



## Argumenten voor een (gedeeltelijke) afschaffing van de Rotterdamse erfpacht

*Mr. H.M.I.Th. Breedveld*



## **Argumenten voor een (gedeeltelijke) afschaffing van de Rotterdamse erfpacht**

Mr. H.M.I.Th. Breedveld,  
compagnon en notaris bij Loyens & Loeff te Rotterdam en als adviseur nauw betrokken bij de besluitvorming rondom de afschaffing van de erfpacht.  
Het betreffende artikel is op persoonlijke titel geschreven.

17 maart 2003

## Inleiding.

### *a. Algemeen.*

In het akkoord (april 2002) voor de vorming van het college van Burgemeester en Wethouders van de Gemeente Rotterdam (“**de Gemeente**”) is voor de betreffende collegeperiode het volgende overeengekomen:

*“Erfpacht zal niet langer het enige systeem van gronduitgifte in Rotterdam zijn. Het college komt met nadere voorstellen, ook voor de huidige erfpachters, voor zowel woningen als bedrijven”.*

Dit college-akkoord heeft er toe geleid, dat de Gemeente heeft besloten het huidige erfpachtstelsel voor particuliere woningen en kantoren af te schaffen.

Bij de afweging handhaving of afschaffing van erfpacht kan een onderscheid worden gemaakt tussen twee soorten:

- a) een juridisch politieke afweging; en
- b) een financiële afweging.

Deze beschouwing handelt over de sub a bedoelde afweging. Daarnaast is uiteraard de sub b bedoelde afweging in de besluitvorming betrokken geweest. Dit betrof de financiële afweging wat de gevolgen van een afschaffing van de erfpacht voor de Gemeente zouden zijn. Deze kosten/baten-analyse komt in deze beschouwing niet aan de orde.

### *b. Het Rotterdamse erfpachtstelsel.*

Hoewel de Gemeente al zeer lang met stedelijke erfpachten werkt, is de grote omslag tot stand gekomen in de jaren 70 van de vorige eeuw.

Sinds die tijd wordt nagenoeg alle grond door de Gemeente in erfpacht uitgegeven.

Het huidige Rotterdamse erfpachtstelsel heeft onder meer de volgende kenmerken:

1. De schuldplicht (de canon) wordt vastgesteld aan de hand van:
  - a. de grondwaarde toe te kennen aan de betreffende kavel rekening houdend met de bestemming; en
  - b. de gemeentelijke rekenrente.
2. De erfpachter heeft de keuze tussen:
  - a. betaling van de canon; en
  - b. afkoop van de schuldplicht.
3. Wordt gekozen voor de afkoop van de schuldplicht, dan heeft de erfpachter de keuze tussen:
  - a. afkoop voor een periode van 50 jaar tegen een bedrag gelijk aan de grondwaarde; en
  - b. afkoop voor de duur van de erfpacht (99 jaar) tegen een afkoopsom gelijk aan de grondwaarde verhoogd met een opslag van 10% van de grondwaarde bij woningen en een opslag van 20% bij bedrijven/kantoren.

Andere varianten van gronduitgifte kent de gemeente niet.

Nieuwbouw binnen Rotterdam vindt – uitzonderingen daargelaten – plaats op gronden die door de Gemeente in erfpacht zijn uitgegeven. Feitelijk kan de Gemeente voor gronduitgifte bij nieuwbouw als monopolist worden beschouwd. Weliswaar heeft de Nma in een in Amsterdam spelende procedure beslist dat deze gemeente, gezien de omvang van de vastgoedmarkt, niet als een monopolist op de vastgoedmarkt kan worden beschouwd, maar dat wil niet zeggen, dat bij nieuwbouwprojecten, volgens de economische modellen, de Gemeente niet als een monopolist moet worden beschouwd.

Het economisch model verschilt vanzelfsprekend met het mededingingsrecht.

Deze monopolistische positie is niet zo zeer van belang voor de prijsstelling, als wel voor de keuze “eigen grond” versus “erfpacht”. Immers, ook andere gemeenten kunnen veelal als monopolist worden beschouwd, maar deze dwingen de grondafnemers niet met een erfpacht genoeg te nemen. Juist tegen dit laatste monopolistische effect richten zich de nodige bezwaren van de wederpartijen.

*c. Redenen voor invoering van de erfpacht.*

Redenen om destijds tot invoering van het hiervoor weergegeven erfpachtstelsel over te gaan waren:

- a. Een ideologische reden: grond dient in eigendom te blijven bij de gemeenschap; waardestijgingen van de grond dienen aan de gemeenschap toe te komen en niet aan het individu.
- b. Een juridische reden: binnen een erfpachtstelsel zijn sturingsinstrumenten beter te handhaven in vergelijking met een eigendomsysteem, waarbij het te sturen beleid moet worden gehandhaafd met behulp van kettingbedingen.

