

Woord vooraf

Dit boek gaat over een goederenrechtelijke rechtsverhouding. Het bevat een uitvoerige belichting van de rechtsverhouding bij erfpacht, de rechtsfiguur waarbij de eigenaar van een perceel grond het gebruik van die grond voor langere duur afstaat aan een ander, de erfpachter. De Nederlandse wetgever heeft een korte regeling voor erfpacht neergelegd in het Burgerlijk Wetboek. In de praktijk wordt veelvuldig gebruikgemaakt van erfpacht zowel door overheidsorganisaties als door particulieren, voor verschillende doelstellingen. De meest bekende toepassing is de systematische uitgifte van grond in erfpacht voor woningen door gemeenten. Het maatschappelijk belang van de rechtsfiguur is een gegeven.

Het onderzoek vormt een aanvulling op de eerdere studies naar erfpacht van A.A. Reepmaker uit 1931 en F.J. Vonck uit 2013. Reepmaker gaf een systematische beschrijving van het erfpachtrecht onder verschillende jurisdicties en richtte zich op de kenmerken van het recht. De studie van Vonck onderzocht de functionaliteit en de flexibiliteit van het erfpachtrecht en richtte zich op de juridische mogelijkheden van erfpacht ten behoeve van gebruik en financiering van grond. Dit onderzoek richt zich op de vraag hoe de direct betrokkenen bij een erfpachtrecht zich tot elkaar dienen te verhouden, hoe de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter gekwalificeerd dient te worden en welk recht daarop van toepassing is. Het goederenrecht regelt rechtsposities van personen tot goederen, de bevoegdheden en verplichtingen van de eigenaar en de gebruiker ten aanzien van het perceel grond waar hun recht betrekking op heeft. Dat bij de vestiging van beperkte rechten ook een rechtsverhouding tussen twee personen ontstaat blijft in het goederenrecht meestal onderbelicht en vormt het voorwerp van dit onderzoek.

Opvattingen en argumenten over de erfpachtverhouding afkomstig van de wetgever, van gezaghebbende juridische auteurs en uit de rechtspraak sinds de negentiende eeuw zijn in dit onderzoek verzameld, geordend en geanalyseerd. Met name is gekeken naar de regels die gelden ingeval de erfpachter de toestemming van de erfverpachter nodig heeft om een bepaalde handeling te kunnen verrichten, in welke gevallen een herziening van de erfpachtcanon toelaatbaar is en welke verplichtingen partijen jegens elkaar kunnen hebben bij het einde van het recht. Het blijkt uit te maken of de regels zijn opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden.

Het manuscript van dit proefschrift is afgesloten op 1 juli 2018. Met ontwikkelingen daarna is incidenteel rekening gehouden door een korte vermelding in een noot.

Ik heb dit onderzoek mogen uitvoeren als (buiten)promovenda van de Open Universiteit. Graag wil ik mijn twee promotores, Roel Mertens en Anka Ernes, bedanken voor hun begeleiding en waardevolle opmerkingen en suggesties. Verder ben ik prof.mr. S.E. Bartels, prof.mr. J.G.J. Rinkes, prof.mr. H.N. Schelhaas, prof.mr. R.M. Wibier en mr.dr. F.J. Vonck zeer erkentelijk dat zij zitting hebben willen nemen in mijn beoordelingscommissie. Ik bedank tot slot mijn lieve Trudi, familie, vrienden en collega's die mij onvoorwaardelijk hebben gesteund bij het schrijven van dit boek.

Jacqueline Broese van Groenou
Utrecht, december 2018

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF

V

LIJST VAN AFKORTINGEN

XIII

1	INLEIDING	1
1.1	Toepassingen van het recht van erfpacht	1
1.1.1	Bestemming en gebruik	2
1.1.2	Indelingen	4
1.1.3	Agrarische erfpacht	5
1.1.4	Erfpacht op grond met bestemming bedrijvigheid	6
1.1.5	Erfpacht op grond met bestemming wonen	8
1.1.6	Erfpacht op grond met bestemming natuur en recreatie	13
1.1.7	Samenvatting bestemmingen	15
1.2	Aanleiding voor het onderzoek	16
1.3	Onderzoeksvraag	21
1.4	Kader: onderzoeksprogramma Open Universiteit	24
1.5	Opzet en methode van het onderzoek	24
2	DE RECHTSVERHOUDING	29
2.1	Inleiding rechtsverhouding	29
2.1.1	Het begrip rechtsverhouding	30
2.1.2	Goederenrechtelijke rechten en persoonlijke rechten	32
2.1.3	Relativering van goederenrechtelijke rechten	33
2.2	Het wettelijk kader	36
2.2.1	Wetsgeschiedenis erfpachtrecht	36
2.2.2	Gelaagde structuur vermogensrecht naar NBW	38
2.2.3	De schakelbepalingen	40
2.2.4	Verbintenissen uit beperkte rechten	42
2.2.5	Samenvatting wettelijk kader	47
2.3	De doctrine over de rechtsverhouding	47
2.3.1	Inleiding doctrine	48
2.3.2	Verbintenissen uit de wet	48
2.3.3	Verbintenissen met zakelijke werking	53
2.3.4	Zakelijke rechtsvorderingen	54
2.3.5	Het rechtskarakter van de canonverplichting	58
2.3.6	De relatieve kant van de rechtsverhouding	61
2.3.7	Kwalitatieve verbintenissen	68
2.3.8	De lijn Eggens	74
2.3.9	Nieuw BW	77
2.3.10	Samenvatting doctrine	90
2.4	De rechtspraak over de rechtsverhouding	91
2.4.1	Rechtspraak 1838-1905	91

2.4.1.1	De rechtsverhouding	93
2.4.1.2	Bronnen van het recht	99
2.4.1.3	Erfpachtvoorwaarden	104
2.4.1.4	Beëindiging van erfpachtrechten	108
2.4.1.5	Zakelijke of persoonlijke rechtsvordering	115
2.4.1.6	Samenvatting rechtspraak 1838-1905	119
2.4.2	Rechtspraak 1905-1992	120
2.4.2.1	Arrest Blaauboer/Berlips 1905	120
2.4.2.2	Begripsverduidelijking	121
2.4.2.3	De omvang van het erfpachtrecht	124
2.4.2.4	Zakelijk of persoonlijk recht(svordering)	125
2.4.2.5	Artikel 779 OBW	127
2.4.2.6	De rechtsverhouding	129
2.4.2.7	Werking van de goede trouw	134
2.4.2.8	Lagere rechtspraak 1905-1992	135
2.4.2.9	Samenvatting rechtspraak 1905-1992	140
2.4.3	Rechtspraak 1992-2018	140
2.4.3.1	Redelijkheid en billijkheid	141
2.4.3.2	Uitleg	147
2.4.3.3	Samenvatting rechtspraak 1992-2018	156
2.4.4	Samenvatting rechtspraak	157
2.5	Verduidelijking rechtsverhouding erfverpachter – erfpachter	158
2.5.1	Uitgangspunten	158
2.5.2	Ontstaan van de rechtsverhouding bij erfpacht	161
2.5.3	Verbintenissen uit zakelijke rechten	163
2.5.4	Zakelijke werking	165
2.5.5	Vervolg onderzoek	165
3	ALGEMENE ERFPACHTVOORWAARDEN	167
3.1	Inleiding algemene voorwaarden	167
3.2	Parlementaire geschiedenis	169
3.3	Doctrine	174
3.4	Rechtspraak over algemene erfpachtvoorwaarden	187
3.4.1	Geen recht in de zin van artikel 79 RO	188
3.4.2	Bindend advies	192
3.4.3	Boetebeding	193
3.4.4	Vergoeding bij overdracht	195
3.4.5	Bedingen uit algemene opstalvoorwaarden	196
3.4.6	MGE-bedingen	201
3.4.7	Collectieve toetsing	205
3.5	Richtlijnconforme interpretatie	207
3.5.1	Boetebedingen zelfbouwkavels	209
3.5.2	Reikwijdte Richtlijn 93/13/EEG: hoedanigheid partijen	212
3.5.3	Wijziging hoedanigheid bij rechtsopvolging	218
3.5.4	Temporele reikwijdte Richtlijn 93/13/EEG	220
3.5.5	Fictieve vergelijkingstoets	223
3.5.6	Toestemmingsbeding Staatsbosbeheer	227
3.5.7	Richtlijnconforme uitleg van artikel 5:91 lid 4 BW	232
3.5.8	Particuliere erfpachtvoorwaarden	237
3.5.9	Het transparantiebeginsel	245
3.6	Samenvatting en conclusie algemene erfpachtvoorwaarden	249
4	HET TOESTEMMINGSVEREISTE	253
4.1	Inleiding toestemmingsvereiste	253

