

Nederlandse Vereniging van Banken

De heer Mr. B. Staal
Postbus 7400
1007 JK AMSTERDAM

Cc: DNB - Prof. dr. K.H.W. Knot
AFM – Ir. Th.F. Kockelkoren
Ministerie van Financiën - Staatssecretaris Mr. drs. F.H.H. Weekers
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties – Minister Mr. drs. J.W.E. Spies

Datum: 17 september 2012
Ons kenmerk: NVB201201
Uw kenmerk:
Onderwerp: Commentaar op de bancaire richtlijn financierbaarheid erfpacht d.d. 9 augustus 2012

Geachte heer Staal,

In deze brief geven wij ons commentaar op de bancaire richtlijn financierbaarheid erfpacht. Deze schiet in de uitwerking op onderdelen ernstig te kort, waardoor het doel van evenwichtige, logische en begrijpelijke erfpacht niet wordt gehaald. De richtlijn voorkomt hiermee geen nieuwe woekererfpacht, maar bereikt het tegenovergestelde door deze zelfs te mandateren.

Inleiding

In de bancaire richtlijn financierbaarheid erfpachtrechten (te vestigen) vanaf 1-1-2013, zoals gepubliceerd op 9 augustus 2012, heeft de NVB in het algemeen beschreven wat banken als verantwoord financierbaar achten. Deze bancaire richtlijn bouwt voort op de criteria voor de financierbaarheid van bestaande erfpachtrechten (gevestigd voor 1-1-2013) die op 6 oktober 2011 zijn gepubliceerd, maar bevat ook aanvullingen.

Erfpacht heeft effect op de waarde van de woning en de lasten van de hypotheekgever. Om verantwoorde financiering op het erfpachtrecht te kunnen bieden vinden de banken het noodzakelijk dat de erfpachtvoorwaarden helder zijn over de lasten voor de klant en elementen die de waarde van het erfpachtrecht beïnvloeden.

De banken zijn, met ons, van mening dat toekomstig te vestigen erfpachtrechten niet alleen helder moeten zijn (de criteria voor bestaande erfpachtrechten zijn met name hierop gericht), maar ook evenwichtig moeten zijn en gebaseerd op een logische en begrijpelijke systematiek.

De richtlijn bestaat uit twee delen. Het eerste gedeelte betreft richtlijnen die gelden voor alle erfpachtrechten. Het tweede gedeelte bevat aanvullende richtlijnen voor erfpachtrechten met een (potentiële) canonverplichting.

In het eerste gedeelte van de richtlijn maken de banken een aantal verstandige keuzes. Zo accepteren banken vanaf 2013 alleen nog nieuwe erfpacht voor woningen die voor onbepaalde tijd zijn uitgegeven en waarbij tussentijds geen eenzijdige aanpassing van de voorwaarden door de grondeigenaar mogelijk is. De vrije overdraagbaarheid wordt beter gegarandeerd doordat de erfpachtvoorwaarden geen voorwaarden mogen bevatten voor bezwaring met hypotheek of executie. Bloot eigenaren mogen aan het verlenen van toestemmingen geen financiële voorwaarden, anders dan voor onvermijdelijke externe kosten en redelijke administratiekosten, verbinden. De banken spreken een sterke voorkeur uit voor een koopmogelijkheid van het bloot eigendom door de erfpachter.

Al deze punten geven aan dat de banken het lange termijn karakter van erfpachtrechten willen benadrukken en dat de vermogensomvang gedurende de gehele looptijd van de erfpacht onaangetast moet blijven. Een grondeigenaar die de grondexploitatie voor woningen door middel van erfpacht overweegt dient zich dus te realiseren dat dit een lange termijn belegging is, met overeenkomstig risico profiel en rendementseis.

In het tweede gedeelte van de richtlijn stellen de banken terecht als voorwaarde dat contracten duidelijk moeten zijn over hoe de canon is berekend en met welke methode deze periodiek aangepast kunnen worden.

In de kaders die de banken vervolgens stellen voor die canonberekening schiet de richtlijn echter ernstig te kort. Ook de fictieve grondslag voor de canonberekening die de banken introduceren is een ernstige tekortkoming. De banken bepalen dat, ook bij periodieke herziening, de canon vastgesteld moet worden op basis van de grondwaarde als ware het een bouwkaavel met eigen grond. Deze fictie is naar onze mening ook in tegenspraak met het verbod op fictieve grondslagen dat de NVB in 2011 juist voor bestaande erfpachtcontracten heeft geïntroduceerd, en doet vermoeden dat de kern van het mechanisme van erfpacht door de banken nog niet is begrepen.

