



## BIJLAGE 1

### NOTITIE

Mr. L.E. de Geer, advocaat bij Corten De Geer Advocaten

24 september 2017

### KRITIEKPUNTEN CONVERSIEREGELING 2017 UTRECHT

#### De canon bij huidige voortdurende erfpacht is (veel) hoger dan marktconform

1. De meeste voortdurende erfpachtrechten zijn uitgegeven onder toepassing van de Algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht voor de gemeente Utrecht van 1974 (verder te noemen de ABU74) en de Algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht 1983 (ABU83). Omdat de canon bij de ABU83 vaak is afgekocht zal in het navolgende de in de ABU74 opgenomen regeling als uitgangspunt worden gehanteerd.
1. De hoogte van een marktconforme canon wordt bepaald aan de hand van twee elementen. Het eerste element is de canongrondslag (de waarde van de in erfpacht uitgegeven zaak) en het tweede element is het canonpercentage. Beide elementen zijn in de voortdurende erfpachtrechten onder de ABU74 zodanig bepaald dat de erfpachters vanaf aanvang een (veel) hoger dan marktconforme canon betalen. Kort samengevat is dit het gevolg van een aanvangscanonpercentage dat ver boven de huidige realiteit uitstijgt (circa 9%), de regeling dat de canon niet lager kan worden en het minimumpercentage van 5%. Daarnaast is ten onrechte de grondwaarde als canongrondslag gehanteerd, waarbij de nadelen van erfpacht niet op die waarde in mindering zijn gebracht.

#### *Canongrondslag*

2. Bij erfpacht is het gebruikelijk en ook terecht dat de canon niet gebaseerd wordt op de grondwaarde van volle eigendom. De erfpachter krijgt immers niet alle voordelen van de grondwaarde in volle eigendom. De erfpachter krijgt slechts een (beperkt) gebruiksrecht daarop. Bij de waarde van volle eigendom wordt ook de calculatie van de toekomstige toename daarvan in de koopprijs doorberekend. Bij erfpacht, indien de canon periodiek kan worden herzien, is dat voordeel niet aanwezig. De canon wordt niet slechts steeds aangepast aan de inflatie (de stijging van de consumentenprijzen volgens de CBS-consumentenprijsindex – de cpi), zij wordt na verloop van steeds 50 jaar ook herzien aan de hand van de dan geldende waarde van de erfpachtzaak. Daarnaast bevatten de



algemene bepalingen een scala aan voor de erfpachter beperkende en nadelige bepalingen die het nut van de grond, en dus de waarde daarvan, nadelig beïnvloeden. Deze factoren brengen mee dat onafhankelijke deskundigen de waarde van de grond ten behoeve van de berekening van de canon depreciëren. De gemeente Utrecht heeft bij vestiging van de voortdurende rechten de canon gebaseerd op de volle waarde van de grond. De erfpachters zijn daarmee vanaf de aanvang van hun recht bovenmatig zwaar belast.

3. Er is bij het vaststellen van de afkoopsom (of canongrondslag) door de gemeente geen onderscheid gemaakt tussen voortdurende erfpachtrechten en eeuwigdurende erfpachtrechten. Bij beide soorten afkoop is de gehele grondwaarde betaald. Waar de erfpachters die eeuwigdurend hebben afgekocht éénmaal de grondwaarde betalen, betalen de erfpachters die een voortdurend recht hebben verkregen die grondwaarde, als het aan de gemeente ligt, elke 50 jaar opnieuw. De gemeente maakt op geen enkele wijze inzichtelijk waarom dat redelijk en evenwichtig is. Dat is in het bijzonder kwalijk gelet op het gelijkheidsbeginsel dat vereist dat de gemeente gelijke gevallen gelijk behandelt en niet meer ongelijkheden creëert dan gerechtvaardigd is in het licht van eventuele verschillen.

#### *Canonpercentage*

4. Het canonpercentage wordt in de ABU74 gesteld op het gebruikelijke percentage verminderd met de helft van het stijgingspercentage van de cpi met een minimum van 5%, dan wel, als dit hoger uitkomt, op het gebruikelijke percentage van de grondwaarde bij uitgifte. Het gebruikelijke rentepercentage dat de gemeente hanteert voor de canonherziening is het percentage dat door de Bank voor Nederlandsche Gemeenten N.V. (BNG) op de peildatum wordt gehanteerd voor 25-jarige leningen (met gelijke aflossingen), met een rente aanpassing om de 10 jaar (afrondding op 0,1% nauwkeurig). De canon kan niet dalen onder het niveau bij uitgifte.
5. Bij vestiging lag het canonpercentage niet zelden op maar liefst 9%.
6. De minimalisering van de canon op 5% is naar huidige maatstaven volstrekt onredelijk. Dit leidt tot een veel hogere dan marktconforme canon in een markt waarin de rente op staatsleningen zelfs minder dan nul is. Afgezien van de vraag of de bepaling ten aanzien van de canonherziening dus de toets van het consumentenrecht zal kunnen doorstaan (op welke vraag ik hierna terugkom) is de uitkomst van deze regeling dat de canon kunstmatig hoog wordt gehouden.



7. Deze uitwerking is volkomen in strijd met de uitgangspunten die hebben gegolden bij het tot stand komen van de ABU74. In de brief aan de gemeenteraad van 12 juni 1989 wordt dit uitgangspunt als volgt geformuleerd: *“het rentepercentage, waarnaar de canon dient te worden berekend, zal afgestemd dienen te worden op de trendmatige ontwikkeling van de rentestand of de kapitaalmarkt”*. Het mag duidelijk zijn dat het minimumpercentage van 5% zeer aanzienlijk afwijkt van die trend (blijkens het voorbeeld hieronder circa 10 maal zo hoog).

#### *Begrenzing van de canon*

8. Het canonpercentage is minimaal 5% en de canon kan niet lager worden dan de canon die bij uitgifte is vastgesteld. Aldus ziet de gemeente zich momenteel beschermd tegen de herziening van de canon naar marktconform niveau.
9. In de ABU74 is de stijging bij de canonherziening elke 10 jaar gemaximeerd tot twee maal de daarvoor geldende canon en tot het percentage waarmee de huurprijzen van woningen in dezelfde periode zijn gestegen.
10. Bij canonherzieningen die elke 10 jaar worden doorgevoerd, wordt er standaard door de gemeente vanuit gegaan dat de verhoging dient te worden gesteld op het percentage waarmee de huren zijn gestegen. Door de minimalisering van het canonpercentage op een (tegenwoordig buitenproportioneel hoog) percentage van 5% lijkt dit inderdaad het geval.
11. Hieronder volgt een voorbeeld van de canon die zou gelden zonder de begrenzing van 5%.