4.2	Het toestemmingsvereiste als rechtsfiguur	256
4.3	Wetsgeschiedenis toestemmingsvereiste	259
4.3.1	Toestemming voor splitsing in appartementsrechten naar OBW	261
4.3.1.1	Publiekrechtelijk belang: arrest Reggezuid 1976	262
4.3.1.2	Voorwaarde canonverhoging: arrest Strauss/Amsterdam 1981	264
4.3.1.3	Overige jurisprudentie artikel 875a lid 6 OBW	266
4.3.2	Toestemmingsvereiste artikel 5:91 BW	267
4.3.2.1	Het regeringsontwerp van het Driemanschap 1957	267
4.3.2.2	Het Gewijzigd Ontwerp 1972	268
4.3.2.3	De Invoeringswet 1984	272
4.3.3	Toestemming voor bestemmingswijziging	272
4.3.4	Samenvatting wetsgeschiedenis	277
4.4	Toestemming voor splitsing van een erfpachtrecht	278
4.4.1	Splitsing in meerdere erfpachtrechten	278
4.4.2	Splitsing in appartementsrechten naar NBW	279
4.4.3	Samenvatting toestemming voor splitsing	283
4.5	Toestemming voor overdracht van een erfpachtrecht	284
4.5.1	Financiële voorwaarden	285
4.5.2	Wijziging bestemming bij overdracht	287
4.5.3	Beëindiging erfpachtrecht	287
4.5.4	De persoon van de opvolgend erfpachter	289
4.5.5	Canonherziening als voorwaarde	290
4.5.6	Samenvatting toestemming voor overdracht	293
4.6	Toestemming voor bestemmingswijziging	296
4.6.1	Canonherziening bij bestemmingswijziging	298
4.6.2	Gebruik conform bestemming	303
4.6.3	Samenvatting toestemming voor bestemmingswijziging	303
4.7	Rechtsgevolgen van een onredelijke voorwaarde	304
4.8	Conclusies toestemmingsvereiste	309
4.8.1	Criteria redelijkheidstoetsing	310
4.8.2	Waardestijging zaak	312
4.8.3	De verbintenisrechtelijke dimensie	314
5	CANONHERZIENING	317
5.1	Inleiding canonherziening	317
5.1.1	Voorbeelden canonherziening	320
5.1.2	Onderzoeksvragen canonherziening	324
5.2	Contractvrijheid en canonherziening: een redelijke prijs	325
5.3	Wetsgeschiedenis en achtergrond canonherziening	331
5.3.1	Wetsgeschiedenis canonherziening	332
5.3.2	Opkomst stedelijke erfpacht 1896-1909	335
5.3.3	Uitbreiding stedelijke erfpacht 1909-1941	340
5.3.4	Tussentijdse canonherziening 1941-1970	344
5.3.5	Canonherziening en canonexplosie 1970-2018	347
5.3.6	Vindplaats canonherzieningsbepalingen	350
5.3.7	Overgangsrecht	354
5.4	Canonindexering: tussentijdse bepaalbare wijziging	355
5.4.1	Indexering toepassen op bestaande rechten	357
5.4.2	Wijziging of vervanging index	357
5.4.3	Meervoudige inflatievergoeding	359
5.4.4	Verminderde en geen inflatiecorrectie	367
5.4.5	Samenvatting canonindexering	369
5.5	Canonherziening bij tijdelijke erfpachtrechten	370

5.5.1	Tussentijdse niet-bepaalbare canonherziening	370
5.5.1.1	Uitleg canonherzieningsbepalingen	370
5.5.1.2	Doelstelling: sluitende grondexploitatie-rekening	379
5.5.1.3	Bindend advies	383
5.5.1.4	Knelpunten tussentijdse canonherziening tijdelijke rechten	387
5.5.2	Canonherziening bij verlenging of conversie	388
5.5.2.1	Verlenging tijdelijk recht	388
5.5.2.2	Conversie tijdelijk erfpachtrecht	402
5.5.2.3	Knelpunten verlenging of conversie	407
5.6	Canonherziening bij voortdurende erfpachtrechten	407
5.6.1	Recreatieve erfpacht	408
5.6.2	Particuliere erfpacht	409
5.6.3	Amsterdam AB 1915: bindend advies	412
5.6.4	Amsterdam AB 1934: bestendige praktijk	422
5.6.5	Amsterdam AB 2000: aanbod, bestemming	424
5.6.6	Amsterdam AB 1915/1934/1937: SEBA	429
5.6.6.1	Toepasselijk (overgangs)recht	431
5.6.6.2	Bepaaldheid canon na herziening	433
5.6.6.3	Eenzijdige wijziging algemene erfpachtvoorwaarden	438
5.6.6.4	Toetsing canonherzieningsbedingen in latere AB	442
5.6.6.5	Conclusie SEBA-arrest	443
5.6.7	Knelpunten canonherziening voortdurende rechten	444
5.7	Geen canonherziening bij eeuwigdurende erfpacht	445
5.7.1	Eeuwigdurende erfpacht Den Haag	446
5.7.2	Eeuwigdurende erfpacht Utrecht	447
5.7.2.1	Conversie appartementsrechten Utrecht	449
5.7.2.2	Beleidswijziging 2015 Utrecht	451
5.7.2.3	Conversieregeling 2017 Utrecht	453
5.7.3	Eeuwigdurende erfpacht Amsterdam	455
5.7.3.1	Overstapregeling 2017 Amsterdam	456
5.7.3.2	Appartementsrechten Amsterdam	459
5.7.4	Erfpachtstelsels andere gemeenten	459
5.7.4.1	Erfpachtstelsel Rotterdam	460
5.7.4.2	Erfpachtstelsel Schiedam	461
5.7.4.3	Erfpachtstelsel Vlaarding	463
5.7.5	Conclusie eeuwigdurende erfpacht	465
5.8	Samenvatting en conclusies canonherziening	465
6	BEËINDIGING VAN ERFPACHTRECHTEN	471
6.1	Inleiding beëindiging van erfpachtrechten	471
6.1.1	De rechtsverhouding bij beëindiging van een beperkt recht	472
6.1.2	Voorbeelden van beëindiging van erfpachtrechten	473
6.2	Einde door tijdsverloop en verlenging recht	477
6.2.1	Wettelijke en contractuele verlenging na einde tijdelijk recht	479
6.2.1.1	Wettelijke verlenging	480
6.2.1.2	Contractuele verlenging	483
6.2.1.3	Voorwaarden voor verlenging erfpachtrecht	485
6.2.2	Doen blijken in de zin van artikel 5:98 BW	490
6.2.3	Opzegging verlengde erfpacht ex artikel 5:98 BW	499
6.2.3.1	Opzegging bij exploot	499
6.2.3.2	Opzegging na mislukte onderhandelingen	500
6.2.3.3	Canon doorbetaling bij stilzwijgende verlenging	504
6.2.3.4	Opstalvergoeding bij opzegging ex artikel 5:98 BW	506
6.2.4	Wijziging artikel 5:98 BW	508