In een later stadium is daar een reden bijgekomen, en wel:

- c. Door de indexering van de canon respectievelijk het verstrijken van de tijdvakken van 50 jaar en 99 jaar wordt de erfpacht een relevante inkomstenbron voor de gemeente in de toekomst.

Van deze redenen blijkt uit de Nota Grondbeleid Rotterdam, die in het najaar 1980 is vastgesteld. Met name aan de ideologische reden werd een zwaar gewicht toegekend.

*d. De huidige erfpacht.*

De meeste erfpachten in Rotterdam hebben een looptijd van 75 of 99 jaar.

Voor het grootste aantal erfpachten kan qua canonplicht een onderscheid worden gemaakt tussen drie soorten erfpachters:

- a. de erfpachters die de canon niet hebben afgekocht en die derhalve periodiek de canon betalen (“**de canon-erfpachters**”);
- b. de erfpachters die de canon betalingsverplichting hebben afgekocht voor de periode van 50 jaar (“**de erfpachters-50**”); en
- c. de erfpachters die de erfpacht hebben afgekocht voor een periode van (75 of) 99 jaar (“**de erfpachters-99**”).

*e. Bezwaren tegen het erfpachtstelsel.*

Tegen het huidige erfpachtstelsel kunnen de nodige bezwaren naar voren worden gebracht. Voorts blijkt de nodige weerzin bij “de burger” tegen het erfpachtstelsel te bestaan. Onderzocht is of, en zo ja hoe, een stelselwijziging mogelijk is. In het kader van het onderzoek is de in de inleiding vermelde vraag gesteld.

### Argumenten voor stelselwijziging.

Tussen de argumenten die pleiten voor een stelselwijziging kan het volgende onderscheid worden gemaakt:

- A. Argumenten van ideologische/politieke aard;
- B. Economische argumenten;
- C. Inconsistentie en inconsequentie van het huidige stelsel;
- D. Onjuiste grondslag voor het hanteren van het erfpachtmodel;
- E. Ongewenste neveneffecten van het huidige stelsel.

Deze argumenten worden hierna toegelicht.

De argumenten staan uiteraard niet los van elkaar. Zij liggen veelal in elkaars verlengde. Daarbij komt, dat het ene argument als zwaarder/harder van aard kan worden beoordeeld dan het andere.

In ieder geval zijn de argumenten van dien aard, dat een kritische beoordeling van het huidige erfpachtstelsel op zijn plaats is.

Komt men tot het oordeel dat bijvoorbeeld voor een bepaalde vastgoedcategorie met het oog op sturing een erfpachtstelsel gewenst is, dan dient wel te worden gedacht aan een ander stelsel dan het huidige, bijvoorbeeld een eeuwigdurende erfpacht met een afgekochte canon.

### **A. Bezwaren van ideologische/politieke aard.**

#### *a. Ontbreken van draagvlak voor de ideologische grondslag.*

De stelling dat grondwaardestijgingen toe moeten komen aan de gemeenschap en niet aan het individu is een stelling die maatschappelijk niet meer breed wordt gedragen.

Zodra de ideologische grondslag voor het erfpachtstelsel wegvalt, is een afschaffing of wijziging van het stelsel (politiek) voor de hand liggend.

Dit argument klemt temeer nu slechts een beperkt aantal gemeenten (voor zover bekend betreft dit circa 19 gemeenten) in Nederland met het erfpachtstelsel werken of hebben gewerkt.

De ideologische reden wordt tevens onderbouwd met de visie dat grondwaardestijgingen mede worden veroorzaakt door de stedelijke omgeving en de meerwaarde die door de gemeente – vanwege haar rol – voor de grond wordt gegenereerd. In deze visie zou het legitiem zijn om de Gemeente (mee) te laten profiteren van de grondwaardestijging. Bij deze laatste visie kunnen de nodige vraagtekens worden geplaatst:

- a) Waarom zou dit alleen gelden voor een beperkt aantal gemeenten en niet voor randgemeenten? Is dit voor bijvoorbeeld de wijk Pendrecht in Rotterdam anders dan voor de aangrenzende gemeente Barendrecht?
- b) Grondwaardestijgingen werken door in gehanteerde verkoopprijzen/grond-

waarden. In de grondopbrengst voor de Gemeente bij de uitgifte is een verwachtingswaarde verwerkt.

- c) Gemeenten incasseren onroerende zaak-belastingen. Waardestijgingen van vastgoed werken door in deze opbrengsten. Sterker nog als inkomsten verminderen door waardedalingen van vastgoed, is zulks ongetwijfeld voor menig gemeente een reden om de grondslag van de onroerende zaak-belasting te wijzigen, opdat de opbrengsten ten minste constant zullen blijven.
- d) Van de circa 220.000 woningen in de Gemeente staan er circa 80.000 op erfpachtgrond; de bijdrageplicht wordt daarmee niet evenwichtig verdeeld over alle huizenbezitters.
- e) Aan de Gemeente zijn andere publiekrechtelijke middelen toegekend om bepaalde waardestijgingen af te romen (baatbelasting en exploitatieverordening).

