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	**** 2016

Gevraagde beslissingen:

1. Kennis te nemen van de volgende twee situaties waarin ná de vaststelling van de AB 2016 overstap van voortdurende naar eeuwigdurende erfpacht mogelijk een rol speelt 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. Er is een erfpachtovereenkomst op basis van voortdurende erfpacht tot stand gekomen vóór de vaststelling van de AB 2016;toepassing van de AB 2016 vergt een wijziging van de erfpachtovereenkomst.
2. Kennis te nemen van de situatie die zich voordoet indien sprake is van een tender.
3. Wanneer de uitgifte in erfpacht plaatsvindt op basis van een tender (of een soortgelijke wijze van contractvorming) is het na publicatie van de tenderstukken niet meer mogelijk hier 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.
4. 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. De gemeente stelt hierbij de volgende voorwaarden :
      1 er is geen sprake van een tender of een vergelijkbare wijze van contractvorming waarbij partijen kunnen inschrijven en vervolgens één partij is geselecteerd,
      2 het gemeentelijk grondprijsbeleid voor eeuwigdurende erfpacht is van toepassing, en
      3 er treedt geen vertraging op in de uitvoering. Besproken planningen en data blijven gehandhaafd evenals de voorgenomen ingangsdatum van het erfpachtrecht.

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 slechts mogelijk indien beide partijen hier mee instemmen. De gemeente stelt hierbij de volgende voorwaarden:
   1° de erfpachtovereenkomst niet tot stand is gekomen op basis van een tender of een vergelijkbare wijze van contractvorming ,
   2° er geen economische levering heeft plaatsgevonden,
   3° er geen derden zijn, die een recht op levering van de erfpacht hebben verkregen op grond van bijvoorbeeld gesloten koop-/aannemingsovereenkomsten met betrekking tot het te realiseren vastgoed
   4° er geen vertraging in de uitvoering optreedt. Vastgelegde planningen en data blijven gehandhaafd, evenals de overeengekomen ingangsdatum van het erfpachtrecht.
   5° beide partijen met wijziging van de erfpachtovereenkomst instemmen en over de wijziging volledig overeenstemming bereiken.

   De gemeente stelt in de aanbieding tot wijziging de volgende, niet onderhandelbare voorwaarden:
   - in plaats van de AB2000 zullen op het te vestigen erfpachtrecht de AB2016 van toepassing zijn; de bijzondere erfpachtvoorwaarden blijven onverkort van toepassing,
   - op de erfpachtovereenkomst zal het Uitgiftebeleid 2016 van toepassing zijn in plaats van het Uitgiftebeleid 1994,
   - de erfpachtgrondwaarde zal worden bepaald door toepassing van het geldende grondprijsbeleid en het alsdan vastgestelde programma / ontwerp. De erfpachtgrondwaarde zal tenminste gelijk zijn aan de reeds overeengekomen grondwaarde voor voortdurende erfpacht,
   - de indexcanon zal worden bepaald op basis van het ten tijde van aabieding geldende canonpercentage
   - de erfpachter doet afstand van eventuele claims indien na wijziging van de erfpachtovereenkomst blijkt, dat toepassing van het alsdan door de gemeente vastgetelde overstapbeleid tot een voor hem gunstiger resultaat had geleid.

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 uitgegaan 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 tot stand gekomen en de uitgifte-onderhandelingen lopen door ná de vaststelling van de AB 2016, en ② er is al wel een erfpachtovereenkomst 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.
Kort omschreven ziet een onderhandelingsproces er als volgt uit. @@@

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 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. Hiervoor wordt onder ad. 2 een voorstel gedaan.

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.

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, 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. Over de inhoud van dit aanbod valt niet te onderhandelen. Uiteraard geldt ook voor de gemeente dat zij dit moment niet moet aangrijpen om over andere punten opnieuw in onderhandeling te treden.
Het risico dat de wederpartij het moment aangrijpt om over andere punten opnieuw te onderhandelen kan niet helemaal worden uitgesloten, maar op deze wijze wordt geprobeerd dit risico zo klein mogelijk te maken.