6.2.5	Samenvatting en conclusie einde door tijdsverloop	509
6.3	Beëindiging door opzegging door de erfpachter	510
6.3.1	Afstand van recht onder OBW	511
6.3.1.1	Parlementaire geschiedenis artikel 5:87 lid 1 BW	512
6.3.1.2	Overgangsrecht NBW	513
6.3.1.3	Afstand van erfpachtrechten onder OBW	514
6.3.1.4	Jurisprudentie	520
6.3.2	Afstand van opstalrecht bij gebrekkige opstal	522
6.3.3	Conclusie opzegging of afstand door de erfpachter	523
6.4	Beëindiging door opzegging door de erfverpachter	524
6.4.1	Overgangsrecht	525
6.4.2	Opzegging wegens wanbetaling canon	529
6.4.2.1	Canonbetaling na opzegging	530
6.4.2.2	Opzegging door nieuwe erfverpachter	532
6.4.3	Opzegging wegens ernstig tekortschieten	533
6.4.3.1	Niet realiseren van een bepaalde bestemming	535
6.4.3.2	Niet gebruiken conform bestemming	538
6.4.3.3	Bestemming wijzigen	541
6.4.3.4	Hennepteelt	543
6.4.3.5	Onderhoudsverplichting erfpachter	544
6.4.3.6	Zelfbewoningsplicht en aanbiedingsplicht bij MGE	549
6.4.3.7	Criteria opzegging wegens ernstig tekortschieten	556
6.4.4	Opzegging in het algemeen belang	556
6.4.4.1	Herontwikkeling als algemeen belang	558
6.4.4.2	Doorkruising Onteigeningswet	563
6.4.4.3	Een financieel algemeen belang	564
6.4.5	Onrechtmatige opzegging	567
6.4.6	Samenvatting en conclusie opzegging door de erfverpachter	568
6.5	Beëindiging door vermenging	570
6.5.1	Voorkeursrecht van koop	571
6.5.1.1	Voorkeursrecht van koop voor de erfpachter	571
6.5.1.2	Voorkeursrecht van koop voor erfverpachter	573
6.5.2	Waardebepaling bloot eigendom	575
6.5.3	Het koopaanbod	581
6.5.4	Aankoop bloot eigendom op Waddeneilanden	584
6.5.5	Aankoop bloot eigendom Utrecht	588
6.5.5.1	Conversie van erfpacht gesplitst in appartementsrechten	588
6.5.5.2	Doctrine over conversie van erfpacht gesplitst in appartementsrechten	592
6.5.5.3	Conclusie conversie erfpacht gesplitst in appartementsrechten	597
6.5.6	Samenvatting en conclusie beëindiging door vermenging	598
6.6	Beëindiging door de rechter ex artikel 5:97 BW	599
6.6.1	Inleiding imprévision	599
6.6.2	Wetsgeschiedenis artikel 5:97 BW	599
6.6.3	Doctrine over beëindiging door de rechter	601
6.6.4	Jurisprudentie artikel 5:97 BW	607
6.6.5	Samenvatting artikel 5:97 BW	609
6.7	Vergoeding waarde recht en waarde opstal	610
6.7.1	Oud recht zonder opstalvergoeding ex artikel 773 OBW	610
6.7.2	Oud recht met opstalvergoeding volgens akte	614
6.7.3	Opstalvergoeding ex artikel 5:99 BW	617
6.7.4	Waarde erfpachtrecht ex artikel 5:87 lid 2 BW	619
6.7.5	Verhouding artikel 5:87 en artikel 5:99 BW	625
6.7.6	Samenvatting en conclusie vergoedingen bij einde recht	629
6.8	Samenvatting en conclusies einde erfpachtrecht	629

7	CONCLUSIES	633
7.1	De verbintenisrechtelijke dimensie van de erfpachtverhouding	633
7.2	Samenvatting bevindingen	636
7.2.1	Bevindingen hoofdstuk 2 De rechtsverhouding	636
7.2.2	Bevindingen hoofdstuk 3 Algemene erfpachtvoorwaarden	637
7.2.3	Bevindingen hoofdstuk 4 Het toestemmingsvereiste	639
7.2.4	Bevindingen hoofdstuk 5 Canonherziening	641
7.2.5	Bevindingen hoofdstuk 6 Beëindiging van erfpachtrechten	644
7.3	Redelijkheid en billijkheid in erfpachtverhoudingen	646
7.3.1	Bevindingen in het licht van Struycken 2007	647
7.3.2	Bevindingen in het licht van Vonck 2013	649
7.4	Waardeverdeling	651
7.5	Nadere regulering van de rechtsverhouding	656
7.5.1	Voorstellen tot wetsherziening	657
7.5.2	Regulering	659
7.5.3	Zelfregulering	660
7.6	Slotconclusies en aanbevelingen	662
	Samenvatting	667
	Summary	671
	Lijst van aangehaalde literatuur	685
	Jurisprudentieregister	719
	Trefwoordenregister	739
	Curriculum vitae	769

De aanleiding voor mijn masterscriptie over rechtsbescherming van erfpachters bij canonverhoging bestond uit berichten over problemen met het recht van erfpacht en de suggestie dat deze problemen zouden kunnen worden opgelost door de wet te wijzigen. Tijdens het scriptieonderzoek stuitte ik op vele interessante aspecten van het erfpachtrecht die niet binnen de onderzoeksvraag pasten. Die verbreding en verdieping hebben plaatsgevonden in dit vervolgonderzoek naar de opvattingen over de aard van de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter en de toepassing van het verbintenissenrecht binnen het goederenrecht. De vraagstelling en de analyse concentreren zich op de ontwikkelingen in het denken over de inpassing van contractvrijheid ten aanzien van de inhoud van het recht in het dwingendrechtelijk geregelde gesloten goederenrechtelijke stelsel van beperkte rechten. Uit rechtspraak en literatuur blijkt dat de uitkomsten van de huidige praktijk ten aanzien van bijvoorbeeld canonherziening of beëindiging van het recht niet altijd rechtvaardig worden gevonden, maar dat aan goederenrechtelijk vastgelegde afspraken nu eenmaal niet getornd kan worden. Dat spanningsveld wil ik hier nader onderzoeken.

Dit onderzoek gaat over het recht van erfpacht, beperkt zich tot het recht zoals het wordt toegepast in Nederland, zoals het is geregeld naar Nederlands recht en zoals het wordt beoordeeld door de Nederlandse rechtspraak, mede aan de hand van Europeesrechtelijke normen. Na een overzicht van toepassingen in par. 1.1 wordt in par. 1.2 de aanleiding voor het onderzoek besproken, in par. 1.3 de onderzoeksvraag en in par. 1.4 het onderzoeksprogramma van het wetenschapsgebied rechtswetenschappen van de Open Universiteit als het kader waarbinnen het onderzoek is uitgevoerd. In par. 1.5 beschrijf ik de gehanteerde onderzoeksmethode en de opzet van het onderzoek.

1.1 Toepassingen van het recht van erfpacht

Erfpacht is een flexibel recht dat zich leent voor veel verschillende toepassingen. Omdat de bestemming van de in erfpacht gegeven onroerende zaak bepalend is voor de gebruiksvoorwaarden en die voorwaarden de rechtsverhouding nader invullen, worden de toepassingen hieronder ingedeeld naar bestemming. Na een inleiding over de begrippen gebruik en bestemming geef ik een kort overzicht van kenmerken van het recht van erfpacht bij agrarische bestemmingen, bij de

bestemming bedrijvigheid, bij de bestemming wonen en bij de bestemmingen natuur en recreatie.