#### *Twee concrete voorbeelden*

##### *Voorbeeld van bijlage 2*

12. Als **bijlage 2** wordt bijgevoegd de brief van de gemeente waaruit de aangehaalde feitelijke gegevens blijken.
13. De WOZ-waarde van het in erfpacht uitgegeven object bedraagt € 545.000,-. De grondwaarde is door de gemeente gesteld op circa € 175.000,- (een grondquote van 32%). De huidige canon bedraagt volgens de gemeente na herziening per 1 juli 2017 € 3.943,52 per jaar. De canon is daarmee aangepast aan de stijging van de huurprijzen.
14. Het gebruikelijke percentage bedroeg per 2016 0,57%. De helft van het stijgingspercentage van de cpi bedraagt 0,3%. Zonder het minimum van 5% zou het



canonpercentage momenteel 0,27% bedragen. De daarbij behorende canon, uitgaande van de volle grondwaarde, bedraagt € 472,50. Indien de grondwaarde door deskundigen wordt vastgesteld (en derhalve gedeprimeerd met 40% zoals gebruikelijk) dan komt de canon op € 283,50.

15. Indien wordt uitgegaan van een op 1,5% geminimaliseerd canonpercentage, zoals Staatsbosbeheer dat momenteel doet, dan zou zonder depreciatie een canon hebben gegolden van € 2.625,- en met depreciatie een canon van € 1.575,-.

*Voorbeeld uit gemeentelijke infosheet*

16. Op pagina 4 van de gemeentelijke infosheet wordt onderaan de situatie van Marie besproken als zij ervoor kiest om geen gebruik te maken van de conversieregeling. De hier gehanteerde cijfers worden in dit voorbeeld gebruikt om de redelijke en marktconforme canon voor Marie te berekenen. Marie betaald een canon van € 1.900,- per jaar.
17. De WOZ-waarde van het in erfpacht uitgegeven object bedraagt € 320.000,-. De grondwaarde is door de gemeente gesteld op circa € 100.000,- (een grondquote van 31,25%).
18. Het gebruikelijke percentage, zoals weergegeven in de brief van voorbeeld 1 (bijlage 2) bedroeg per 2016 0,57%. De helft van het stijgingspercentage van de cpi bedraagt 0,3%. Zonder het minimum van 5% zou het canonpercentage momenteel 0,27% bedragen. De daarbij behorende canon, uitgaande van de volle grondwaarde, bedraagt € 270,00. Indien de grondwaarde door deskundigen wordt vastgesteld (en derhalve gedeprimeerd met 40% zoals gebruikelijk) dan komt de canon op € 162,00.
19. Indien wordt uitgegaan van een op 1,5% geminimaliseerd canonpercentage, zoals Staatsbosbeheer dat momenteel doet, dan zou zonder depreciatie een canon hebben gegolden van € 1.500,- en met depreciatie een canon van € 900,-.
20. Uit beide concrete voorbeelden blijkt dat de erfpachters met een voortdurend erfpachtrecht een canon betalen die, als gevolg van het (naar de huidige maatstaven volstrekt onredelijke) minimumpercentage van 5% in alle gevallen (aanzienlijk) hoger ligt dan de marktconforme canon die op dit moment zou behoren te gelden zonder die begrenzing.



## **Verwachtingen hoogte canon bij canonherziening aan het einde van het tijdvak (CHET) op grond van de ABU74 en de ABU83**

21. Naast het onjuiste uitgangspunt ten aanzien van de marktconformiteit van de door de erfpachter nu betaalde canon gaat de gemeente ook uit van een volstrekt onrealistische verwachting ten aanzien van de canon die de erfpachters na 50 jaar zullen gaan betalen.
22. In de voorbeelden die de gemeente in de informatie aan raadsleden en erfpachters hanteert en in de stukken die over de onderbouwing van de conversieregeling zijn bestudeerd, wordt ervan uitgegaan dat de canon ook na het einde van het tijdvak kan worden vastgesteld op minimaal 5% van de dan geldende (volle) grondwaarde.

### *Canonpercentage*

23. Allereerst ziet de gemeente eraan voorbij dat in artikel 7.1.2-2 ABU74 en ABU83 is bepaald dat de begrenzings die in artikel 7.1.1 leden 1 en 1A zijn vermeld (minimaal 5%, minimaal de aanvangscanon, maximaal twee maal de canon en maximaal de huurprijsstijging) bij canonherziening aan het einde van het tijdvak niet gelden. Er is dus geen enkele rechtsgeldige reden om ervan uit te gaan dat de canon na ommekomst van het tijdvak zal worden vastgesteld aan de hand van een canonpercentage van 5%. Het geeft ook geen blijk van een realistische inschatting, nu gebruikelijke canonpercentages, ook voor de langere termijn, op dit moment veel lager zijn. Het huidige gebruikelijke percentage dat de gemeente heeft vastgesteld, zoals blijkt uit bijlage 2, is 0,57%.

### *Canongrondslag*

24. Daarnaast geldt dat de gemeente bij het in beeld brengen van de toekomstige canon de volle grondwaarde hanteert. Ook dat is in strijd met hetgeen gebruikelijk is. Normaliter wordt immers de grondwaarde met circa 40% gedeprimeerd en wordt daarnaast, indien de canon sterk stijgt, een aanzienlijke overgangsregeling gehanteerd. Deze methode is ook in rechte getoetst (ECLI:NL:GHDHA:2012: BY0519) en voldoet aan de eis dat de waardeverhoging van de grond, op basis van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (verder het EP) evenredig over partijen dient te worden verdeeld gedurende de looptijd van het erfpachtrecht.
25. Het voorgaande brengt mee dat de gemeente de erfpachters, maar ook de raadsleden, een onjuist beeld voorspiegelt van hetgeen de erfpachters in de toekomst bij het voortbestaan van de voortdurende erfpachtrechten verschuldigd zullen zijn.