*b. Grondwaardestijgingen komen niet consequent aan de gemeenschap toe.*

Het is de vraag of grondwaardestijgingen consequent toekomen aan de gemeenschap in het huidige stelsel.

Thans zijn er circa 20% canonbetalers, circa 67% erfpachters die hebben afgekocht voor 50 jaar en circa 13% erfpachters die hebben afgekocht voor 99 jaar. Bij nieuwe uitgiften liggen – zoals gezegd – de percentages duidelijk in het voordeel van afkoopregelingen voor 50 jaar, zodat de cijfers gaan groeien naar een situatie dat circa 10% canon betaalt, circa 80% heeft afgekocht voor 50 jaar en circa 10% heeft afgekocht voor 99 jaar. Hierbij wordt de kanttekening geplaatst dat erfpachten met een niet-woonbestemming zelden worden afgekocht voor een periode van 99 jaar mede in verband met de opslag van 20%. Gebleken is dat bij erfpachten, waarvan de schuldplicht is afgekocht, het ontstaan van de nieuwe schuldplicht eerst doorwerkt in de waardering van de erfpacht vanaf het 17<sup>e</sup> jaar voor de datum van afloop van het betreffende tijdvak van afkoop (het 50<sup>e</sup> of 99<sup>e</sup> jaar). Blijkbaar hebben erfpachters, financiers en beleggers bij de vestiging geen “scope” van 50 of 99 jaar. Mede gezien de verhuisbewegingen beperken marktpartijen een lange termijnvisie tot een periode van 20-30 jaar. De nieuwe schuldplicht houdt in dat met ingang van het 51<sup>e</sup> jaar weer een afkoopsom aan de Gemeente moet worden betaald (die is gelimiteerd tot de actuele grondwaarde) of een jaarlijkse canon. Deze (naderende) toekomstige verplichting dient bij de waardebeoordeling van de erfpacht te worden meegewogen. Rekenkundig dient dit al te geschieden in het eerste jaar van de erfpacht. In de “markt” blijkt echter dat deze (negatieve) waardering eerst significant is vanaf het 17<sup>e</sup> jaar voor het jaar van de afloop. Dit heeft tot gevolg dat bij verkoop van erfpachten door erfpachters die hebben afgekocht gedurende de eerste 33 jaar respectievelijk de eerste 72 jaar feitelijk grondwaardestijgingen worden geïnd. (Volgens het Grondbedrijf van Amsterdam ligt dit tijdstip zelfs 10 jaar voor de aankomende afloopdatum. Zie Volkskrant, 4 december 2002.)

Het oorspronkelijke ideologische doel wordt derhalve maar beperkt bereikt en regardeert op grond daarvan slechts maar een beperkt aantal erfpachters. Zie wat dit betreft ook hetgeen sub B onder f. wordt vermeld.

*c. Onrechtvaardige beleving door de burger.*

De erfpacht wordt door de consument als onrechtvaardig ervaren. Bij de consument leeft de gedachte dat voor erfpacht “dubbel” moet worden betaald.

Dit gevoel is begrijpelijk want de erfpachter betaalt of een geïndexeerde canon, waarbij de inflatiecomponent eveneens wordt geïndexeerd (zie hierna sub C onder a.) of betaalt een afkoopsom, terwijl de erfpachter weet dat de schuldplicht wederom ontstaat in jaar 50 met als gevolg dat in jaar 50 weer moet worden betaald.

De onrechtvaardige beleving wordt mede ingegeven doordat in Rotterdam de Gemeente feitelijk als monopolist bij gronduitgiften acteert en slechts een bescheiden aantal gemeenten een met Rotterdam (in hoofdlijnen) vergelijkbaar erfpachtstelsel kent.

Voorts wordt de beleving gevoed door de keuzemogelijkheden die het erfpachtstelsel kent. De erfpachters-50 kopen de canon af tegen een afkoopsom die is gelimiteerd tot de grondwaarde. Ook de overdrachtsbelasting en omzetbelasting wordt (veelal) geheven over deze bedragen, hetgeen mede wordt veroorzaakt doordat het contant maken van de geïndexeerde canon resulteert in een bedrag dat (ver) boven de grondwaarde uitstijgt.

Een en ander wil overigens niet zeggen, dat de erfpachter met de onrechtvaardigheidsbeleving juridisch het gelijk aan zijn kant heeft; hij is en blijft (slechts) erfpachter. In dit kader wordt ook gesteld, dat de erfpacht feitelijk moet worden gezien als een soort aflossingsvrije hypothecaire geldlening die afgesloten wordt voor de financiering van de aankoop van vastgoed in eigendom.

Deze vergelijking gaat echter volkomen mank.

Immers bij erfpacht zal op een gegeven moment grondwaardestijging toevallen aan de Gemeente, terwijl bij een hypothecaire lening het object (met gegenereerde grondwaardestijging) in handen blijft van de hypotheekgever.