1.1.1 Bestemming en gebruik

Bij de vestiging van een erfpachtrecht verkrijgt de erfpachter de bevoegdheid om ‘eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken’, aldus art. 5:85 lid 1 BW.¹ Het begrip *houden* maakt duidelijk dat een erfpachter geen bezit van de zaak heeft in de zin van art. 3:107 lid 1 BW.² De erfpachter houdt de zaak niet voor zichzelf, maar voor een ander en die ander is meestal degene met een eigendomsrecht op de onroerende zaak.³ Houderschap brengt op grond van art. 3:108 jo. 5:85 lid 1 BW mee dat de erfpachter de feitelijke macht over de zaak heeft. De erfpachter heeft eveneens op grond van art. 5:85 lid 1 BW de bevoegdheid tot het gebruik van de grond, ook wel aangeduid als het gebruiksrecht. In de parlementaire geschiedenis werden de termen *recht* en *bevoegdheid* vaak door elkaar gebruikt, maar werd ook een verhelderend onderscheid gemaakt tussen enerzijds het zakelijk recht van erfpacht en anderzijds de bevoegdheden van de erfpachter op grond van dat zakelijk recht.⁴ Het gebruik van de zaak door de erfpachter wordt in art. 5:89 BW en art. 5:90 BW aangeduid als *genot*.⁵ Art. 5:89 lid 1 BW bepaalt in het algemeen dat ‘de erfpachter hetzelfde genot van de zaak [heeft] als een eigenaar’ en art. 5:90 lid 1 BW bepaalt specifiek dat de ‘vruchten die tijdens de duur der erfpacht zijn afgescheiden of opeisbaar worden, en voordelen van roerende aard die de zaak oplevert’ aan de erfpachter toebehoren. Beide bepalingen zijn van regeland recht, er kan in de akte van vestiging van worden afgeweken en in de praktijk wordt aan de erfpachter meestal een beperkter genot dan dat van de eigenaar gegeven. Het genot dat de eigenaar van een zaak heeft is vervat in het in art. 5:1 BW omschreven ‘meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben’. Het eigendomsrecht bestaat uit de bevoegdheid van de eigenaar om over de zaak te beschikken, deze met uitsluiting van anderen te gebruiken, daarvan de vruchten te trekken en deze eventueel te vernietigen.⁶ Van oudsher worden met het recht van erfpacht wel de bevoegdheden tot gebruik en vruchttrekking toegekend, maar wordt het de erfpachter verboden de zaak te ver-

1 Op grond van art. 767 OBW had de erfpachter tussen 1 januari 1825 en 1 januari 1992 ‘het vol genot van een aan een ander toebehoorend onroerend goed’.

2 De erfpachter kan zolang zijn recht bestaat dus ook niet door verjaring eigenaar van de onroerende zaak worden omdat voor verkrijgende verjaring bezit vereist is, vgl. Rb. Arnhem (vzr) 7 oktober 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU8388 (*Rooms-Katholieke Parochie van de Heilige Andreas/Kadaster*).

3 Bij een recht van ondererfpacht is de ander ook erfpachter, maar wordt ‘in zijn verhouding tot de ondererfpachter als eigenaar aangemerkt’, art. 5:93 lid 3 BW.

4 PG Boek 5 BW, p. 293 (TM): “De voornaamste kenmerken van de erfpacht zijn, dat de erfpachter een zakelijk *recht* heeft om een onroerende zaak te houden en te gebruiken (...). Terwijl bij erfpacht het *recht* om de grond te houden en te gebruiken primair is, heeft de opstaller ten aanzien van de grond slechts die *bevoegdheden*, die nodig zijn om het volle genot van zijn eigendomsrecht te hebben.” Nadruk toegevoegd. In een eerder, uit archiefmateriaal bekend ontwerp van Meijers werd het volgende onderscheid gemaakt: “Erfpacht is een zakelijk *recht*, hetwelk de *bevoegdheid* geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken onder de verplichting (...).” Nadruk toegevoegd. Bron: NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1086, Stukken ter voorbereiding van het Groene Boek voor Boek 5, titel 7, 1953-1955, Ontwerp B.W. 32 I van waarschijnlijk zomer 1953, p. 1.

5 De beperkte rechten worden onderscheiden in enerzijds genotsrechten en anderzijds zekerheidsrechten, Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 384, Slangen 2002, p. 77-78.

6 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 369.

nietigen.⁷ Indien er geen beperkingen aan het gebruik zijn gesteld, staat het de erfpachter vrij de onroerende zaak, meestal een perceel grond, naar eigen inzicht te gebruiken.⁸ Het gebruiksrecht omvat de grond en alles wat daarmee te maken heeft, dus ook het grondwater in de grond, de gebouwen en beplantingen die op de grond staan en de ruimte boven de grond. Voor de gebouwen en beplantingen die de erfpachter aanbrengt geldt de natrekkingsregel van art. 5:20 BW als gevolg waarvan de erfverpachter eigenaar van die gebouwen en beplantingen wordt. Deze eigendomsverkrijging kan voorkomen worden door ten gunste van de erfpachter een opstalrecht te vestigen op de door hem aangebrachte of overgenomen gebouwen. Een combinatie van de rechten van erfpacht en opstal komt regelmatig voor. In de praktijk wordt het meest omvattende recht van de eigenaar niet volledig aan de erfpachter overgedragen of toegekend, maar worden in de vestigingsakte beperkingen op het gebruiksrecht gesteld. Van oudsher had de erfpachter niet de bevoegdheid iets te doen waardoor de onroerende zaak in waarde zou dalen.⁹ De beperkingen op het gebruik kunnen zeer uitvoerig en gedetailleerd zijn, maar ook uit niet meer bestaan dan een aanduiding van de bestemming van de zaak, bijvoorbeeld dat de erfpachter de onroerende zaak zal gebruiken voor bewoning. De erfverpachter bepaalt bij uitgifte tot welk gebruik van de zaak de erfpachter bevoegd zal zijn en welke gebruiksbeperkingen en gebruiksverboden worden opgelegd.

Art. 5:89 lid 2 BW introduceerde naast de begrippen gebruik en genot ook het begrip *bestemming van de zaak*: “Hij [de erfpachter] mag echter zonder toestemming van de eigenaar niet een andere bestemming aan de zaak geven of een handeling in strijd met de bestemming van de zaak verrichten.” Deze toestemming werd in het NBW opgenomen op verzoek van de gemeenten en losgekoppeld van de vraag of de verandering een wijziging van de waarde van de zaak tot gevolg zou hebben.¹⁰ In de akte van vestiging kan van art. 5:89 lid 2 BW worden afgeweken, maar in de praktijk heeft de erfpachter zelden de vrijheid de bestemming van de onroerende zaak te wijzigen zonder toestemming van de erfverpachter. Bij stedelijke erfpacht werd voor de bestemming van de grond vooral gekeken naar het soort bebouwing dat volgens de ruimtelijke plannen van de overheid op het perceel was toegestaan. Onderscheiden werden grond bestemd voor woningbouw en voor bedrijvigheid, die laatste eventueel uitgesplitst naar de bestemmingen kantoren, detailhandel, industrie en havenactiviteiten. In de vesti-

7 In de literatuur is discussie gevoerd over de vraag of de erfpachter bevoegdheden krijgt overgedragen waarna de eigenaar die bevoegdheden niet meer zelf kan uitoefenen, of dat hij bevoegdheden krijgt toegekend, in welk geval de eigenaar die bevoegdheden soms zelf ook nog kan uitoefenen. De *nemo plus* regel van art. 3:81 lid 1 BW bepaalt dat de eigenaar geen bevoegdheden die hij zelf niet heeft kan overdragen. Over dit subtractieprincipe uitvoerig Struycken 2007, p. 401-415. Zie ook Vonck 2013, p. 145-147. De discussie werd met name gevoerd ten aanzien van de aard van de canonverplichting, een verplichting tot een doen die de eigenaar zelf niet had.

8 PG Boek 5 BW, p. 308 (TM) verwoordde de bedoeling van de wetgever als volgt: “[Dit artikel] laat partijen vrij om te bepalen tot welk gebruik van de zaak een erfpachter bevoegd zal zijn. Het meest beperkte en het meest uitgebreide genot kunnen dus beide inhoud van het erfpachtrecht zijn.”

9 Art. 768 OBW: “De erfpachter oefent alle de regten uit, welke aan den eigendom van het erf verknocht zijn, doch hij vermag niets te verrigten, waardoor de waarde van den grond zoude worden verminderd.” Met bepalingen ten aanzien van afgravingen van de grond in art. 768 OBW en over bomen en beplantingen in art. 769 OBW.

