erfpachter, ② het gegeven dat geen sprake is van een bouwterrein maar ③ van bestaand, deels verouderd vastgoed èn overstap naar eeuwigdurende erfpacht aantrekkelijk te maken, zal de volgens beleid bepaalde erfpachtgrondwaarde worden afgewaardeerd. Deze afwaardering is onderdeel van de formule.

De hoogte van de afwaardering moet nog worden bepaald. Vooruitlopend daarop doet zich de vraag voor of het juridisch mogelijk is om te differentiëren in de hoogte van de afwaardering:

1. tussen erfpachtrechten met een woonbestemming en erfpachtrechten met een niet-woonbestemming;
2. per locatie;
3. afhankelijk van de verstreken termijn van het tijdvak van het voortdurende erfpachtrecht;
4. vanaf een bepaalde datum;
5. tussen erfpachters die canon betalen en erfpachters die de canon afkopen;

Deze vragen worden hieronder behandeld en voorzien van een advies. Uitgangspunt bij deze notitie is dat een deel van de afwaardering (25%) thans bij CHET reeds als depreciatie wordt gegeven vanwege het feit dat geen sprake is van bouwrijpe grond en vanwege het feit dat sprake is van een bestaande contractrelatie. De verwachting is echter dat de afwaardering hoger zal zijn dan 25%. Aan het deel van de afwaardering boven de depreciatie van 25% ligt geen directe cijfermatige onderbouwing ten grondslag. Dit is meer een politieke keuze met als doel draagvlak voor het erfpachtstelsel te behouden en om de overstap naar eeuwigdurende erfpacht aantrekkelijk te maken.

Rekening moet nog worden gehouden met de persoon op wiens erfpachtrecht de afwaardering wordt verleend. Wanneer dit een onderneming is, spelen de regels omtrent staatssteun een rol. Dit zou er toe kunnen leiden dat in bepaalde gevallen geen afwaardering gegeven mág worden (met uitzondering van afwaardering die blijft onder de de-minimus drempel die geldt voor staatsteun; maximaal € 200.000 in 3 jaar tijd van alle overheidsinstellingen tezamen). Of zich bij het verlenen van afwaardering risico's op staatssteun voordoen wordt nog onderzocht. Hierover zal een afzonderlijke notitie worden opgesteld en in deze notitie wordt daar dus nog geen rekening mee gehouden.

Algemeen

De gemeente is, ook bij het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen, gehouden om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. Bij beantwoording van de vraag in welke gevallen gedifferentieerd kan worden in de hoogte van de afwaardering zijn de volgende beginselen met name van belang. Het gelijkheidsbeginsel (art. 1 Grondwet) en het verbod van willekeur. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden. Het is gerechtvaardigd ongelijke gevallen ongelijk te behandelen naar de mate waarin zij van elkaar verschillen. Het verbod van willekeur houdt kort gezegd in dat een overheidsorgaan in alle redelijkheid tot een bepaald besluit moet komen. Er moet een belangenafweging plaatsvinden waarbij een evenwicht moet worden gevonden tussen rechtmatigheid en doelmatigheid.
Bij de vraag in welke gevallen kan worden gedifferentieerd in de afwaardering is van belang op basis waarvan een onderscheid wordt gemaakt en waarom dit onderscheid wordt gemaakt.

Ad 1. Erfpachtrechten met een woonbestemming en erfpachtrechten met een niet-woonbestemming?

In dit geval wordt onderscheid gemaakt op basis van de bestemming van de erfpacht. De gemeente moet dan gemotiveerd uiteenzetten waarom bij de ene bestemming een hogere afwaardering wordt gegeven dan bij de andere bestemming. Bij het onderscheid tussen een woonbestemming en een niet-woonbestemming zijn hier wellicht mogelijkheden. Een belangrijk doel van het eeuwigdurende stelsel onder de AB 2016 is immers het bieden van zekerheid voor erfpachtrechten met een woonbestemming. Een voorbeeld daarvan is de mogelijkheid tot het onbeperkt uitbreiden van het bouwvolume zonder canonverhoging voor erfpachter-bewoners. Daarnaast biedt het feit dat bij eeuwigdurende erfpacht geen sprake meer is van een canonherziening einde tijdvak de erfpachter zekerheid omtrent de hoogte van de canon. Hierbij is echter wel van belang dat het mogelijk is dat in bepaalde gevallen ook voor een niet-woonbestemming de overstap naar eeuwigdurende erfpacht wenselijk is in verband met de zekerheid. Denk bijvoorbeeld aan een eenmanszaak.

Bij deze wijze van differentiëren in de hoogte van de afwaardering moet worden bedacht dat slechts erfpachter-bewoners onbeperkt het bouwvolume mogen uitbreiden. Voor erfpachter-beleggers met erfpachtrechten met een woonbestemming geldt deze vrijstelling niet. Wanneer op dit punt aansluiting wordt gezocht bij de AB's betekent dit dat de hoogte van de afwaardering van een erfpachtrecht aan de persoon van de erfpachter wordt gekoppeld. Hierbij is er echter een grijs gebied. Wanneer is iemand een belegger? In de uitwerking leidt dit (mogelijk) tot moeilijkheden.