Door deze tekortkomingen wordt het doel van evenwichtige, logische en begrijpelijke erfpacht in de richtlijn niet gehaald en wordt woekererfpacht niet voorkomen.

Grondeigenaren zijn in de afgelopen 20 jaar niet in staat gebleken om de erfpachtproblematiek door zelfregulering op te lossen. Het is goed dat de banken met de richtlijn hun verantwoordelijkheid nemen, maar ze dienen de richtlijn wel op bovenstaande punten aan te passen nog voordat deze in werking treedt. De overheid moet vervolgens de wettelijke kaders stellen met de noodzakelijke bescherming voor de consument.

De kern van de problematiek zit in wat een redelijke vergoeding voor erfpachtgrond is. Bepalend voor een evenwichtige canon is om te kijken wie welke risico's loopt bij erfpacht. Hieronder zullen we onze bezwaren tegen de richtlijn uiteenzetten.

Redelijk rendement voor erfpachtgrond

De jaarlijks te betalen erfpachtcanon wordt in de bancaire richtlijn berekend door de grondwaarde te vermenigvuldigen met een canonpercentage. Hoewel andere keuzes voor het bepalen van de canon mogelijk zijn, is deze formule op zichzelf een logische en begrijpelijke. Indien deze keuze echter wordt gemaakt, dient de uitwerking vervolgens helder, logisch en consistent te zijn.

Canonpercentage

Gezien het lange termijn karakter van de grondexploitatie door middel van erfpacht, dat de banken juist in het eerste gedeelte van de richtlijn benadrukken, is het onlogisch en onduidelijk waarom de banken bij herziening van de canon (iedere 10 tot 30 jaar) een wijziging van het canonpercentage accepteren. Het rendement (het canonpercentage) dient in lijn te zijn met de exploitatiehorizon (zeer lange termijn) en de risico's van de exploitatie door middel van erfpacht. De exploitatiehorizon is eerder 100 tot 150 jaar (onbepaalde tijd) dan 10 tot 30 jaar. Contracten voor bepaalde tijd (veelal 30, 50 of 75 jaar) zijn in de richtlijn juist niet toegestaan. Het is dus veel logischer en begrijpelijker indien de grondeigenaar en de erfpachter een canonpercentage overeenkomen dat gedurende de gehele looptijd van kracht blijft. De grondeigenaar kan hierop zijn rendementsberekening maken voor de grondexploitatie en de erfpachter en de financier de erfpachtverplichting vaststellen (de contante waarde van toekomstige canonbetalingen). Als enige variabele bij periodieke herziening blijft dan over de grondwaarde. Ter vergelijking: bij een obligatielening wordt in de regel ook niet de couponrente gedurende de looptijd aangepast. Wijziging van de marktrente doet juist de waarde van de obligatielening veranderen, wat het beleggingskarakter (risico) benadrukt. Door periodiek het canonpercentage aan te passen, tracht de bloot-eigenaar zijn investering verder waardevast, en daarmee risicoloos, te maken. Dit maakt de erfpacht voor de erfpachter echter onzeker, onbegrijpelijk en is bovendien niet logisch.

Wij pleiten voor een objectievere maatstaf voor het vaststellen van het canonpercentage die past bij de exploitatiehorizon en de risico's van grondexploitatie door middel van erfpacht voor woningen. Het rendement op staatsobligaties of geldende hypotheekrentes zijn hiervoor ongeschikt.

De rente, waar ook in de bancaire richtlijn mee wordt gerekend, bestaat feitelijk uit vier componenten: (1) het kale netto reële rendement als vergoeding voor de beschikbaarstelling van kapitaal, (2) een dekking van de diverse risico's die door de kapitaalverstrekker worden gelopen m.b.t. de transactie, (3) de te maken kosten m.b.t. de transactie en (4) een vergoeding voor de waardevermindering van het betaalmiddel als gevolg van inflatie.