10 PG Boek 5 BW, p. 309 (MvA II): “Het belang dat met name de overheid heeft bij handhaving van de bestemming van door haar in erfpacht gegeven grond is vaak van publieke aard en hangt niet samen met een eventuele waardevermindering van de grond.” Voorbeelden waren de instandhouding van landschapsschoon en de noodzakelijke spreiding van de wijze waarop de grond in een bepaald gebied werd geëxploiteerd. Zie ook De Jong & Ploeger 2008, p. 48.

gingsakte kan de bestemming meer of minder ruim omschreven zijn en soms zijn afzonderlijke algemene erfpachtvoorwaarden opgesteld voor verschillende bestemmingen.¹¹ Wanneer een erfpachter in een woning op erfpachtgrond een kantoor wil beginnen zal hij de erfverpachter om privaatrechtelijke toestemming moeten vragen, naast de vraag of hij krachtens het bestemmingsplan publiekrechtelijk gerechtigd is om de bestemming van het pand te wijzigen.¹² De bestemming van de in erfpacht uitgegeven zaak komt veelal overeen met de bestemming uit het bestemmingsplan, maar wordt in de vestigingsakte vaak nader ingevuld. In die zin is het niet nader gedefinieerde begrip *bestemming* uit art. 3.1 Wro ruimer dan het begrip *bestemming* uit art. 5:89 BW. Toegepast op grond van overheden dienen beide bestemmingsbegrippen publiekrechtelijke doelen zoals ruimtelijke ordening en volkshuisvesting.¹³ De erfpachter moet rekening houden met de bestemming van de onroerende zaak en met de beperkingen ten aanzien van het gebruik van de grond, die ook de bebouwing kunnen omvatten. Zowel de bestemming van de onroerende zaak als de omvang van het gebruik of genot van de erfpachter worden bepaald door de erfverpachter en zijn kenbaar voor eenieder uit de inschrijving van de akte van vestiging in de openbare registers.¹⁴ De bestemming volgens de akte van vestiging vormt het kader voor het gebruik dat de erfpachter van de zaak kan maken. Alleen wanneer de vestigingsakte geen bepaling over het gebruik of de bestemming bevat heeft de erfpachter op grond van de wet een gebruiksrecht dat gelijkstaat aan het genot van een grondeigenaar. De eigenaar kan allerlei redenen hebben zijn grond in erfpacht uit te geven in plaats van de grond te verkopen of te verhuren en deze motieven spelen ook mee bij het bepalen van de gebruiksbeperkingen, naast de bestemming van de grond. Het doel van uitgifte is veelal alleen kenbaar wanneer beleidsregels voor uitgifte zijn opgesteld, zoals bij uitgiftes door overheden. De bestemming van de zaak en de gebruiksbeperkingen die aan de erfpachter zijn opgelegd blijken uit de vestigingsakte, de doelstelling van uitgifte niet.

1.1.2 Indelingen

Toepassingen van het recht van erfpacht kunnen op verschillende manieren worden onderscheiden, zoals naar de persoon van de erfverpachter, naar de door de erfverpachter gehanteerde doelstelling van uitgifte, naar de bestemming van de onroerende zaak en/of naar het gebruik door de erfpachter. In de literatuur wordt een hoofdonderscheid gemaakt naar stedelijke en groene erfpacht.¹⁵ Met stedelijke erfpacht wordt bedoeld op uitgifte van grond in stedelijke gebieden, over het algemeen door gemeenten, in het kader van beleid op het gebied van ruimtelijke ordening en stedenbouw. Met groene erfpacht wordt bedoeld op uitgifte van

11 De gemeente Amsterdam kent bijvoorbeeld naast de algemene erfpachtbepalingen die gelden voor erfpachtrechten met een woonbestemming, afzonderlijk algemene bepalingen voor erfpacht van gronden met bestemming industrie, voor havengebieden en voor erfpachtuitgiftes aan woningcorporaties.

12 De casus van het arrest HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, NJ 1987/727, m.nt. M. Scheltema (*Amsterdam/Ikon*).

13 Art. 3.1 Wro bepaalt dat de gemeenteraad bestemmingsplannen opstelt voor het gehele grondgebied van de gemeente en daarbij regels geeft die in elk geval betreffen het gebruik van de grond en van de zich daar bevindende bouwwerken. Bestemmingsplannen kunnen globaal of gedetailleerd de bestemming van gronden aangeven.

14 Art. 3:98 jo. 3:84 lid 1 jo. 3:89 lid 1 BW jo. art. 24 Kadw.

15 Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/212 noemt stedelijke erfpacht de belangrijkste vorm van erfpacht. Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 474-475.

grond in landelijke gebieden, door een scala aan particuliere en publieke grondeigenaren en met verschillende doelstellingen.¹⁶ Als andere toepassingen worden genoemd de uitgifte van gronden met een openbare bestemming en andere uitgiftes door overheden zoals de Rijksoverheid of waterschappen, particuliere erfpacht en agrarische erfpacht.¹⁷ Rank-Berenschot onderscheidt vier soorten erfpacht afhankelijk van het doel van uitgifte.¹⁸ De Jong & Ploeger geven aan dat het recht van erfpacht breed wordt toegepast door een grote variëteit aan gebruikers en voor verschillende doeleinden.¹⁹ Ook Vonck deelt de verschillende toepassingen van erfpacht in naar de persoon van de erfverpachter.²⁰ Elke indeling van erfpachtoepassingen is arbitrair en noodzakelijk gegrond op de praktijk omdat aan de wet geen indeling in soorten toepassingen te ontleen valt.²¹ De wet biedt erfverpachters veel vrijheid om gebruiksrechten op grond te vestigen, ongeacht bestemming en gebruiksbeperkingen. In de twintigste eeuw heeft de stedelijke erfpacht zich ontwikkeld tot een belangrijke toepassing en is het BW daar ook op aangepast, maar over vijftig jaar kan het landschap er weer heel anders uitzien. Ik houd de indeling naar bestemming van de grond aan omdat ik denk dat het besluit tot uitgifte in erfpacht wordt voorafgegaan door een besluit van de grondeigenaar om de van oudsher bestaande bestemming van zijn percelen te handhaven of te wijzigen. Vervolgens komt het besluit om vanwege een bepaalde doelstelling percelen al dan niet in erfpacht uit te geven waarbij de bestemming en de doelstelling bepalend zijn voor de omvang van het gebruiksrecht en de inrichting van de erfpachtvoorwaarden.

1.1.3 Agrarische erfpacht

In de agrarische sector komt uitgifte in erfpacht van landbouwgrond en grond onder gebouwen voor als financieringsconstructie en vormt dan een alternatief voor grondaankoop of pacht.²² Agrarische erfpacht betreft een specifieke vorm van erfpacht met bestemming bedrijvigheid. De wettelijke regeling staat de toe-

16 Zie De Koe 2011 voor een uitvoerig overzicht van erfverpachters en doelstellingen van uitgifte in erfpacht in landelijke gebieden.

17 Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/213.

18 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 561. De vier toepassingen zijn: stedelijke erfpacht, industriële erfpacht, agrarische erfpacht en recreatie erfpacht. De Vries & Pleysier 2002, p. 10-27 onderscheiden dezelfde vier toepassingen.

19 De Jong & Ploeger 2008, p. 4 geven een opsomming van acht verschillende erfverpachters met ieder hun eigen doelstellingen van uitgifte, aangevuld met erfpacht als bijzondere financieringsvorm, waarna op p. 5-6 nader wordt ingegaan op de stedelijke erfpacht. Ploeger & Wolff 2014, p. 182 onderscheiden vijf vormen: stedelijke erfpacht, agrarische erfpacht, industriële/commerciële erfpacht, groene erfpacht en particuliere erfpacht, en vermelden terecht dat de waarde van elke typologie beperkt is tot een overzicht van verschillende soorten praktijk-situaties.