## *Twee concrete voorbeelden*

### *Voorbeeld van bijlage 2*

26. Met dezelfde gegevens als het eerdere voorbeeld zou op grond van de berekening van de gemeente de toekomstige canon, die in dit specifieke geval reeds in 2027 zal gaan gelden, worden gesteld op circa € 11.480,76,-. Daarbij is de huidige grondwaarde naar 2027 verhoogd met het door de gemeente gehanteerde stijgingspercentage van 2,5%. Dat is dus wat de gemeente de erfpachter, en ook diens rechtsopvolger, voorhoudt om haar te bewegen het erfpachtrecht te converteren.
27. Indien de canon echter wordt vastgesteld aan de hand van het gebruikelijke percentage (te weten 0,57%), ervan uitgaande dat dat gelijk zal zijn als nu, dan bedraagt deze in 2027 € 1.308,81. Indien de grondwaarde op de gebruikelijke wijze wordt gedeprimeerd (hetgeen zeker zal geschieden indien de vaststelling daarvan conform de ABU74 aan onafhankelijke deskundigen wordt overgedragen), dan bedraagt de canon in 2027 € 785,28.
28. Indien het canonpercentage wordt geminimaliseerd op 1,5% dan zijn deze bedragen € 4.494,22 respectievelijk € 2.696,54.
29. Het is dus zeer onwaarschijnlijk dat de canon zal stijgen naar het niveau dat de gemeente als uitgangspunt hanteert. Het is vrijwel zeker dat de canon juist zal dalen ten opzichte van de nu verschuldigde (veel te hoge) canon.

### *Voorbeeld uit gemeentelijke infosheet*

30. In de infosheet gaat de gemeente uit van een WOZ-waarde van € 320.000,- en een grondwaarde van € 100.000,-. Bij groei van de grondwaarde met 2,5% naar einde tijdvak in 2038 en een canonpercentage van 5% zou dit een canon opleveren van € 8.400,-, aldus de gemeente.
31. Als de door de gemeente gehanteerde grondwaarde juist is en ook de groei daarvan met 2,5% per jaar wordt gevolgd, dan is de grondwaarde bij einde tijdvak € 168.000,-. Deze grondwaarde zal, indien een beroep wordt gedaan op de deskundigenclausule van artikel 7.1.1-3 ABU74 en ABU83, ter verkrijging van de juiste canongrondslag worden gedeprimeerd met 40%. De canongrondslag bedraagt dan € 100.800,-. Omdat de begrenzings van artikel 7.1.1 lid 1 en 1A op dat moment niet gelden, wordt de canon op basis van deze grondwaarde berekend met het gebruikelijke canonpercentage minus de helft van de aanwas van de cpi. Op dit moment zou het canonpercentage aldus 0,27%



bedragen. Mogelijk is het gebruikelijke canonpercentage in verband met de ontwikkeling van de rentestanden in 2038 (het moment waarop de nieuwe canon wordt vastgesteld) hoger, maar zeker is dat allerminst. Er zal daarom worden uitgegaan van een realistisch canonpercentage van 0,5%. De canon in 2038 bedraagt dan € 504,-. Omdat ook de begrenzing tot de hoogte van de oorspronkelijke canon evenmin geldt, is dit een realistische inschatting.

32. De gemeente hanteert dus in haar informatievoorziening naar de raadsleden en de erfpachters een vooruitzicht waarin de canon op meer dan 16 keer de realistische canon wordt gesteld.

*Juridische verplichtingen gemeente*

33. De gemeente dient bij het voorbereiden van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren (art. 3:2 Algemene wet bestuursrecht). Het baseren van een besluit op onjuiste feitelijke gegevens of onrealistische aannames is onrechtmatig.
34. Ten aanzien van de erfpachters is het gevolg van deze onjuiste feitelijke aannames echter ernstiger. Ten aanzien van hen geldt allereerst dat zij met een onjuiste veronderstelling bewogen worden een onredelijk hoog aanbod te aanvaarden. Een dergelijke beïnvloeding heeft te gelden als misbruik van omstandigheden. Daarnaast brengt het schending van de bijzondere maatschappelijke zorgplicht mee die een gemeente jegens de erfpachters in acht dient te nemen. Niet valt immers in te zien waarom van een bank wel verwacht mag worden dat hij bij de aanbieding van een complex financieel product de klant juist en helder informeert, terwijl voor een gemeente, die met erfpacht eveneens een complex financieel product verkoopt, minder strenge eisen zouden gelden. Daarnaast is het in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. De erfpachter heeft er immers aanzienlijk belang bij gevrijwaard te blijven van het openlijk verstrekken door de gemeente van onjuiste informatie. Dit belang weegt zeker op tegen het belang van de gemeente om een hoge afkoopsom te verkrijgen.
35. Daarbij komt dat de waarde van de erfpachtrechten wordt beïnvloed door de aanbieding van de gemeente. Een koper, die navraag doet bij de gemeente naar de afkoopregeling, zal de verkopende erfpachter immers terecht voorhouden dat hij aan hem niet hoeft te betalen wat hij aan de gemeente verschuldigd zal zijn voor de afkoopsom. Hoe hoger de afkoopsom, hoe lager de waarde van het erfpachtrecht. De gemeente heeft zich als contractpartij te goeder trouw te onthouden van uitlatingen die de verkoop van het erfpachtrecht aan een derde tegen een reële marktconforme prijs kan verstoren.



36. De conclusie is dat de gemeente haar besluitvorming dient te baseren op juiste gegevens en dat zij dient af te zien van het hanteren van onjuiste veronderstellingen, zeker indien die onjuiste veronderstellingen ertoe leiden dat de verkoopbaarheid van de erfpachtrechten wordt verstoord. Aan die verplichting voldoet de onderbouwing van het voorstel dat nu ter tafel ligt niet.

#### **Uitgangspunten bij het in 1989 aangenomen beleid**

37. In 1989 heeft de gemeente besloten van voortdurende erfpacht over te stappen naar eeuwigdurende erfpacht. De overweging daartoe was dat het door de gemeente niet meer aanvaardbaar werd geacht dat de waardeinstijging van de grond middels herziening van de canon bij voortdurende erfpacht aan de gemeente zou moeten worden toegerekend. Ook wenste de gemeente de erfpachter zoveel mogelijk in de positie van eigenaar te brengen, zeker waar dat zijn financiële positie betrof. Omdat de gemeente wel een te rechtvaardigen belang had bij invloed op de wijze waarop de grond gebruikt werd (de bestemming), werd gekozen voor de invoering van eeuwigdurende erfpacht.
38. Gedurende de invoering van dit beleid gold tevens als uitgangspunt dat dit ook zou gelden voor de zittende erfpachters. De gemeente had immers ook geconstateerd dat canonherziening elke 10 jaar een bewerkelijke aangelegenheid was die veel conflicten oproep. Aan die administratie en conflicten wenste zij een einde te maken.
39. Het grondbedrijf heeft in december 1987 in een notitie ten aanzien van de invoering van eeuwigdurende erfpacht gewezen op de consequenties daarvan voor bestaande voortdurende erfpachtrechten: *“het zou betekenen dat de wijziging van de canon om de 10 jaar ... zou komen te vervallen en de mogelijkheid wordt vervangen door een renteconversie. Ook zou de gemeente dan afstand doen van de mogelijkheid om bij aanvang van een nieuw erfpachttijdvak (na 50 jaar) opnieuw een canon vast te stellen (en mogelijke te doen afkopen).”*
40. Deze elegante, juiste, evenredige en zorgvuldige oplossing heeft de gemeente bij invoering van de eeuwigdurende erfpacht echter niet gekozen. De zittende erfpachters dienden hoe dan ook te betalen. Daardoor heeft de gemeente jammerlijk gefaald in het oorspronkelijke doel van de invoering van eeuwigdurende erfpacht. Tot op heden duurt dat falen voort.