In tegenstelling tot wat het begrip “aflossingsvrije hypotheek” uitdrukt, moet de hypothecaire schuld wel na afloop van de aflossingsvrije periode worden afgelost. Als dit moment gelijk valt met een afrekeningsmoment richting Gemeente na afloop van het tijdvak van 50 jaar, komt het verschil wel heel zichtbaar naar voren.

Is sprake van een erfpachter die de canon heeft afgekocht en de afkoopsom hypothecair heeft gefinancierd, dan is het duidelijk, dat hij op een gegeven moment:

- a. de geleende som moet aflossen; en
- b. weer opnieuw een afkoopsom (of nieuwe canon) in jaar 50 moet gaan betalen.

Daarbij komt dat sprake is van twee geheel verschillende onderwerpen.

## **B. Economische argumenten.**

Er is een aantal economische argumenten dat pleit voor afschaffing van de erfpacht. Zo bestaat de indruk dat erfpacht een vestigingskeuze, zowel voor particulieren als bedrijven, nadelig beïnvloedt. Ook wordt afschaffing van de erfpacht door de Gemeente gezien als een verbetering van haar concurrentiepositie in vergelijking met buurgemeenten. De juridische kwaliteit van het “wonen” wordt verbeterd. Indien bloot-eigendommen worden verkocht, geeft dit ruimte voor alternatieve aanwendingsmogelijkheden van de vrijkomende middelen.

Voorts brengt het erfpachtstelsel beheerkosten met zich mee, die kunnen worden verlaagd. Bij deze economische argumenten dient men zich wel te realiseren dat ten aanzien van vestigingskeuze en concurrentiepositie er geen onderzoek voor handen is die zulks

bevestigt. Wel zijn er binnen de Dienst Ontwikkelingsbedrijf Rotterdam voldoende signalen ontvangen om dit argument naar voren te brengen.

Ten slotte dient niet uit het oog te worden verloren dat aan het einde van het tijdvak het incasseren van een volledige afkoopsom mogelijk is. Het erfpachtstelsel is niet zo effectief als het lijkt ten aanzien van dit punt.

In andere gemeenten en in andere situaties ook binnen Rotterdam heeft dit tot commotie en onrust geleid. Een en ander zal waarschijnlijk resulteren in het verstrekken van hoge "kortingen" op de afkoopsom, die moet worden betaald.

Ervan uitgaande dat ook deze afkoopsommen worden gelimiteerd tot de grondwaarde mag aangenomen worden dat kortingen verstrekt zullen worden tot zo'n 40% van deze grondwaarde.

Het verstrekken van een dergelijke korting heeft tevens het gevolg, dat de grondwaardevermeerdering die heeft plaatsgevonden niet volledig door de Gemeente wordt geïncasseerd, hetgeen ook niet strookt met de ideologische intentie.

### **C. Inconsistentie en inconsequentie van het huidige stelsel.**

a. *Het huidige erfpachtstelsel is onevenwichtig (en daardoor onredelijk).*

De basis van het erfpachtstelsel is de vaststelling van de schuldplicht, die de erfpachter bij de vestiging opgelegd krijgt. De vaststelling van de canon is gebaseerd op de grondwaarde en gemeentelijke rekenrente.

Een rentevergoeding bevat een drietal componenten:

- a. een vergoeding voor de verleende dienst en het ter beschikking stellen van gelden;
- b. een vergoeding voor het risico dat de uitlener loopt in geval van een deconfiture van de inlener;
- c. een vergoeding voor de geldwaardevermindering (inflatie).

Gebleden is dat gezien de verhaalbaarheid van canonverplichtingen het risico van de gemeente voor het niet kunnen incasseren van een canon als nihil kan worden gekwalificeerd.

Het indexeren van de canon strookt niet met de sub c bedoelde component.

Immers, hierdoor wordt de inflatievergoeding die al begrepen is in het rentepercentage eveneens jaarlijks gecorrigeerd. Dit is dubbelop en dus niet redelijk. Bovendien staat de indexering ten dele los van de doelstelling om periodiek de grondwaardevermeerdering door de Gemeente te doen incasseren. De grondwaarde- vermeerdering wordt of jaarlijks geïncasseerd of 10-jaarlijks of 50-jaarlijks. Nu is eveneens sprake van periodieke incasseringen bij canonbetalers die achterwege blijft bij erfpachters, die de schuldplicht hebben afgekocht. De indexering wordt wel gezien als een vooruitbetaling van de grondwaardestijging die aan de Gemeente te zijner tijd dient toe te komen. Deze visie is slechts ten dele juist en zou alleen betrekking kunnen hebben op de reële rentecomponent (de sub a bedoelde component).