Advies

Differentiëren in de hoogte van de afwaardering door onderscheid te maken tussen een woonbestemming en een niet-woonbestemming is mogelijk indien gemotiveerd uiteengezet kan worden waarom dit onderscheid wordt gemaakt. Het is echter niet helemaal uit te sluiten dat dit als ongelijke behandeling zal worden beschouwd. Om deze reden en vanwege het feit dat het in de uitwerking naar verwachting tot moeilijkheden leidt omdat sprake is van een grijs gebied, wordt geadviseerd om niet te differentiëren in de hoogte van de afwaardering tussen erfpachters-bewoners en erfpachters-niet-bewoners.

Hierbij dient te worden opgemerkt dat wanneer blijkt dat met het toekennen van een afwaardering aan ondernemers sprake is van ongeoorloofde staatssteun, dit met zich meebrengt dat geen afwaardering gegeven mág worden aan ondernemers.

Ad. 2 Per locatie

Ook om op basis van locatie te kunnen differentiëren in de hoogte van de afwaardering, moet gemotiveerd uiteengezet worden waarom het ene deel van de stad een andere afwaardering krijgt dan een ander deel van de stad. Een reden hiervoor zou kunnen zijn dat statistisch gezien in bepaalde delen van de stad erfpachters financieel minder draagkrachtig zijn. Dit is echter niet in alle gevallen zo. Daarnaast is het de vraag of het erfpachtstelsel het aangewezen instrument is om hier rekening mee te houden. Wanneer dit wordt gedaan, vindt in feite een onterechte, want niet-zaakgebonden correctie op het grondprijsbeleid plaats.
Om deze redenen en omdat het eeuwigdurende stelsel en de AB 2016 niet specifiek gericht zijn op een bepaald deel of bepaalde delen van de stad, lijkt differentiatie op basis van locatie niet mogelijk. Indien dat wel gebeurt, is de kans aanwezig dat wordt gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Advies Niet differentiëren in de hoogte van de afwaardering op basis van de locatie van het erfpachtrecht.

Ad. 3 Afhankelijk van de verstreken termijn van het tijdvak van het voortdurende erfpachtrecht

Bijvoorbeeld: De erfpachter van een voortdurend erfpachtrecht waarvan al dertig jaar van het tijdvak is verstreken, krijgt een hogere afwaardering dan de erfpachter van een voortdurend erfpachtrecht waarvan nog maar 5 jaar van het tijdvak is verstreken.
Bij het differentiëren in de hoogte van de canon bij rechten waarvan het tijdvak binnen afzienbare termijn afloopt maar waarbij de deskundigenprocedure nog niet is gestart, moet worden opgepast met het bieden van hogere afwaarderingen. Bij de canonherziening einde tijdvak kan de erfpachter er namelijk voor kiezen om voortdurende erfpacht te houden en de canon voor het nieuwe voortdurende tijdvak vast te laten stellen door deskundigen. Voorkomen moet worden dat een erfpachter vóór de start van de canonherzieningsprocedure wordt "verleid" om over te stappen naar eeuwigdurende erfpacht, waardoor niet duidelijk is tot welke canon een deskundigenprocedure leidt en de erfpachter de verschillende mogelijkheden niet kan afwegen.

Omgekeerd geldt het volgende voorbeeld: een erfpachter van een voortdurend erfpachtrecht waarvan nog maar 5 jaar van het tijdvak is verstreken, krijgt een hogere afwaardering dan een erfpachter van een voortdurend erfpachtrecht waarvan al 30 jaar van het tijdvak is verstreken.
Hierdoor ontstaat echter een scheve verhouding ten opzichte van rechten die net zijn uitgegeven, terwijl ten opzichte van oudere, maar overigens vergelijkbare erfpachtrechten verschillen in canons ontstaan, die geen grondslag in de waarde van het vastgoed vinden.

Een reden om te differentiëren in de hoogte van de afwaardering kan zijn gelegen in het voorkomen van misbruik van de regels. Wanneer deze situatie zich voordoet, is het mogelijk om te differentiëren in de afwaardering, mits goed onderbouwd. Hierbij moet er echter wel rekening mee worden gehouden dat dit met zich meebrengt dat erfpachters hun handelen juist afstemmen op het beleid en bijvoorbeeld langer wachten met overstappen om gebruik te maken van een hogere afwaardering.
Daarnaast is van belang dat de noodzaak om te differentiëren in de afwaardering afneemt indien de gemeente één grondprijsbeleid hanteert voor voortdurende en voor eeuwigdurende erfpacht, omdat

de waardeverschillen hierdoor kleiner worden. De kans op en de ernst van misbruik van de regels neemt hierdoor dus af.
Differentiëren in de hoogte van de afwaardering afhankelijk van de verstreken termijn van het tijdvak heeft tevens mogelijk een verstorende werking op de woningmarkt doordat erfpachters de keuze maken om op een bepaald moment over te stappen naar eeuwigdurende erfpacht.