## Conversiebeleid 1989

41. Het uitgangspunt dat de toegenomen grondwaarde in de toekomst niet meer aan de gemeente maar aan de erfpachters zou toevallen, diende voor alle erfpachters te gelden.
42. Daarom heeft de gemeente naast de invoering van eeuwigdurende erfpacht bij nieuwe uitgiftes ook een conversiebeleid aangenomen voor bestaande voortdurende rechten. De gemeente heeft echter, helaas, niet het oorspronkelijke advies van het gemeentelijk grondbedrijf gevolgd. Daarnaast heeft de gemeente de individuele erfpachters niet actief op de hoogte gesteld van de mogelijkheid tot conversie.
43. De conversieregeling hield - kortweg - in dat de erfpachter bij conversie de grondprijs diende te betalen, welke werd bepaald op de reeds vastgestelde grondprijs plus 10% indien de canongrondslag na 1 januari 1984 ingevolge de ABU74 of de ABU83 was vastgesteld en in alle andere gevallen op de bij conversie te bepalen grondwaarde plus 10%. Voor reeds betaalde afkoopsommen vond een verrekening plaats. De grondwaarde werd eenzijdig door de gemeente vastgesteld.
44. De regeling bracht derhalve mee dat zowel de gestegen grondwaarde als een extra boete van 10% moest worden betaald. De boete diende volgens de gemeente om de gemeente te compenseren voor het feit dat de canon na 50 jaar niet meer zou worden herzien.
45. Theoretisch is deze redenering van de gemeente juist. In de praktijk was er echter geen enkel onderscheid tussen een afkoopsom voor 50 jaar of eeuwigdurend. In beide gevallen diende de erfpachter de grondwaarde te betalen en ook in de wijze waarop de grondwaarde werd vastgesteld werd geen onderscheid tussen beide situaties gemaakt. In feite hadden de erfpachters met een voortdurend erfpachtrecht de canon reeds eeuwigdurend afgekocht. Juridisch was dat echter niet zo en daarom wenste de gemeente extra betaling.
46. Een tekenend voorbeeld hiervan is de uitgifte van de erfpachtrechten in Overvecht, Witte Vrouwen en Voordorp in oktober 1989. En later ook in Lunetten. De ontwikkelovereenkomst voor deze erfpachtrechten was reeds aangegaan voor de vaststelling van de algemene voorwaarden voor eeuwigdurende erfpacht op 22 juni 1989. Daarom hield de gemeente vast aan de vestiging van voortdurende erfpachtrechten onder de ABU83 (voor zover bekend tegen een identiek grondprijs als bij eeuwigdurende uitgifte) tenzij de ontwikkelaar 10% bijbetaalde. Uiteraard zag de ontwikkelaar (Bouwfonds Woningbouw B.V.) geen enkele aanleiding voor die bijbetaling. Het directe gevolg daarvan is dat deze erfpachter nu tweemaal de grondwaarde moeten betalen.



47. Dat er feitelijk reeds eeuwigdurend was afgekocht werd door de gemeente voorafgaande aan de invoering van het beleid van 1989 ook uitdrukkelijk geconstateerd. *“thans bestaat het gevoel dat bij afkoop na 50 jaar nog een keer de grondprijs moet worden betaald”* overweegt het grondbedrijf.
48. Een erfpachter die de canon voor vijftig jaar had afgekocht betaalde dus exact evenveel als een erfpachter die na 1989 de canon eeuwigdurend afkocht. Daarmee werd de verhoging van 10% dus niet anders dan een overstapboete die was gebaseerd op een ten onrechte bestaand juridisch verschil zonder economische grondslag.
49. Het voorgaande geldt uiteraard evengoed voor de jaarlijkse canonbetaling omdat daarbij de grondslag voor de canon bij voortdurende erfpachtrechten (die dus periodiek kon worden herzien) niet afweek van de grondslag voor eeuwigdurend erfpacht. Voor de vaststelling van beide canons werd de volle grondwaarde gehanteerd.
50. De erfpachters dagen de gemeente uit om met stukken te komen waaruit blijkt dat de grondwaarde voor 1989 op een andere wijze werd gewaardeerd dan vanaf 1989.
51. Het had voor de hand gelegen indien de gemeente de erfpachters eenvoudigweg had aangeboden de bepaling te laten vervallen op grond waarvan de canon periodiek kon worden herzien en daarnaast bij erfpachters die jaarlijks canon betaalden, de canon te fixeren op het geldende niveau.
52. Omdat de conversieregeling met boete van 10% niet redelijk was en de erfpachters slechts konden afkopen en dus ineens een aanzienlijk bedrag dienden te betalen, terwijl zij anderzijds niet binnen afzienbare termijn met het einde van hun tijdvak en een te herziene canon zouden worden geconfronteerd, is er van de conversieregeling maar zeer beperkt gebruik gemaakt.
53. Dat daar reden voor was, dat staat buiten kijf. Er is geen enkele reden te bedenken waarom een erfpachter die een voortdurend erfpachtrecht heeft een afkoopsom moet betalen die 10% hoger ligt dan de afkoopsom die voor een nieuw uit te geven erfpachtrecht op dat moment moet worden betaald. Gezien de gebonden verhouding tussen partijen was er eerder aanleiding voor een lagere afkoopsom, nu de gestegen grondwaarde vanaf het moment van vestiging tot 1989 evenredig tussen partijen verdeeld had moeten worden.
54. Bij de conversieregeling die vervolgens in 1998 werd geïntroduceerd, werd de onrechtvaardige boete van 10% weliswaar afgeschaft, maar toen koos de gemeente ervoor om de totale grondwaardestijging tussen 1989 en 1998 te incasseren. Er werd



immers niet meer uitgegaan van de (geïndexeerde) grondwaarde van 1989 maar van de actuele grondwaarde.