De keuzemogelijkheden zijn niet consistent. Immers, zou een erfpachter de geïndexeerde schuldplicht afkopen, dan overstijgt deze afkoopsom contant gemaakt de grondwaarde



aanzienlijk. Dit leidt ertoe dat de Gemeente de afkoopsom heeft gelimiteerd tot het bedrag van de grondwaarde.

Het invoeren van een afkoopsom is onvermijdelijk aangezien erfpachters en de hypothecaire financiers niet geconfronteerd willen worden met onzekere woonlasten in de toekomst. Bij het doen van investeringen en het aantrekken van een hypothecaire geldlening willen zowel de erfpachters als de hypothecaire financiers zeker weten dat de woonlasten een vast component in het bestedingspatroon van de erfpachter vormen. Excessief stijgende woonlasten moeten in deze situaties worden vermeden, teneinde gezinnen (en bedrijven) niet in de problemen te brengen.

Op grond van het vorenstaande rijst derhalve de vraag, waarom de Gemeente de mogelijkheid van de canonbetaling sowieso heeft gehanteerd.

Dat afkoop van de canonverplichting veelal onvermijdelijk is, blijkt ook uit het feit dat de laatste jaren bij meer dan 90% van de nieuwe erfpachten de canon wordt afgekocht.

De indexering van de canon wordt ook wel beargumenteerd met de stelling dat de erfpacht met de canonplicht een financieringsvorm, dan wel een met huur vergelijkbare opzet is.

Wat betreft de financieringsvorm wordt dan de erfpacht vergeleken met de aanschaf van een vastgoedobject, die wordt gefinancierd door middel van het sluiten van een hypothecaire geldlening met een kortlopende of beperkte vaste interestperiode.

Met de vergelijking met een huur wordt beoogd aan te geven dat ook huursommen veelal geïndexeerd zijn.

Beide vergelijkingen gaan mijns inziens niet op.

- (i) Zoals al eerder gezegd, blijft bij een hypothecaire financiering de eigendom van het object bij de hypotheekgever. Grondwaardestijgingen blijven hem toekomen. Dat een erfpachter kiest voor een korte rentevast-periode is een keuze die wordt ingegeven door de hoogte van de rente. Kortlopende financieringen kennen veelal een lagere rente dan langlopende financieringen, reden waarom hypotheekgevers willen kiezen voor een korte rentevast-periode. Bij particuliere hypotheekgevers doet zich dit slechts zelden voor. Meestal wordt gekozen voor een rentevast-periode van 5 of 10 jaar. Daarbij komt, dat de hoogte van de interest los staat van de grondwaardeontwikkeling. Ten slotte kan een hypothecaire financiering te allen tijde worden afgelost. Een afkoop van de canon is slechts beperkt mogelijk. Afkoop kan slechts plaatsvinden bij de 10 jaarlijkse herziening of door de koper van de erfpacht bij de verwerving.
- (ii) De vergelijking met een huur gaat eveneens niet op. Huuropbrengst (van een woning, kantoor of winkel) is een bruto-huuropbrengst. In beleggingskringen wordt bij de aanvang van de huurperiode dan ook gesproken over een bruto aanvangsrendement (de zogenaamde "BAR"). Dit is een andere opbrengst dan het netto aanvangsrendement. Immers een verhuurder heeft de nodige kosten, zoals:
  - a. afschrijvingen;
  - b. exploitatiekosten (verzekeringen, onroerende zaak-belastingen);
  - c. onderhouds- en renovatiekosten.Deze kostenposten spelen geen rol voor de eigenaar van grond waarop een erfpacht is gevestigd. Dat een huur is geïndexeerd, is duidelijk:

- a. de bedoeling van de huur is dat de netto-opbrengst inflatiebestendig is; en
- b. ook de kostenkant is aan inflatie onderhevig.

Voorts loopt een verhuurder nog de nodige incasso- en leegstandrisico's, die bij erfpachten voor de Gemeente niet spelen.

Ten slotte kan een huurovereenkomst door de huurder worden beëindigd.

In het huidige erfpachtstelsel is zulks uitgesloten. Indien de erfpachter de mogelijkheid heeft de erfpacht door opzegging te doen beëindigen met een vergoedingsrecht voor de door of voor rekening van de erfpachter gerealiseerde opstallen, komt de vergelijking meer in de buurt, maar dit houdt voor de Gemeente de facto een inkoopgarantie jegens de erfpachter in. Het is duidelijk dat in dat geval sprake is van een geheel andere erfpacht.

- b. Het huidige erfpachtstelsel is willekeurig.*

Het huidige stelsel is willekeurig en creëert een verschil tussen de erfpachters.

In het huidige erfpachtstelsel zijn de erfpachters die hebben afgekocht voor 99 jaar het beste af. De vraag rijst waarom niet meer erfpachters kiezen voor een afkoop van 99 jaar. Gebleken is dat afkoop voor 99 jaar met name wordt gekozen door erfpachters in de duurdere huizen categorie (de vrije villa-kavels). Er zijn redenen om aan te geven waarom alleen deze groep feitelijk van het alternatief gebruik kan maken.