Advies
Niet differentiëren naar aanleiding van de verstreken termijn van een tijdvak van het voortdurende erfpachtrecht.

- Ter voorkoming van misbruik van de regels is differentiatie in de afwaardering een mogelijkheid, mits goed onderbouwd. De noodzaak hiervan wordt echter gering geschat.
- Het toepassen van hogere afwaarderingen met als doel dat erfpachters overstappen vóórdat de canonherzieningsprocedure is gestart zorgt er voor dat erfpachters geen afweging kunnen maken tussen de verschillende mogelijkheden en wordt om die reden afgeraden.
- Ook het toepassen van een hogere afwaardering in gevallen waarin een tijdvak kort geleden is ingegaan wordt afgeraden, vanwege de scheve verhouding ten opzichte van net uitgegeven rechten.

Ad. 4 Vanaf een bepaalde datum
Deze wijze van differentiëren houdt in dat iemand die snel na het vaststellen van de overstapregeling overstapt een hogere afwaardering krijgt dan iemand die langer wacht. De hoogte van de afwaardering neemt dus af in de tijd (geleidelijk of ineens). Het doel hiervan is om zo snel mogelijk zo veel mogelijk erfpachters te laten overstappen. Het is mogelijk om op die manier met de afwaardering om te gaan. Alle erfpachters die snel overstappen krijgen immers een hogere afwaardering. Alle erfpachters die langer wachten met overstappen krijgen een minder hoge afwaardering. Van belang is echter wel dat voldoende duidelijk is dat de hoogte van de afwaardering afneemt naar mate de tijd verstrijkt en dat er een goede overgangsregeling met een ruime termijn wordt opgenomen.
Opgemerkt moet worden dat een dergelijke wijze van differentiëren in de afwaardering wel aanleiding tot discussie kan zijn. Zo zou men kunnen stellen dat erfpachters die wel in staat zijn om direct na invoering van de overstapregeling over te stappen, bevoordeeld worden ten opzichte van mensen die hiertoe niet direct in staat zijn.
Een reden om op deze wijze te differentiëren in de afwaardering kan zijn gelegen in het feit dat een volgend bestuur opnieuw kan besluiten over de afwaardering. Wanneer de afwaardering in het grondprijsbeleid wordt opgenomen, wordt deze elk jaar meegenomen in de vaststelling van het grondprijsbeleid en bestaat de mogelijkheid om elk jaar de afwaardering te heroverwegen.

Advies
Het is mogelijk om de hoogte van de afwaardering op termijn af te laten nemen, mits dit goed gecommuniceerd wordt en er een goede overgangsregeling met een ruime termijn wordt opgenomen.
Geadviseerd wordt om toepassing van de afwaardering in de termijn te beperken zodat een nieuw bestuur opnieuw kan beslissen over de afwaardering. Door de afwaardering op te nemen in het grondprijsbeleid wordt deze elk jaar meegenomen in de vaststelling van het grondprijsbeleid en bestaat elk jaar de mogelijkheid om te heroverwegen.

Ad. 5 Erfpachters die canon betalen en erfpachters die de canon afkopen?

Wanneer op deze wijze wordt gedifferentieerd wordt in feite onderscheid gemaakt naar de betaalwijze van de erfpachter. Ook hier geldt dat goed gemotiveerd uiteengezet moet worden waarom een dergelijk onderscheid wordt gemaakt en waarom het dus redelijk is dat in het ene geval een hogere afwaardering wordt gegeven dan in het andere geval. Alleen het financiële belang van de gemeente om meer afkoopsommen te ontvangen is hiervoor onvoldoende.

Daarnaast brengt een dergelijke regeling met zich mee dat erfpachters die de financiële middelen hebben om de canon af te kopen worden bevoordeeld ten opzichte van erfpachters die deze financiële middelen niet hebben en daarom canon 'moeten' betalen. Dit kan tot discussie leiden.

Voorts brengt deze wijze van differentiëren met zich mee dat het bij vaststelling van AB2016 en grondprijsbeleid gevoerde argument van de financiële neutraliteit tussen canonbetaling en afkoopsom in het geding komt namelijk het uitgangspunt dat op dag o alle situaties gelijk zijn aan elkaar. Ook brengt het met zich mee dat ongelijkheid ontstaat tussen een eerste uitgifte (verplichte afkoop voor commercieel) en een overstap naar eeuwigdurende erfpacht (hogere afwaardering bij afkoop).

Ten slotte is van belang dat door deze wijze van differentiëren fiscale ongelijkheid ontstaat.

Advies

Niet differentiëren in de hoogte van de afwaardering, omdat:

- Het financiële belang van de gemeente geen reden is om een dergelijk onderscheid te maken.
- Erfpachters met de financiële middelen om af te kopen hierdoor worden bevoordeeld ten opzichte van de erfpachters die deze financiële middelen niet hebben.
- De financiële neutraliteit in het geding komt evenals het uitgangspunt dat alle situaties op dag o gelijk zijn aan elkaar.
- Er ongelijkheid ontstaat tussen een eerste uitgifte en overstap.
- Er een fiscale ongelijkheid ontstaat.