55. De regeling van 2003 (die in wezen nu weer herhaald wordt) was in feite een herhaling van die zet met een licht aangepaste berekeningsvorm.
56. Het komt er kortweg op neer dat de erfpachters met een voortdurend erfpachtrecht nimmer een aanbod hebben gekregen waarmee zij financieel in een gelijke positie zouden zijn komen te verkeren als de erfpachters die vanaf aanvang een eeuwigdurend erfpacht hebben gekregen. De gemeente heeft steeds middels een (ongemotiveerde) boete of het naar zich toerekenen van de gehele waardevermindering van de grond, voordeel trachten te krijgen uit de gebonden positie waarin die erfpachters zich bevonden. Dat wordt ook met het beleid dat nu voorligt niet gecorrigeerd omdat de waardevermindering van de grond bovenop de geldontwaarding (in volle omvang) aan de gemeente wordt toegerekend. Dat de gemeente de grondwaarde vanaf heden tot het einde van het tijdvak niet indexeert maakt dat niet anders. Dit schijnbare voordeel is berekend op 17% van de actuele grondwaarde en weegt niet op tegen de na 1989 opgetreden waardevermindering noch vormt het daar een evenredig deel van. Daarnaast is het ruim onvoldoende om de gebruikelijke depreciatie van 40% te bewerkstelligen.

#### **Huidige voorstel niet redelijk**

57. Het nu aan de raad voorliggende voorstel biedt de erfpachters, los van het recht hun huidige contract voort te zetten zoals dat is, drie opties. De eerste optie is dat het erfpachtrecht direct wordt omgezet naar eeuwigdurende erfpacht waarbij de (huidige en toekomstige) canon wordt afgekocht. De tweede optie is dat het afkoopbedrag wordt vastgesteld (vastgeklikt) en dat de erfpachter tot het moment dat hij dit bedrag zal voldoen een canon betaalt van 5% over dat bedrag. De derde optie is een tussenvorm. Er wordt een deel betaald en het restant wordt vastgeklikt en daarover wordt een canon van 5% betaald. Ik zal de drie opties hieronder bespreken. De opties worden hieronder besproken in het licht van het in 1989 door de gemeente aangenomen uitgangspunt dat de waardevermindering van de grond vanaf dat moment niet meer aan de gemeente diende toe te vallen en in het licht van hetgeen zonder dat uitgangspunt redelijk zou zijn.

#### *Direct eeuwigdurende afkoop*

58. De gemeente stelt de grondwaarde ten behoeve van de conversieregeling vast op een grondquote van de WOZ-waarde. Deze grondquote wordt naar de einddatum van het huidige tijdvak gebracht en vervolgens teruggerekend met een rekenrente van 5%.



59. Daarnaast wordt, indien er jaarlijkse canon wordt betaald, deze canon naar heden contant gemaakt.
60. Aldus wordt de afkoopsom verkregen. Door de grondwaarde naar het einde van het tijdvak niet te indexeren past de gemeente naar eigen zeggen gemiddeld een depreciatie van 17% toe. Daarbij geldt: hoe korter de termijn, hoe lager de depreciatie.
61. Deze regeling leidt tot een onredelijk hoge afkoopsom.
62. Dit vindt er allereerst zijn oorzaak in dat de gemeente de gestegen grondwaarde vanaf 1989 geheel aan zichzelf toerekent, geheel in strijd met het in 1989 ingevoerde beleid.
63. Ten tweede stelt de gemeente eenzijdig de grondwaarde vast, waar er in de ABU74 juist voor is gekozen dit, indien daarover discussie bestaat, door onafhankelijke deskundigen te laten doen. Daarbij kan de vastgestelde waarde dus terecht in twijfel worden getrokken.
64. Ten derde wordt er geen rekening mee gehouden dat het erfpachtrecht aan het einde van het tijdvak zal worden voortgezet en niet zal eindigen. In een dergelijke situatie is het in den lande bij andere overheden gebruikelijk (en gerechtvaardigd) om de grondwaarde te depreciëren (meestal met 40%). Dat de redelijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dit eisen is inmiddels ook in meerdere zaken in rechte vastgesteld.<sup>1</sup>
65. De gemeente zal dus nimmer beschikken over de volle eigendom van de vrije grond en de ongedeprecieerde grondwaarde behoort ook niet tot haar vermogen. Nu de gemeente niet kan overdragen wat zij niet heeft brengt dit mee dat bij het bepalen van de grondwaarde een depreciatie dient te worden toegepast. Zoals hiervoor reeds opgemerkt, is de gebruikelijke depreciatie 40% (de gemeente Amsterdam hanteert 35%).
66. De gemeente hanteert dus, zelfs al zou het redelijk zijn de grondwaarde in het licht van het in 1989 aangenomen beleid te verhogen naar einde tijdvak, een veel lager dan gebruikelijke en redelijke depreciatie. Dat komt ook in strijd met de uit artikel 1 EP voortvloeiende eis dat de gestegen grondwaarde evenredig over partijen verdeel dient te worden.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519 en ECLI:NL:RBZWB:2015:5207.

<sup>2</sup> ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519



### *Vastklikken*

67. Allereerst geldt dat het vastgestelde bedrag bij vastklikken aan hetzelfde manco lijdt als bij afkoop in een keer. Het bedrag is vastgesteld op grond van een waarde die de gemeente niet toekomt.
68. De regeling van het vastklikken van de afkoopsom en het betalen van een canon van 5% over de vastgeklikte som kan daarnaast met de beste wil van de wereld niet anders gezien worden dan een niet eenzijdig door de gemeente op te zeggen leningsovereenkomst voor het vastklikbedrag voor een onbepaalde tijd tegen een vaste rente. Dat dit zo is volgt uit het feit dat de afkoopsom alle betalingsverplichtingen bevat die de erfpachter in de toekomst jegens de gemeente nog mocht hebben. Er is dus geen enkel verschil tussen direct afkopen en dat bedrag lenen bij de bank (afgezien van de financieringsperikelen waar de erfpachter daarbij mee te maken krijgt) en vastklikken en rente over die som betalen aan de gemeente tot het bedrag wordt voldaan.
69. Het is dus de vraag of de aard van het recht van erfpacht zich er niet tegen verzet om de rentebetaling (5% over de afkoopsom) als canon te omschrijven en of deze regeling wel zakenrechtelijke werking kan hebben, gezien het gesloten systeem van titel 7 van boek 5 BW. Het door de gemeente gevraagde oordeel van de AFM zal hierop wellicht licht laten schijnen.
70. Nu voor de gemeente middels artikel 5:87 lid 2 BW het gehele erfpachtrecht als zekerheid geldt, is er sprake van een financiering met een aanzienlijk lager risicoprofiel dan een hypothecaire lening. Dat betekent dat er redelijkerwijs gekozen dient te worden voor een canon die wordt vastgesteld op een canonpercentage dat lager ligt dan de marktrentes op hypothecaire leningen. Die marktrente zal op dit moment zeker geen 5% beslaan.
71. Aanvaardbaar zou zijn dat de gemeente rentevast periodes hanteert waaruit de erfpachter kan kiezen. Zo zou gekozen kunnen worden voor een rentevast periode van 10 jaar (waarvoor de marktconforme rente 1,45% bedraagt) of een rentevast periode van 20 jaar (waarbij de rente 2,25% bedraagt). Op deze rente dient vanwege de betere zekerheidspositie van de gemeente een korting op het risicodeel te worden toegepast. Daarnaast kan worden bepaald dat na ommekomst van de rentevast periode of het afkoopbedrag wordt betaald of een nieuwe rentevast periode gaat gelden tegen een nieuwe rente.
72. Deze regeling is geheel in overeenstemming met het in 1987 door het grondbedrijf geformuleerde advies.