20 Vonck 2013, p. 7-67 behandelt als moderne functies van erfpacht achtereenvolgens uitgifte door de gemeentelijke overheid, natuurbeschermingsorganisaties, de Rijksoverheid, woningcorporaties en beleggers in onroerend goed, aangevuld met een bespreking van uitgifte met het oog op parkmanagement.

21 Ook het OBW schreef geen toepassingen voor, zoals bijvoorbeeld gememoreerd in Rb. Leeuwarden 21 november 1889, W. 5834 (*College kerkvoogden der Nederduitse Hervormde gemeente te Scharnegoutum/Christelijk Gereformeerde gemeente te Scharnegoutum*), p. 3 linkerkolom: '(...) omdat al moge in overoude tijden verbetering van den grond het doel van het uitgeven van grond in erfpacht geweest zijn, dit niet meer geldt voor ons recht, daar toch in onze tegenwoordige wetgeving het erfpachtsrecht geheel zelfstandig is geregeld en daarin geen spoor te vinden is van eenig doel, waarmede zoodanig recht zou kunnen of moeten worden gevestigd.'

22 Zie voor meer informatie over agrarische erfpacht De Koe 2011 en Snijders 1995. De bekendste constructie is die van de stichting Fagoed, opgericht door landbouworganisaties en de toenmalige Heidemij. Fagoed hanteert een vorm van financieringserfpacht voor de agrarische sector als tussenvorm tussen pacht en eigendom door de grond aan te kopen van de agrariër zelf of van derden en deze in erfpacht uit te geven tegen een geïndexeerde canon en met een periodiek terugkooprecht.

passing van erfpacht als financieringsconstructie voor agrarische doeleinden niet in de weg, mits rekening wordt gehouden met de bepalingen van het pachtrecht.²³ De erfverpachters in deze sector zijn met name grote institutionele beleggers. Het exploiteren van landbouwgrond is geen kerntaak van de Staat, maar bij groot-schalige ontginningen uit het verleden die op kosten van de Staat werden uitgevoerd kon dat tijdelijk anders zijn. Na de drooglegging van de voormalige Zuiderzee werd de nieuwe landbouwgrond in de IJsselmeerpolders onder meer in erfpacht uitgegeven, om controle te houden over het gebruik van het nieuwe land en om via de canon de investering terug te verdienen.²⁴ Er bestaan nog een aflopend aantal agrarische erfpachtcontracten met de Staat als erfverpachter.

1.1.4 *Erfpacht op grond met bestemming bedrijvigheid*

Grond met de bestemming bedrijvigheid wordt gebruikt voor kantoren, detailhandel en winkelcentra, bedrijventerreinen, industrieterreinen, havens en alle overige bedrijvigheid die niet agrarisch is. Een bijzonder geval betreft de uitgifte door de Rijksoverheid van grond langs snelwegen voor verkooppunten van brandstoffen voor motorrijtuigen.²⁵ In het verleden heeft de Staat regelmatig woeste gronden zoals duinen in erfpacht uitgegeven met de opdracht aan de erfpachter om een voorziening zoals een waterleiding te realiseren.²⁶ De huidige toepassing van het recht van erfpacht voor de bestemming bedrijvigheid is met name een financieringsvraagstuk en de erfverpachters zijn meestal gemeenten. Door middel van de uitgiftevoorwaarden kunnen gemeenten als erfverpachter tot in detail regels stellen over het gebruik van de grond, de canon levert inkomsten op en door gunstige voorwaarden te stellen kunnen de lokale bedrijvigheid en werkgelegenheid worden gestimuleerd. Erfpacht fungeert op deze wijze als bestuursinstrument om doelen van gemeentelijk beleid op het gebied van huisvesting, economie, ruimtelijke ordening en milieu te realiseren.²⁷ De bemoeienis van gemeenten met grond voor stadsuitbreiding kent een lange geschiedenis.²⁸ Eind negentiende eeuw kwam in het kader van de urbanisatie een stelsel voor stedelijke erfpacht tot ontwikkeling, ook voor de bestemming bedrijvigheid, eerst in

23 Agrarische erfpachtrechten worden uitgegeven voor bepaalde duur, met een minimumduur van 26 jaar in verband met de dwingendrechtelijke werking van art. 7:399d BW dat bepaalt dat op erfpachtrechten op landbouwgrond van onbepaalde duur of met een duur korter dan 25 jaar de pachtregels van overeenkomstige toepassing zijn.

24 Vonck 2013, p. 19-22 beschrijft de redenen voor uitgifte in plaats van verkoop, onder verwijzing naar het rapport van de Commissie Vissering uit 1930. Inmiddels is de meeste grond verkocht.

25 Deze uitgifte is geregeld in een afzonderlijke wet, de Benzinewet. Jaarlijks veilt het Rijksvastgoedbedrijf (RVB) de huur- en erfpachtrechten van een aantal locaties, met als doel de marktwerking te stimuleren. Er gelden afzonderlijke algemene erfpachtvoorwaarden. Zie hierover Vonck 2013, p. 23-24.

26 *Kamerstukken II* 1869/70, 135, 1-2. Ontwerp van wet tot bekrachtiging der uitgifte in erfpacht voor 99 jaren aan D. Dronkers te Middelburg van duinen en vronen, enz. in het noorden van Walcheren. De aangehechte overeenkomst van 16 maart 1870 werd gesloten onder de ontbindende voorwaarde van art. 3: "De uitgifte vervalt wanneer niet binnen drie en een half (3 1/2) jaar na de in art. 1 bedoelde bekrachtiging door den erfpachter, overeenkomstig de bepalingen der hem te verleenen concessie, eene drinkwaterleiding naar Middelburg en Vlissingen is aangelegd." Dronkers slaagde hier niet in, waarna de grond werd verkocht aan de gemeente Middelburg, vgl. *Kamerstukken II* 1889/90, 153, 3-4.

27 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 561.

28 De Jong 1984a, p. 9-11. Met name onder de Republiek, in de 16e en 17e eeuw, was er veel activiteit op dit gebied, samenhangend met de economische groei van die tijd.

Amsterdam en Den Haag en later ook in andere gemeenten.²⁹ Deze vorm van overheidsbemoeienis met de bestemming, de inrichting en het beheer van grond, in het kader van ruimtelijke ordening nam in de jaren tachtig met de economische crisis weer af³⁰ en wordt de laatste jaren primair als financieringsinstrument toegepast.³¹ Een klein aantal grote gemeenten in de Randstad geeft grond met bestemming bedrijvigheid uitsluitend of in de regel uit in erfpacht en heeft daarvoor beleid vastgesteld en algemene erfpachtvoorwaarden opgesteld die op alle uitgiftes van toepassing worden verklaard. Gemeenten zonder stelsel van stedelijke erfpacht hanteren erfpacht als maatwerk-instrument voor gebiedsontwikkeling en herstructurering.³² Gemeenten voeren soms een actief grondbeleid of beperken zich tot het faciliteren van ontwikkeling door private partijen en als tussenform zijn diverse varianten van publiek-private samenwerking mogelijk. Zo wordt voor de ontwikkeling en het beheer van industrieterreinen en havens ook wel een gemeenschappelijke regeling opgericht die grond in huur of erfpacht uit geeft. Het voordeel van erfpacht voor de uitgifte van grond met de bestemming kantoren of bedrijventerrein bestaat uit de lagere financieringslasten.³³ De erfpachtconstructie kan fungeren als een tussenstap naar eigendom indien er een recht op koop van de bloot eigendom aan is verbonden. Enige voorbeelden van bedrijfsmatige uitgiftes zijn de ontginning van de Tweede Maasvlakte,³⁴ de aankoop van grond onder het plaatselijke voetbalstadion door de gemeente gevolgd door uitgifte van die grond in erfpacht aan de sportvereniging,³⁵ het stimuleren van de lokale economie door een provincie³⁶ en de herontwikkeling van bedrijventerreinen door een gemeente.³⁷ In de ondernemingsrechtpraktijk werd de zogenoemde erfpachtlease toegepast voor vastgoedbeheer, om zekerheid te creëren

29 De Jong 1984a, p. 80-93 geeft de resultaten weer van een veldonderzoek naar de inzet van het instrument uitgifte in erfpacht in de jaren zeventig bij gemeenten met meer dan 25.000 inwoners. Over de bestemming bedrijvigheid, p. 90: "Grond voor bedrijfs- in het bijzonder industriële en handelsdoeleinden wordt veel in erfpacht uitgegeven, doch meestal wordt hierin aan de gegadigde grote keuzevrijheid gelaten." Nadruk in origineel.