Ten aanzien van het netto reële rendement (ad 1) kan worden uitgegaan van de te verwachten economische groei. Immers, waarom zou het productiemiddel grond op de lange termijn een hoger economisch rendement opleveren dan wat gemiddeld met alle productiemiddelen bij elkaar gerealiseerd wordt? Daarbij verslijt grond niet, zodat het niet vervangen, en dus afgeschreven, dient te worden. In Nederland is de nationale productiviteit, inflatie buiten beschouwing gelaten, tussen 1900 en 2000 verviervoudigd, hetgeen een verdubbeling in 50 jaar betekent. Het is daarom redelijk, billijk en vooral verstandig om het kale reële rendement voor grondexploitatie door middel van erfpacht te beperken tot maximaal een percentage dat overeenkomt met die verdubbeling in 50 jaar. In de meeste gevallen dient de canon aan het begin van ieder contractjaar te worden voldaan. De canon kan dan 1,37673% zijn, indien jaarlijks wordt geïndexeerd, afgerond 1,4%. [Voor de rekenaars onder de lezers: $(2^{(1/50)} - 1) / (2^{(1/50)}) = 1,37673\%$]. De grondeigenaar heeft hierbij dus een lange termijn reëel rendement van de grondexploitatie dat gelijk is aan de lange termijn ontwikkeling van het reële bruto binnenlands product. Bedenk dat het risico van erfpacht voor de grondeigenaar minimaal is (ad 2). De grondeigenaar blijft de juridisch eigenaar van de onderhavige grond en als de erfpachter niet aan zijn verplichtingen voldoet vervalt het gebruiksrecht van die erfpachter en kan hij de achterstallige canon en kosten bij voorrang terugkrijgen door executoriale verkoop. De richtlijn geeft de bank ook nog eens zes maanden de tijd om namens de erfpachter de achterstand te voldoen, zodat het risico voor de grondeigenaar feitelijk niet bestaat. De erfpachter draagt bovendien alle risico's die verbonden zijn aan de exploitatie van de betreffende grond. De erfpacht kent derhalve geen reëel transactierisico voor de grondeigenaar. Door voor het netto reële rendement uit te gaan van de te verwachten economische groei (zie ad 1) kan de canon door

jaarlijkse indexatie met de inflatie waardevast worden voor de grondeigenaar (ad 3). Naar onze mening dienen uitsluitend kosten die ten nutte van de erfpachter worden gemaakt separaat in rekening te worden gebracht en niet te worden opgenomen in het canonpercentage (ad 4).

Grondwaarde

De richtlijn stelt: *“De grondwaarde bij vestiging moet een reële grondwaarde zijn.(...) De grondwaarde bij herziening moet worden bepaald op een wijze die aansluit op de methodiek die is gehanteerd bij de vaststelling van de grondwaarde bij vestiging. De grondwaarde bij herziening moet zo voorspelbaar en bepaalbaar zijn als mogelijk.(...)”* In deze uitgangspunten kunnen wij ons volledig vinden. Ze vloeien ook voort uit de economische- en juridische literatuur en praktijk. Uit de ficties die echter vervolgens in de richtlijn voor een nadere uitwerking zijn opgenomen blijkt dat de banken het tegenovergestelde bereiken met hetgeen beoogd wordt.

Erfpacht is een beperkt zakelijk recht. Bij de uitgifte van een erfpachtrecht wordt een genotrecht verkregen van een onroerende zaak, in de praktijk veelal de grond. Het erfpachtrecht onderscheidt zich van het vol eigendom doordat het juridisch eigendom bij de bloot-eigenaar blijft en het economisch eigendom wordt overgedragen aan de erfpachter. Doordat in het erfpachtcontract beperkende voorwaarden voor het genot kunnen worden opgenomen wordt niet het economisch eigendom over de volledige onroerende zaak verkregen, maar slechts het gedeelte waartoe het erfpachtrecht beperkt is. In die zin laat een erfpachtrecht zich het beste vergelijken met een certificaat van aandeel. Aan de certificaathouder worden ook beperkingen opgelegd (veelal van stemrecht) die de gewone aandeelhouder niet ontzegd worden.