73. Een alternatief is dat er een annuïteit of een aan huurkoop gelijke regeling wordt overeengekomen waarbij de erfpachter middels een iets hoger bedrag zowel de rente betaalt als de (af)koopsom op een bepaalde termijn voldoet. Indien de gemeente een percentage van 5% wenst te hanteren, dan zal dit een aanzienlijke aflossing dienen te bevatten. Gezien de huidige rentepercentages lijkt een afkooptermijn van circa 25 jaar dan redelijk.
74. In ieder geval is het aanbod zoals dat nu door de gemeente voorligt op geen enkele wijze redelijk. Het percentage van 5% is niet onderbouwd en is veel hoger dan marktconform.
75. In het voorbeeld dat in deze notitie wordt aangehouden (blijkend uit bijlage 2 zie randnummers 13 e.v en 27 e.v.) brengt deze regeling een vaste canon mee van € 6.900,- waar de hypotheekrente voor de afkoopsom bij een rentevast periode van 20 jaar € 3.105,- bedraagt (financiering van 60% van de waarde van de gehele zaak, terwijl de afkoopsom aanzienlijk lager ligt dan dat).
76. De erfpachters die niet kunnen afkopen worden door deze regeling in een financieel veel slechtere positie gebracht dan de erfpachters die wel in staat zijn af te kopen. Die laatste kunnen het (hypotheecair) te lenen bedrag (dat evengoed fiscaal aftrekbaar zal zijn) immers tegen een veel lagere rente financieren. Uit de stukken wordt op geen enkele wijze duidelijk waarom dit onderscheid gerechtvaardigd is.
77. Los daarvan geldt dat bij het voorgaande evengoed meespeelt dat de afkoopsom zelf niet op redelijke wijze is vastgesteld. Ook de afkoopsom zelf zal dus dienen te worden aangepast.

#### *Tussenvorm*

78. De bij brief van 22 september 2017 aan de gemeenteraad voorgestelde tussenvorm is in wezen een combinatie van beide andere vormen. Een deel van de afkoopsom wordt betaald en over het restant worden een jaarlijkse canon van 5% gerekend tot het moment dat ook dit deel wordt voldaan.
79. Voor de tussenvorm gelden de bezwaren die tegen beide hoofdvormen zijn aangevoerd evengoed. De afkoopsom is op onredelijk hoog niveau vastgesteld en het canonpercentage voor het vaststellen van de canon over het vastgeklikte deel is ongewoon hoog.



## Notitie mr. Sepmeijer van 21 september 2017

80. Op 21 september 2017 heeft het college op haar verzoek een notitie ontvangen, opgesteld door mr. F. Sepmeijer, advocaat bij Pels Rijcken & Drooglever Fortuijn advocaten en notarissen. Sepmeijer is een op het gebied van erfpacht zeer ervaren advocaat en heeft ook veel ervaring bij procedures over deze materie. Hij staat daarbij doorgaans de erfverpachters bij, waaronder bijvoorbeeld Staatsbosbeheer en het Rijksvastgoedbedrijf (RVB) in procedures die tegen (groepen) erfpachters worden gevoerd.
81. Sepmeijer is vanuit die positie zeer goed op de hoogte van de verschillen in standpunt die tussen de erfverpachters en de erfpachters bestaan en die aan de rechter voorliggen of hebben gelegen. Het weet, of behoort te weten dat die standpunten een ander beeld geven dan uit de notitie blijkt. Het advies boet daarmee in aan objectieve overtuigingskracht. Anders gezegd advies wekt de schijn van partijdigheid en vooringenomenheid. Daarnaast gaat Sepmeijer in zijn advies aan een aantal relevante zaken voorbij. Hieronder volgt een kort overzicht.

### *Geen gebonden positie erfpachters*

82. Sepmeijer komt tot de conclusie dat er geen sprake is van een gebonden situatie en dat het de gemeente dus, binnen daar in algemene zin aan te stellen grenzen, vrij staat zelf te bepalen hoe zij haar beleid vaststelt. Dat oordeel van Sepmeijer is oppervlakkig en ook onjuist. De erfpachter bevindt zich weldegelijk in een gebonden situatie, en wel op grond van de volgende feiten:
- a. Conversie wordt aangeboden als alternatief voor canonherziening aan het einde van het tijdvak. Het aanbod wordt dus gedaan in een situatie waarin de erfpachter aan de gemeente gebonden is en hem een zware financiële toekomst wordt voorgehouden.
  - b. De gemeente heeft een erfpachtrecht uitgegeven waarvan de canon ruim hoger is dan marktconform en waarbij overdracht vanwege de Bancaire Criteria problematisch zal zijn. Dat beweegt de erfpachter op het aanbod in te gaan. Hij is geenszins vrij maar tracht te ontkomen aan een onwerkbaar verbintenis.
83. De erfpachter kan er niet voor kiezen met de gemeente geen contractuele relatie aan te gaan. Het aanbod is de verwisseling van de ene contractuele relatie voor de andere en vindt dus plaats binnen de gebondenheid van de bestaande contractuele relatie. Dat dit zo is, blijkt glashelder uit de informatietekening van de gemeente waarin steeds het



voortduren van het voortdurende erfpachtrecht als voor de erfpachter nadelig alternatief uitdrukkelijk in beeld wordt gebracht.