30 De Jong, Pluijmers & Wolff 1995.

31 Huijgen & Rijpert 2011 signaleren enerzijds een afname van stelselmatige stedelijke erfpacht door conversie naar eigendom, en anderzijds een toename van incidentele uitgifte van grond in erfpacht door gemeenten om de lokale woningmarkt of de lokale economie te stimuleren.

32 Zie hierover nader Mertens 2011 en Mertens 2012.

33 Ten Have, Celik & Vroom 2016. Vergelijkbaar Van der Heijden e.a. 2016.

34 De bodem van de territoriale zee is eigendom van de Staat, zoals vastgelegd in art. 5:25 BW en dat geldt op grond van art. 5:29 BW eveneens voor het nieuw te creëren land. Op grond van art. 2 Wet beheer Rijkswaterstaatwerken verleende de Staat aan het Havenbedrijf Rotterdam een vergunning om voor eigen rekening en risico tweeduizend hectare haven- en industrieterrein in de Noordzee aan te leggen. De zeebodem van het plangebied werd door het Rijk in erfpacht uitgegeven aan de gemeente Rotterdam waarna de gemeente de tweede Maasvlakte om niet en voor onbepaalde duur in ondererfpacht uitgaaf aan het Havenbedrijf, tegen dezelfde condities als die van het bestaande havengebied. Anders dan bij de ontginning van de IJsselmeerpolders lag het exploitatierisico van de Tweede Maasvlakte niet meer bij de Staat, maar bij het Havenbedrijf Rotterdam.

35 Van Oostrom-Streep & Bartels 2012, p. 15 noemen dit een onvervalste sale-and-lease-back-constructie. De Europese Commissie heeft bij Besluit (EU) 2016/1849 van de Commissie van 4 juli 2016 betreffende maatregel SA.41613 — 2015/C (ex SA.33584 — 2013/C (ex 2011/NN)) door Nederland ten uitvoer gelegd met betrekking tot de profvoetbalclub PSV in Eindhoven, beslist dat er bij deze uitgifte geen sprake was van verboden staatssteun omdat de gemeente had 'gehandeld zoals een hypothetische particuliere investeerder in een vergelijkbare situatie had kunnen doen'. De uitgifte geschiedde tegen een canon die even hoog was als de rente op de lening die de gemeente voor de aankoop had afgesloten.

36 *Statenvoorstel erfpachtkader* (No. G-17-046), Maastricht: Gedeputeerde Staten van Limburg 2017. Een evaluatie van de pilot is opgenomen als Bijlage 1. Nieuwsbericht € 100 voor erfpacht in Limburg: <www.limburg.nl/actueel/nieuws/nieuwsberichten/2017/november/100-miljoen-erfpacht/>, geraadpleegd op 4 juli 2018.

37 *Beleidsnota Expiratie bedrijfsmatige erfpachtrechten en de samenhang met herstructurering*, Schiedam: Gemeente Schiedam 2008, waarin opgenomen de voorwaarde voor verlenging van aflopende tijdelijke erfpachtrechten dat het voortgezet gebruik zou passen binnen de herstructureringsvisie van de gemeente, en *Kadernota Grond 2015*, Schiedam: Gemeente Schiedam 2015, waarin de criteria per bedrijventerrein werden uitgewerkt in de vorm van een profiel. De gebruiksvorschriften maken onderdeel uit van de erfpachtvoorwaarden.

en uit fiscale motieven, maar deze variant is sinds het wegvallen van het belastingvoordeel op zijn retour.³⁸

1.1.5 *Erfpacht op grond met bestemming wonen*

Erfpacht is het meest bekend van de toepassing wonen. Uitgifte in erfpacht van grond met een woonbestemming komt relatief veel voor en allerlei soorten grondeigenaren maken er gebruik van. Naast gemeenten zijn dit andere overheidsorganisaties zoals waterschappen en natuurbeheerders die incidenteel woningen in natuurgebieden in erfpacht uitgeven, maar ook particulieren en rechtspersonen. Woningcorporaties nemen een bijzondere positie in en kunnen zowel erfverpachter als erfpachter zijn. Er moet onderscheid gemaakt worden tussen grondeigenaren die veel en stelselmatig grond voor woningbouw in erfpacht uitgeven en grondeigenaren die incidenteel grond met woonbestemming in erfpacht uitgeven. Dit laatste wordt regel, de stelselmatige uitgifte neemt af. Tegenwoordig zijn nieuwe uitgiftes voornamelijk incidenteel en/of dienen zij als financieringsinstrument.

Een aantal grote gemeenten heeft in de twintigste eeuw voor een kortere of langere periode alle gemeentegrond die bestemd was voor woningbouw stelselmatig in erfpacht uitgegeven op grond van door de raad vastgesteld beleid. Tegenwoordig hanteert alleen de gemeente Amsterdam nog een erfpachtstelsel voor alle gemeentegrond terwijl in andere gemeenten geen erfpacht wordt toegepast of een gedifferentieerd beleid wordt gehanteerd waarbij stelselmatige erfpacht is beperkt tot stadsvernieuwingsgebieden en/of bepaalde bestemmingen en bestaat keuzevrijheid bij nieuwe gronduitgiftes. Bestaande stelsels worden geleidelijk opgeheven door de bloot eigendom van de grond aan de zittende erfpachters te koop aan te bieden.³⁹ De betekenis van canoninkomsten neemt af, erfpacht is tegenwoordig vooral een sturingsinstrument, een vorm van maatwerk waarmee het grondgebruik meer in detail geregeld kan worden dan met behulp van publiek-rechtelijke regelingen mogelijk is, bijvoorbeeld ten behoeve van herstructurering.⁴⁰ Erfpacht wordt voor woonbestemmingen ook gebruikt als instrument voor de financiering van de grond en/of de woning, met als doel het stimuleren van de lokale woningmarkt en eigenwoningbezit voor starters. Per november 2012 stonden in de kadastrale registratie 145.000 erfpachtcontracten bij gemeenten geregistreerd, waarvan 93.000 van particuliere woningeigenaren, 40.500 van wo-

38 Zie Visser 2009, De Vries 2009, Nijkamp 2015 en Rozendal 2015. Bovendien konden financiers niet altijd met de constructie instemmen zoals bleek uit Rb. Arnhem (vzr) 1 september 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BT2580 (*Roma/Reparco*), r.o. 2.12.

39 Companen 2013 beschrijft deze zogenoemde conversie van erfpacht naar eigendom voor grond met de bestemming wonen, een onderzoek uitgevoerd op verzoek van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Zie Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 27924, 57. Het onderzoek sloot aan bij de selectie van gemeenten van Nelisse 2008 en vormde er qua gegevens een actualisatie van. De conclusie luidt dat lokale omstandigheden bepalend zijn voor de vraag of erfpacht een waardevol instrument is.

40 De gemeente Utrecht achtte in 2015 erfpacht niet langer nodig en besloot bij raadsbesluit van 29 januari 2015 nieuwe percelen alleen nog in eigendom uit te geven en bij raadsbesluit van 26 november 2015 houders van bestaande erfpachtrechten de mogelijkheid te bieden de bloot eigendom te kopen, met als voornaamste argument: "Voor woongebieden biedt erfpacht niet of nauwelijks meer gemeentelijke sturingsmogelijkheden op het gebruik van de grond, met uitzondering van het gebruik ten behoeve van sociale woningbouw."

ningcorporaties en 11.500 van andere partijen.⁴¹ Erfpachters zijn voor het grootste deel particuliere woningbezitters die de woning zelf bewonen en voor een klein deel woningcorporaties die woningen verhuren of in ondererfpacht uitgeven.