Hypothecaire financiers zijn niet genegen om de opslag van 10% te financieren. Kopers van woningen zitten veelal aan de limiet van hun leningscapaciteit (iedereen die een huis koopt, grijpt eigenlijk iets te hoog) met als gevolg dat de 10% niet meer kan worden gefinancierd. Daarbij komt dat leningen veelal worden gesloten met een looptijd van maximaal 30 jaar, zodat de hypothecaire financier geen last heeft van de depreciatie, die ontstaat als het einde van het eerste tijdvak in zicht komt. Voorts blijkt dat de "scope" van de erfpachter (die gold tot voor kort ook voor institutionele beleggers) niet verder reikt dan 50 jaar.

Dit heeft tot gevolg dat het betalen van de 10% opslag voor veel erfpachters geen prioriteit heeft bij de vestiging. Immers, er zijn nog veel andere uitgaven te doen, zoals het inrichten van de woning, die een hogere prioriteit hebben met als gevolg dat het bedrag voor de 10% opslag slechts kan worden betaald door erfpachters die min of meer als vermogend kunnen worden betiteld.

#### **D. Sturing als grondslag voor het hanteren van het erfpachtmodel.**

- a. Algemeen.*

Een van de redenen om bij gronduitgiften te werken met het instituut erfpacht is de mogelijkheid bepaalde sturingsinstrumenten goederenrechtelijk in te kaderen.

De vraag rijst derhalve of erfpacht het middel is om sturing te bewerkstelligen of dat sturing ook kan worden bewerkstelligd in andere gronduitgiftesystemen.

Zoals het er thans naar uitziet, lijkt dit argument alleen bij bepaalde vastgoedsectoren respectievelijk bepaalde objecten een argument om erfpacht te handhaven.

Dit wil echter niet zeggen dat erfpacht dan een erfpacht dient te zijn conform het huidige stelsel. De hiervoor geschetste (economische) nadelen kunnen worden gemitigeerd in een ander erfpachtsysteem, indien het argument van sturing doorslaggevend zou zijn voor het handhaven van een erfpachtsysteem.

Daarbij dient wel te worden opgemerkt dat het argument van de sturing voor de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 wel zwaarder woog, omdat onder het regime van het Oud Burgerlijk Wetboek de "kwalitatieve verplichting" niet bestond.

*b. Mogelijkheden van sturing.*

Om gewenst beleid vorm te geven zijn aan iedere gemeente de nodige publiekrechtelijke mogelijkheden toegekend om haar beleid als publieke taak uit te voeren. Voorbeelden zijn de Huisvestingswet, de Wet op de Ruimtelijke Ordening, de Wet Voorkeursrecht Gemeenten, Onteigeningswet, Bouwbesluit enzovoorts.

Op grond van de geldende "twee wegenleer" is een gemeente vrij om voor sturing te kiezen tussen de privaatrechtelijke of de publiekrechtelijke weg. Wel kan een gemeente bij het bewandelen van de privaatrechtelijke weg niet verder reiken dan haar publiekrechtelijke arm lang is in die zin, dat het privaatrechtelijke beding de publiekrechtelijke regeling niet kan/mag doorkruisen. Dit laat onverlet dat een privaatrechtelijk beding verder kan worden uitgewerkt dan het (daarmee corresponderende) publiekrechtelijke voorschrift. Zo kan de privaatrechtelijke bestemming (het gebruiksvoorschrift) scherper worden geformuleerd dan de bestemming volgens het bestemmingsplan.

In deze beschouwing wordt verder geen aandacht geschonken aan de publiekrechtelijke bevoegdheden en eventuele daaruit voortvloeiende beperkingen bij de keuze van het privaatrecht om sturing te bewerkstelligen.

Deze beschouwing beperkt zich derhalve tot de privaatrechtelijke (vermogens-rechtelijke en goederenrechtelijke) middelen.

*c. Sturing bij gronduitgiften.*

Bij gronduitgiften komen drie benoemde overeenkomsten voor het implementeren van sturingsinstrumenten in aanmerking:

- a) een grondhuurovereenkomst;
- b) verkoop en overdracht van grond in eigendom;
- c) verkoop en vestiging van een beperkt recht (in casu erfpacht).

De grondhuurovereenkomst, waarbij een gemeente de grond (langdurig) verhuurt aan een gebruiker is qua methodiek en handhavingsmogelijkheden voor een gemeente de meest effectieve vorm.

Op grondhuurovereenkomsten wordt in deze beschouwing verder niet ingegaan.

Resteert het verschil tussen eigendom en erfpacht. Van groot belang bij sturing is een beoogde zakelijke werking. De betreffende rechtsopvolger moet eveneens aan de verplichting worden gebonden.

Verplichtingen kunnen enerzijds worden onderscheiden in:

- a. verplichtingen om te doen; en
- b. verplichtingen om te dulden of na te laten (niet te doen).