#### *Evenredige toedeling gestegen grondwaarde*

84. Onder punt 6 van het advies geeft Sepmeijer aan dat er vele methoden zijn om de grondwaarde te bepalen en dat de erfpachters de gemeente niet kunnen dwingen een methode te kiezen.
85. Het is op zich juist dat de erfpachters niet voor kunnen schrijven welke methode moet worden gehanteerd. Zij kunnen echter wel van de gemeente eisen dat de gehanteerde methode voldoet aan de eisen die daaraan op grond van het recht moeten worden gesteld. Anders dan Sepmeijer het doet voorkomen, zijn die eisen er weldegelijk. Zij blijken zelfs uit een door hem aangehaald arrest.<sup>3</sup> Een benchmark onder overheden laat zien dat gebruikelijk is dat slechts een evenredig deel van de grond aan de erfverpachter wordt toegerekend. In feite rekent slechts het RVB en aan haar gelieerde organisaties de volle residueel berekende grondwaarde aan zichzelf toe. Of dat afwijkende standpunt van het RVB (dat overigens bij overdracht aan anderen dan de erfpachters niet wordt gehanteerd) in rechte overeind blijft, valt te bezien.<sup>4</sup> In ieder geval staat vast dat de voor de situatie op de Wadden-eilanden aangewezen onafhankelijke commissie (bekend onder de naam commissie Van der Werf) tot een geheel ander oordeel kwam dan het RVB en Sepmeijer in zijn advies. Aan de toerekening van de grondwaarde dienen wel degelijk grenzen te worden gesteld, namelijk de grenzen van de evenredigheid. Het hanteren van die grenzen kan in rechte worden afgedwongen.

#### *Schade*

86. Sepmeijer acht het bij punt 8 van zijn notitie “bepaald onaannemelijk” dat de erfpachters schade zullen leiden als gevolg van de invoering van het conversiebeleid 2017. Hij komt tot die conclusie door een vergelijking te trekken met het beleid uit 2003. Dat beleid (dat door de erfpachters ook als zeer onredelijk wordt ervaren) is echter helemaal niet aan de orde. Het zijn andere omstandigheden die de erfpachters schade toebrengen of zullen brengen.
87. Het gaat allereerst om de schade die de erfpachters lijden door de eenzijdige vaststelling van de grondwaarde door de gemeente. Hoewel in het geldende voortdurende erfpachtrecht de vaststelling van de grondwaarde aan onafhankelijk deskundigen is

---

<sup>3</sup> ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519, Rov 18: “kan slechts worden afgeleid dat het EHRM als uitgangspunt neemt dat moet worden uitgegaan van een evenwichtige toedeling van de waardestijging bij verlenging van het contract.”

<sup>4</sup> Over deze kwestie wordt momenteel bij rechtbank Den Haag een procedure gevoerd.





voorbehouden (waarbij deze grondwaarde ook zal worden gedeprimeerd) en dus juist niet eenzijdig kan worden vastgesteld, brengt de gemeenten middels het aanbod tot conversie een slechts door haar voorgestane beeld van die waarde naar voren. Die eenzijdige waarde vaststelling zal een koper van een erfpachtrecht beïnvloeden en zal de waarde daarvan verlagen.

88. Daarnaast informeert de gemeente, zoals uit de punten 27 e.v. hiervoor blijkt, de erfpachter en derden volstrekt verkeerd over de canon die zij aan het einde van het tijdvak kunnen verwachten. Ook daarmee wordt een koper van het erfpachtrecht afschrikt en wordt de prijs van dat recht negatief beïnvloed.
89. Als laatste blijft, zonder dat partijen overeenstemming bereiken over wijziging van de ABU74 en de ABU83, een situatie voortbestaan waarin de overdacht van erfpachtrechten niet meer bancair wordt gefinancierd. Ook daardoor lijden de erfpachters schade.
90. Op deze aspecten gaat Sepmeijer in het geheel niet in. Het heeft er de schijn van dat hij, evenals de gemeente, deze schadeveroorzakende omstandigheden (die de gemeente zijn aan te rekenen) niet heeft onderkent.

#### *Gelijkheidsbeginsel*

91. Sepmeijer komt tot het oordeel dat er geen sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel. Hij komt tot die conclusie op de enkele overweging dat de erfpachters die na 1989 een eeuwigdurende erfpachtrecht hebben verkregen (zeker in juridische zin) nu eenmaal niet te vergelijken zijn met de erfpachters die daarvoor een voortdurend erfpachtrecht hebben verkregen en dat die laatste groep in 1989 ook nog eens in staat is gesteld over te stappen naar eeuwigdurende erfpacht en daar bewust van af heeft gezien.
92. Ook bij deze onderbouwing van zijn advies ziet Sepmeijer enkele belangrijke zaken over het hoofd.
93. Allereerst gaat hij er volstrekt aan voorbij dat de invoering van eeuwigdurende erfpacht niet voorkwam uit de wens van de gemeente om nieuwe erfpachters een ander soort recht te geven maar uit de wens om aan de uit voortdurende erfpacht voortvloeiende onrechtvaardigheden, hoge kosten en veelheid aan conflicten ongedaan te maken. Invoering van het eeuwigdurende erfpachtrecht zag dus primair op het herstellen van in het verleden gemaakte fouten, niet op de toekomst. Dit blijkt uit de historische stukken op grond waarvan het beleid in 1989 is vastgesteld.



94. Ten tweede weegt hij niet mee dat er in de methode van grondwaardering die aan de afkoopsom en canon te grondslag werd gelegd voor en na 1989, voor zover de erfpachters hebben kunnen nagaan, geen enkele onderscheid werd gemaakt. De voortdurende erfpachter betaalde dus niet een lagere afkoopsom of canon. Het (ook door de gemeente geconstateerd) probleem was juist dat de voortdurende erfpachter reeds betaalde alsof hij eeuwigdurende erfpachter was terwijl hij na 50 jaar dat nog eens dunnetje mocht overdoen. Er was inderdaad sprake van een verschil in juridische situatie. Het was juist als onrechtvaardig ervaren verschil dat tot invoering van eeuwigdurende erfpacht heeft geleid. Invoering daarvan riep dus niet een onderscheid in het leven zoals Sepmeijer zegt, maar trachtte juist een bestaande onrechtvaardigheid op te heffen.
95. Ten onrechte gaat Sepmeijer ervan uit dat de erfpachters na 1989 op redelijke wijze konden converteren. Hij licht ook op geen enkele wijze toe waar hij dat op baseert. Gezien het voorgaande (randnummer 42 e.v.) was dat duidelijk niet het geval. De erfpachter werd zonder enige reële grondslag beboet met 10% van de grondwaarde. Daar komt bij dat veel erfpachters over de conversieregeling in het geheel niet zijn geïnformeerd en de mogelijkheid van conversie dus niet kenden.