Indien de grondwaarde als grondslag voor de canon wordt gebruikt, zoals de richtlijn voorschrijft, dan dient men zich dus te realiseren dat niet (het economisch eigendom van) de volledige grondwaarde geleverd wordt bij de uitgifte van de erfpacht, maar slechts een gedeelte. De canon is de vergoeding voor het geleverde. Voor de uitgifte van de erfpacht vind geen betaling plaats. Het erfpachtrecht heeft bij uitgifte ook geen zelfstandige waarde. De waarde bij uitgifte wordt bepaald door de contante waarde van de toekomstige canonbetalingen. Pas na uitgifte kan er een waardeverandering, en daarmee goodwill of badwill, ontstaan. Dit is het risico van de erfpachter en dient dus niet tot uitdrukking te komen in de canon. De opmerking in de richtlijn: *“Een koper van een erfpachtrecht zal bij de betaling van de prijs die hij betaalt voor het erfpachtrecht rekening (moeten) houden met eventuele waardevermeerderende of waardeverminderende erfpachtvoorwaarden. Deze komen dus tot uitdrukking in de waarde van het erfpachtrecht.”* is dus onjuist. Nogmaals: bij uitgifte wordt niet betaald voor het erfpachtrecht, de vergoeding voor het erfpachtrecht bestaat uit de te betalen canon. Waardevermeerderende erfpachtvoorwaarden bestaan in deze niet, men kan niet meer leveren dan men bezit. Een appreciatie staat dan ook gelijk aan windhandel en bedrog. Waardeverminderende erfpachtvoorwaarden (beperkingen) dienen aldus hun weerslag te krijgen in de canon. Dit kan rekenkundig doormiddel van een depreciatie van ofwel het canonpercentage ofwel de grondwaarde. Het verdient hierbij onze voorkeur om de grondwaarde te depreciëren, omdat hiermee voor de erfpachter het meest duidelijk wordt dat slechts een beperkt genotrecht van de onroerende zaak wordt geleverd.

Het is onbegrijpelijk dat in de richtlijn deze fictie van de canongrondslag is opgenomen. Juist is de criteria voor financierbaarheid van bestaande erfpachtrechten hadden de banken een verbod op fictieve grondslagen opgenomen. Wij zijn het er hartgrondig mee eens dat, indien gekozen wordt voor de grondwaarde, de grondslag voor de canon een reële grondwaarde dient te zijn.

Tenslotte willen we graag uw aandacht voor een belangrijk aspect, waar de richtlijn in belangrijke mate aan voorbij gaat, maar dat bij herziening één van de belangrijkste problemen oplevert. Dit betreft het bepalen van de grondwaarde bij herziening.

Als gevolg van natrekking heeft de grond of de opstal in geval van erfpacht geen zelfstandige waarde. Het een kan niet zonder het ander verkocht worden. De bloot-eigendom heeft een zelfstandige waarde en het erfpachtrecht heeft een zelfstandige waarde. De Hoge Raad heeft bepaald dat deze twee samen gelijk zijn aan de waarde van het vol eigendom. De waarde van de bloot-eigendom en de waarde van het erfpachtrecht hoeven dus niet gelijk te zijn aan de grondwaarde en de opstalwaarde op enig moment in de tijd.

De heersende doctrine voor de ontwikkeling van de grondwaarde gaat uit van een waardegroei gelijk aan de inflatie. Deze doctrine wordt bevestigd door empirisch onderzoek van Prof. Dr. Piet Eichholz "The Herengracht Index". De richtlijn zou dan ook consistent zijn indien bij herziening de grondslag voor de canon zou worden bepaald op basis van de grondwaarde bij uitgifte vermeerderd met de cumulatieve inflatie in de periode tot herziening. Aangezien de data hiervoor ook beschikbaar zijn, kan de erfverpachter de erfpachter ook jaarlijks informeren over de actuele grondwaarde. Wij begrijpen de opmerking in de richtlijn "*Daarnaast moet het verschil tussen de echte grondwaarde en de contractuele grondwaarde niet te groot worden. Een mogelijkheid om dit te bereiken is door bijvoorbeeld de grondwaarde bij herziening te maximeren op 130% resp. 70% van de geïndexeerde grondwaarde.*" dan ook niet. Blijkbaar beschikken de banken over een methode om de echte grondwaarde vast te stellen.


Conclusie

Wij verzoeken de NVB nadrukkelijk om de bancaire richtlijn financierbaarheid erfpacht op bovenstaande punten aan te passen nog voordat deze in werking treedt. Gezien het belang van prudente berekeningswijzen en het consumentenbelang dat woekererfpacht voorkomen dient te worden, sturen wij een kopie van deze brief aan de toezichthouders DNB en AFM. Tevens sturen wij een kopie aan de ministeries van Financiën en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

Hoogachtend,


drs. Koen M. de Lange
Directeur van het Nederlands instituut voor Erfpacht (NivE)
Voorzitter van Stichting Erfpachters Belang Amsterdam (SEBA)


Prof. Ir. Frits Seijffert
Emeritus hoogleraar bouweconomie aan de faculteit der bouwkunde van de TU-Delft


Mr. Otto C. Koppen
Voorzitter van de Nederlandse Vereniging van Erfpachters (NLVE)
Directeur van het Nederlands instituut voor Erfpacht (NivE)