Is sprake van een erfpacht, dan kunnen verplichtingen tevens worden onderscheiden in:

- a. erfpacht gerelateerde onderwerpen;
- b. niet erfpacht gerelateerde onderwerpen.

Verplichtingen om te doen kunnen bij eigendom alleen worden opgelegd met behulp van een kettingbeding. Is sprake van een verplichting om niet te doen, dan kan de verplichting worden opgelegd door middel van een kwalitatieve verplichting. Een kwalitatieve verplichting heeft zakelijke werking. Is daarentegen sprake van erfpacht en betreft de verplichting een erfpacht gerelateerd onderwerp, dan zal de verplichting deel uitmaken van het recht zelf en daarmee goederenrechtelijke / zakelijke werking hebben, ook als het een verplichting om te doen betreft. Is sprake van een niet erfpacht gerelateerd onderwerp, dan dient de beoogde zakelijke werking tevens te worden verkregen met behulp van een kwalitatieve verplichting of een kettingbeding. Het maakt dan geen verschil of sprake is van erfpacht of eigendom.

In de literatuur bestaat geen overeenstemming over welke verplichtingen als erfpacht gerelateerd en welke verplichtingen als niet erfpacht gerelateerd moeten worden beschouwd. Een van de verplichtingen waarover verschil van inzicht bestaat betreft de bouwplicht. Over een bestemmingsvoorschrift of een onderhoudsverplichting bestaat daarentegen geen verschil van mening. Deze kunnen als erfpacht gerelateerd worden gezien.

De kern van de problematiek spitst zich bij sturing dan ook toe op de verplichtingen om te doen, die moeten worden gecureerd door middel van een kettingbeding bij eigendom en die bij erfpacht als erfpacht gerelateerd kunnen worden beschouwd. Voor 1992 lag dit onderscheid nog scherper, omdat onder het regime van het oud Burgerlijk Wetboek de kwalitatieve verplichting niet bestond. Voor wat betreft verplichtingen om te dulden of na te laten, is de angel in wezen uit de discussie getrokken.

Het probleem bij een kettingbeding is dat het kettingbeding kan worden doorbroken. Het kettingbeding kan worden doorbroken door:

- a. partijen indien zij zulks overeenkomen;
- b. de curator in het faillissement van verkoper;
- c. de executerende hypotheekhouder.

Indien partijen het doorbreken van een kettingbeding overeenkomen, kan het doorbreken alleen plaatsvinden door het niet opnemen van het kettingbeding in de akte van levering. Voor het doorbreken van een beding is derhalve actieve medewerking van de passerende notaris vereist. Gezien de huidige ontwikkeling in de jurisprudentie, op grond waarvan de notaris zowel tuchtrechtelijke als civielrechtelijke aansprakelijkheid oploopt bij een dergelijke medewerking, is thans de facto het doorbreken van een kettingbeding onmogelijk, omdat verwacht mag worden dat geen enkele notaris daaraan zijn medewerking zal verlenen. Dit effect wordt in de rechtspraak thans al aangeduid als de semi-goederenrechtelijke werking van het kettingbeding.

In een faillissement kan een curator de ketting doorbreken, indien hij/de boedel belang heeft bij het doorbreken van de ketting. Deze situatie zal zich zelden voordoen, aangezien registergoederen die zich in een failliete boedel bevinden veelal tot over de nok zijn

verhypothekeerd. Verkoop in faillissement is dan ook altijd (een uitzondering daargelaten) een zaak van de hypotheekhouder.

Ook de executerende hypotheekhouder kan de ketting doorbreken, indien hij aantoonbaar belang heeft bij het doorbreken daarvan. Mocht hij geen belang hebben, dan zal de hypotheekhouder van het doorbreken van het betreffende kettingbeding (moeten) afzien. Al met al leidt dit ertoe, dat zelden of nooit een kettingbeding wordt doorbroken.

Voor de keuze erfpacht of eigendom zal de Gemeente dan ook een afweging maken ten aanzien van de onderwerpen waarop de Gemeente wil sturen, met het oog op het risico van het doorbreken van eventuele kettingbedingen. Bij nader onderzoek heeft dit tot de conclusie geleid dat in ieder geval met betrekking tot onroerende zaken met de bestemming particulier wonen en kantoren dit risico als zo minimaal kan worden beschouwd, dat sturing op zich geen rechtvaardiging is voor de keuze van erfpacht boven eigendom. Een en ander wordt mede ingegeven door ook de publiekrechtelijke middelen (onder andere het ruimtelijke ordeningsrecht) die de Gemeente ter beschikking stelt. Voor andere categorieën is sturing nog een onderwerp van studie.