#### *Conclusie*

96. Het heeft er de schijn van dat de notitie van Sepmeijer er niet op is gericht een onafhankelijk en evenwichtig beeld te schetsen van de rechtsvragen die onder de huidige omstandigheden bij conversie naar eeuwigdurende erfpacht kunnen spelen. Het lijkt er meer op dat wordt voorgesorteerd op het mogelijk door de gemeente in rechte in te nemen juridische standpunt als het erop aan komt. De erfpachters zijn daar echter niet op uit maar hopen op een open gesprek waarbij alle feiten en belangen kunnen worden afgewogen zodat de gemeente en de erfpachters tot een voor allen aanvaardbare oplossing kunnen komen.

### **Problemen met voortdurende erfpachtrechten**

#### *Onredelijk bezwarende bedingen*

97. Aangezien veel van de erfpachters met een voortdurend erfpachtrecht van oordeel zijn dat het aanbod tot conversie zoals dat nu voorligt niet redelijk en evenwichtig is en zij daarmee (ongerechtvaardigd) ongelijk behandeld worden met de erfpachters die na 1989 een erfpachtrecht op gemeentegrond hebben verkregen, is te verwachten dat het merendeel, maar in ieder geval een aanzienlijk aantal daarvan, geen gebruik zal maken van de conversieregeling. Zij blijven dan dus erfpachter op basis van de ABU74 of ABU83



en zullen hun positie moeten bepalen ten opzichte van zowel de 10 jaarlijkse canonherziening als de canonherziening aan het einde van het tijdvak. Omdat de ABU74 en de ABU83 op de hier aan de orde zijnde onderwerpen nagenoeg gelijk zijn, wordt hieronder slechts de ABU74 vermeld.

#### *Canonherziening elke 10 jaar*

98. Zoals hierboven reeds is aangevoerd leidt de bepaling van artikel 7.1.1 ABU74 ertoe dat de erfpachters een canon betalen die veel hoger is dan marktconform. Dat is het gevolg van het onredelijk hoge minimum canonpercentage dat de gemeente in de ABU74 heeft bedongen.
99. De ABU74 hebben te gelden als algemene voorwaarden in de zin van afdeling 6.5.3 BW. Aangezien de erfpachters voor het merendeel natuurlijke personen zijn die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, hebben zij te gelden als consument. De erfpachters genieten dus de volledige bescherming van afdeling 6.5.3 BW. Daarnaast geldt dat deze afdeling van het BW uitgelegd dient te worden conform Richtlijn 93/13/EU.
100. Naar de stellige overtuiging van de erfpachters is artikel 7.1.1 ABU74 een onredelijk bezwarende bepaling in de zin van art. 6:233, aanhef en sub a BW. Deze bepaling heeft immers middels een voor de erfpachters volstrekt niet te volgen inhoud, ondanks de schijn van bescherming tegen te grote canonsprongen, tot gevolg dat de canon momenteel veel hoger is dan de canon die zou zijn vastgesteld indien het minimumpercentage van 5% niet in de bepaling was opgenomen. Daarbij speelt mee dat dit minimumpercentage zeer uitzonderlijk is en in andere gemeentelijke bepalingen niet voorkomt.
101. Dat heeft tot gevolg dat artikel 7.1.1 ABU74 als geheel, maar in ieder geval waar het het minimumpercentage van 5% betreft, voor vernietiging in aanmerking komt.
102. Het is overigens niet onwaarschijnlijk dat een veelheid aan andere bepalingen van de ABU74 de toets aan het (Europese) consumentenrecht evenmin zullen doorstaan.

#### *Canonherziening einde tijdvak*

103. Ten aanzien van de canonherziening aan het einde van het tijdvak geldt het voorgaande uiteraard evengoed, en wellicht zelfs in versterkte mate.



104. Ten aanzien van deze herzieningsbevoegdheid geldt echter tevens dat artikel 7.1.2 ABU74 meebrengt dat de begrenzing van het minimum van 5% niet geldt en dat, indien de gemeente daar anders over mocht denken, de uitlegregel van artikel 6:238 lid 2 BW meebrengt dat de voor de erfpachter meest gunstige uitleg zal gelden.

#### *Overige bedingen*

105. Omdat hier met name de canonherziening een rol speelt in vergelijking met de conversieregeling, zal niet worden ingegaan op de overige bepalingen die in de algemene bepalingen zijn opgenomen. Dat betekent uiteraard niet dat die bepalingen de toets aan afdeling 6.5.3 BW en Richtlijn 93/13/EU zullen kunnen doorstaan.

#### *Financierbaarheid erfpachtrechten*

106. Naast het voorgaande speelt mee dat de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) criteria heeft opgesteld voor de financierbaarheid van particuliere erfpachtrechten. De NVB heeft tot op heden, ondanks plannen daartoe, haar leden (de hypotheekbanken) niet geadviseerd om deze ook op algemene bepalingen voor door gemeenten uitgegeven erfpachtrechten toe te passen. Daarvan is afgezien omdat die algemene bepalingen doorgaans niet aan de criteria voldeden en dit ertoe zou hebben geleid dat erfpachtrechten van woningen in Amsterdam, maar ook in Utrecht en andere steden, onverkoopbaar zouden worden.
107. Inmiddels is het echter zo dat veel banken er voor terugdeinzen om erfpachtrechten op grond van gemeenten te financieren, zeker als het einde van een tijdvak in zicht komt.
108. De gemeente heeft, op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en dan met name het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, maar evengoed als contractpartij te goeder trouw, de plicht om algemene bepalingen te hanteren die aan overdracht van het erfpachtrecht niet in de weg staan. Dit volgt uit het vonnis van 1 juli 2015 van rechtbank Middelburg.<sup>5</sup>
109. De gemeente heeft dus, los van de vraag of zij gehouden is een redelijke conversieregeling op te stellen, in ieder geval de plicht om de huidige erfpachtrechten zodanig te wijzigen dat deze financierbaar zijn. Indien de erfpachters dus daadwerkelijk met problemen op dat gebied geconfronteerd zullen worden, en als gevolg daarvan schade lijden, dan is het niet onaannemelijk dat de gemeente die schade zal moeten vergoeden, zeker nu zij middels deze brief op dit probleem is gewezen. Nu de

---

<sup>5</sup> ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 4.14



erfpachtrechten reeds meer dan 25 jaar voortduren is ook een wijziging van de algemene bepalingen middels een beroep op artikel 5:97 BW niet ondenkbaar.