Onderhandelingen vinden plaats onder voorbehoud van bestuurlijke goedkeuring en ook in de aanbieding wordt dit voorbehoud gemaakt. Nadat de aanbieding is geaccepteerd wordt het gemeentebestuur gevraagd in te stemmen met de uitgifte in erfpacht. In de praktijk vindt dit plaats door middel van mandaten en volmachten. Het is in theorie dan nog mogelijk dat het gemeentebestuur geen goedkeuring geeft aan een uitgifte in voortdurende erfpacht. In de praktijk is het echter de vraag of dit mogelijk en wenselijk is. De onderhandelingen zijn immers gestart vóór de vaststelling van de AB 2016. Het is dan niet redelijk om de bestuurlijke goedkeuring te onthouden, omdat inmiddels de AB 2016 zijn vastgesteld.

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 daarnaast aan aanvullende voorwaarden is voldaan
Het voorstel is om onderhandelingen die zijn gestart op basis van de AB 2000 alleen voort te zetten op basis van de AB 2016 indien beide partijen hier mee instemmen. Hoewel het wenselijk is dat zo snel mogelijk zo veel mogelijk erfpachtrechten onder het eeuwigdurende erfpachtstelsel vallen, wordt voorgesteld om wel enkele voorwaarden te verbinden aan de mogelijkheden de onderhandelingen te wijzigen. Hiermee moet worden voorkomen dat het voortzetten van de onderhandelingen niet leidt tot vertraging.
De volgende voorwaarden worden voorgesteld:

1) er is geen sprake van een tender of een vergelijkbare wijze van contractvorming waarbij partijen kunnen inschrijven en vervolgens één partij geselecteerd zal worden,
2) het gemeentelijk grondprijsbeleid voor eeuwigdurende erfpacht is van toepassing, en
3) er treedt geen vertraging op in de uitvoering. Besproken planningen en data blijven gehandhaafd evenals de voorgenomen ingangsdatum van het erfpachtrecht.

Het is mogelijk dat de situatie zich voordoet dat de wederpartij de onderhandelingen voort wil zetten op basis van de AB 2016 en de gemeente niet. In dat geval gelden eveneens de regels uit de jurisprudentie zoals uiteengezet onder ad. 1

Ad. 3 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 slechts mogelijk indien beide partijen hier mee instemmen en indien daarnaast aan de volgende voorwaarden is voldaan

In verband met een soepel en voortvarend verloop van ontwikkelingen is het voorstel om reeds gesloten overeenkomsten slechts te wijzigen indien beide partijen hier mee instemmen en waarbij een aantal aanvullende voorwaarden gelden. Ook hierbij is de gedachte dat wijziging van de overeenkomst niet tot vertraging moet leiden.
De volgende voorwaarden worden voorgesteld:

1) de overeenkomst is niet tot stand gekomen door middel van een tender of een vergelijkbare wijze waarbij sprake is van inschrijving door meerdere partijen en selectie van één van deze partijen,
2) er heeft geen economische levering plaatsgevonden,
3) de waarborgsom is nog niet betaald, en
4) er treedt geen vertraging op in de uitvoering. Vastgelegde planningen en data blijven gehandhaafd, evenals de overeengekomen ingangsdatum van het erfpachtrecht.

Samengevat is het voorstel:

- Overstap naar eeuwigdurende erfpacht tijdens onderhandelingen die zijn gestart vóór de vaststelling van de AB 2016 en daarna doorlopen is altijd vrijwillig. De gemeente stelt hierbij de volgende voorwaarden:
  - er is geen sprake van een tender of een vergelijkbare wijze van contractvorming waarbij partijen kunnen inschrijven en vervolgens één partij geselecteerd zal worden,
  - het gemeentelijk grondprijsbeleid voor eeuwigdurende erfpacht is van toepassing, en
  - er treedt geen vertraging op in de uitvoering. Besproken planningen en data blijven gehandhaafd evenals de voorgenomen ingangsdatum van het erfpachtrecht.

- 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 slechts mogelijk indien beide partijen hier mee instemmen. De gemeente stelt hierbij de volgende voorwaarden:
  - de overeenkomst is niet tot stand gekomen door middel van een tender of een vergelijkbare wijze waarbij sprake is van inschrijving door meerdere partijen en selectie van één van deze partijen,
  - er heeft geen economische levering plaatsgevonden,
  - de waarborgsom is nog niet betaald, en
  - er treedt geen vertraging op in de uitvoering. Vastgelegde planningen en data blijven gehandhaafd, evenals de overeengekomen ingangsdatum van het erfpachtrecht.

- 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.