Een ander verschil tussen eigendom en erfpacht betreft het tekortschieten van de gerechtigde in het nakomen van de betreffende verplichting. Zowel bij eigendom als erfpacht kan nakoming worden gevorderd, maar bij erfpacht kan de Gemeente tevens nog het middel hanteren van de beëindiging van de erfpacht in geval van een in ernstige mate tekortschieten. Het is duidelijk dat hier sprake is van een "paardenmiddel", waartoe een gemeente niet snel zal overgaan.

Ten slotte kan het zijn dat de Gemeente een onroerende zaak, met het oog op herontwikkeling in de toekomst, te zijner tijd weer tot haar beschikking wil krijgen. Het is duidelijk dat in dat geval erfpacht de voorkeur geniet boven eigendom.

Concluderend kan worden gesteld dat sturing een argument kan zijn om bij gronduitgiften te kiezen voor erfpacht boven eigendom, maar dat de zwaarte van het argument stevig dient te worden gerelativeerd en dat voor de categorieën particulier wonen en kantoren deze relativering zo ver gaat dat hier nauwelijks meer sprake is van een argument in het voordeel van de erfpacht.

## **E. Ongewenste neveneffecten van het huidige stelsel.**

### *a. Erfpacht kan speculatie stimuleren.*

Erfpacht kan speculatie in de hand werken. In een "booming" woningmarkt is het interessant voor een erfpachter, die van plan is om op korte termijn zijn recht door te verkopen, om niet te kiezen voor een afkoop. De Gemeente zorgt eenvoudig voor de grondfinanciering. Het financieel nadelige effect van de indexering is voor een korte termijn te overzien en bij een verkoop binnen bijvoorbeeld vier jaar na de vestiging door de erfpachter heeft de koper de mogelijkheid om op zijn beurt de schuldplicht af te kopen, met als gevolg dat er geen indexering meer is en deze ook niet kan doorwerken in de verkoopopbrengst. In een "booming" markt zijn kopers gretig, zodat aan de schuldplicht en

het negatieve aspect een kleinere depreciatie wordt toegekend dan de depreciatie die daaraan rekenkundig zou moeten worden toegekend.

De afkoopsom die voor de opvolgende erfpachter wordt vastgesteld, resulteert veelal in een bedrag dat in de buurt van de actuele grondwaarde of de geïndexeerde historische grondwaarde ligt. Met het oog op dit effect worden erfpachters, die het oogmerk hebben om binnen korte termijn weer te verhuizen, door externe adviseurs geadviseerd om de canon niet af te kopen. In die situatie vloeit in feite de grondwaardestijging, die een kavel in de eerste jaren na vestiging doormaakt, toe aan de erfpachter. Terzijde kan worden opgemerkt dat de rekenrente is gebaseerd op de door de Gemeente te betalen rentevergoedingen, die een "gemiddeld" karakter hebben en die dus nauwt in vergelijking met de marktrente. Dit heeft tot gevolg dat de rekenrente in een tijd van rentedalingen als hoog wordt ervaren en in een tijd van rentestijgingen als laag wordt ervaren. De keuze voor de erfpachter tussen een afkoop of een schuldplicht wordt derhalve ook door de marktrente beïnvloed. Is de door de Gemeente gehanteerde rente bij de vestiging lager dan de marktrente, dan wordt het de erfpachter met speculatiebedoelingen wel erg makkelijk gemaakt; de Gemeente financiert het speculatieoogmerk tegen aantrekkelijke voorwaarden.

*b. Fiscaal kan de erfpacht riskant zijn.*

De huidige fiscale wetgeving doorkruist het erfpachtmodel. Indien erfpacht wordt gevestigd op basis van een grondwaarde beneden kostprijs of beneden de economische waarde, indien die (economische) waarde boven de kostprijs ligt, wordt de erfpacht voor de omzetbelasting beschouwd als zijnde een verhuur. Dit heeft zowel voor de erfpachter, die niet kan opteren voor een met B.T.W.-belaste huur (canon), als voor de Gemeente ernstige fiscale consequenties. Voorbeelden buiten Rotterdam zijn thans actueel.

Erfpachters die niet kunnen opteren voor een met B.T.W.-belaste huur zijn particulieren en bedrijven/instellingen, die niet voor 90% of meer B.T.W.-belaste prestaties verrichten (overheidslichamen, ziekenhuizen, banken, verzekeringsinstellingen).

Indien terzake van de gronduitgifte niet kan worden geopteerd voor een met B.T.W.-belaste levering, is eigendom het enige werkbaar alternatief bij een besluit van de Gemeente om een gronduitgifte te laten plaatsvinden onder kostprijs. Dit effect ontstaat ten gevolge van de reparatiewetgeving uit 1995 ter bestrijding van B.T.W.-constructies (de zogenaamde "stadhuisconstructies").

Hierbij past wel de kanttekening dat sprake is van een "technisch" argument, waarbij tevens mag worden aangenomen dat indien de zogenaamde "overkill"-effecten van de reparatiewetgeving maatschappelijke ongewenste consequenties hebben de wetgever de nodige maatregelen zal treffen.

-0-0-0-0-0-0-0-0-