Bij stelselmatige uitgifte stellen gemeenten algemene erfpachtvoorwaarden op die op alle individuele uitgiftes van toepassing worden verklaard. Kenmerkende erfpachtvoorwaarden bij woonbestemmingen zijn de onbepaalde duur van het recht, de mogelijkheid om de canon in één keer te voldoen voor de gehele duur van het recht of voor de duur van een tijdvak, de verplichting op de grond een woning te bouwen, de wettelijk verplichte opstalvergoeding bij beëindiging van het recht en de opzegging in het algemeen belang. Bij erfpacht als financierings-instrument zijn daarentegen kenmerkend de bepaalde duur van het recht en de koopoptie voor de erfpachter en/of de terugkoopverplichting van de erfverpachter. Stedelijke erfpacht met een woonbestemming stuitte al vanaf de aanvang op verzet, met name bij stelselmatige uitgifte, en de laatste jaren hebben zich ook problemen voorgedaan met de financiering van particuliere erfpacht. Kritiekpunten vormen met name de onvoorzienbare lastenverzwaring als gevolg van herziening van de canon, tussentijds of bij verlenging of heruitgifte na het einde van een tijdelijk recht.

Enige voorbeelden van erfpachtgemeenten. De gemeente Amsterdam (ruim 811.000 inwoners) kent sinds 1896 een erfpachtstelsel gericht op controle over stadsuitbreiding en inkomsten voor de stad, maar heeft het beleid in 2016 gewijzigd waarbij de inkomstendoelstelling is vervallen. Bij aanvang van een nieuw recht wordt de keuze geboden tussen eenmalige afkoop van de canon of een jaarlijkse canonbetaling, die nog wel wordt geïndexeerd maar niet meer periodiek herzien. Canonherziening vindt alleen nog plaats bij bestemmingswijziging. Voor bestaande erfpachtrechten is in 2017 een overgangsregeling vastgesteld. De gemeente Amsterdam is monopolist op de lokale grondmarkt omdat zij gemeenteground uitsluitend in erfpacht geeft en waar mogelijk grond koopt, vooral in het kader van stadsvernieuwing. In 2012 was circa zeventig procent van het grondgebied van Amsterdam eigendom van de gemeente, waarvan ongeveer 3.500 ha in erfpacht was uitgegeven aan ongeveer 200.000 erfpachters. De grond in de stad die voor 1900 al bebouwd was is veelal particulier eigendom.⁴² Er gelden verschillende algemene erfpachtvoorwaarden, afhankelijk van wanneer een recht gevestigd werd. De gemeente Utrecht (ruim 311.000 inwoners) heeft in 2015 het erfpachtstelsel afgeschaft en biedt de gemeenteground sindsdien in eigendom aan. Zittende erfpachters kunnen de canon eeuwigdurend afkopen⁴³ en daarna eventueel de bloot eigendom van de grond kopen.⁴⁴ De gemeente Den Haag (ca. 500.000 inwoners) hanteert geen stelselmatige erfpachtuitgifte

41 Companen 2013, p. 4. Overigens noemde de minister in antwoord op Kamervragen een totaal aantal van 358.808 erfpachtcontracten (bedoeld zullen zijn erfpachtrechten), waarvan 242.463 erfpachtcontracten uitgegeven door gemeenten, zie het antwoord op vraag 3 Aanhangel *Handelingen II* 2011/12, 3050. Beide bronnen baseren zich op gegevens van het Kadaster per 1 november 2011.

42 Jesterhoudt 2012, p. 7-8. Het aantal van 200.000 erfpachters betreft niet uitsluitend woningbezitters.

43 *Algemene voorwaarden voor de uitgifte van gronden in erfpacht van de gemeente Utrecht 1989* (AV 1989), Utrecht: Gemeente Utrecht 1989. Alleen bij wijziging van het gebruik of de bestemming moet de erfpachter de meerwaarde die ontstaat door waardestijging van de grond aan de gemeente afdragen.

44 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (raadsbesluit 26 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015.

meer en biedt de vele zittende erfpachters de bloot eigendom van de grond te koop aan. Omdat eerder de canon eeuwigdurend kon worden afgekocht is het animo voor grondaankoop gering. Veel erfpachters zien geen verschil tussen een eeuwigdurend gebruiksrecht zonder vergoeding en eigendom.⁴⁵ De gemeente Deurne (ruim 31.000 inwoners) kwam uit het onderzoek van De Jong naar voren als een gemeente die landbouwgrond in erfpacht uitgifte om greep te houden op de ontwikkeling van de intensieve veehouderij.⁴⁶ Ruim dertig jaar later koos deze gemeente opnieuw voor erfpacht, maar nu werd de voorheen actieve rol van de gemeente op de grondmarkt als een voor eigen risico ontwikkelende partij vervangen door een faciliterend grondbeleid waarbij de gemeente met behulp van de sturingsmogelijkheden uit de Wro gewenste ontwikkelingen in particuliere exploitaties ondersteunde.⁴⁷ Ten aanzien van mensen met een zwakke positie op de woningmarkt behoudt de gemeente een actieve rol, net als voor herontwikkeling van binnenstedelijke gebieden en bedrijventerreinen. Per gebied of project wordt de inbreng van de gemeente afgewogen, met sturing aan de hand van een gedifferentieerd grondprijnsbeleid. De herziening van het grondbeleid in 2016 bevestigde de toepassing van erfpacht als instrument om de beleidsdoelen woningen voor starters en maatwerk op het gebied van bedrijfshuisvesting te realiseren.⁴⁸

Voor gemeenten is erfpacht een sturingsinstrument dat met name gewicht krijgt in tijden van economische crisis om tegen lagere kosten dan bij verkoop nieuwe woningen of bedrijventerreinen te realiseren. Zodra de economie zich herstelt wordt de voorkeur gegeven aan verkoop van grond en blijft erfpacht beperkt tot financieringsinstrument op maat voor zwakke groepen zoals starters op de woningmarkt, bedrijfsruimte voor zzp'ers en om bouwprojecten op gewenste (herontwikkel)locaties te sturen.⁴⁹ Steeds meer gemeenten maken gebruik van erfpacht voor percelen met een woonfunctie, 62% in 2013 en 69% in 2016, maar het leeuwendeel van de uitgiftes vindt nog steeds plaats in de vier grote steden: 84% van de erfpachtuitgiften met een woonfunctie zijn te vinden in Amsterdam, Rotterdam, Den Haag en Utrecht. Voorbeelden van kleinere en middelgrote gemeenten met een sterke groei in woonpercelen uitgegeven in erfpacht zijn de gemeenten Westvoorne, Linge- waard, Enschede en Goes.⁵⁰ De markt voor gebiedsontwikkeling trok weliswaar aan, maar de aangescherpte regels voor de verstrekking van hypotheekveroorzaakten eveneens een toename van erfpacht. Een korte blik op de ontwikkelingen in de genoemde gemeenten toont de diversiteit van de toepassingen. De gemeente

45 *Nieuw Haags gronduitgiftesysteem* (voorstel van het college van 6 februari 2008, RIS 146023), Den Haag: Gemeente Den Haag 2008.

46 De Jong 1984a, p. 157, 164, 166 en 169.

47 *Nota Grondbeleid. Een nieuwe koers, op een andere manier* (raadsbesluit 1 oktober 2013), Deurne: Gemeente Deurne 2013. De gemeente Deurne had veel grond in eigendom en liep daarmee omvangrijke risico's.

48 *Nota Grond- en Vastgoedexploitatie 2016-2025*, Deurne: Gemeente Deurne 2016, p. 33: "De gemeente biedt omwille van de financierbaarheid van woningen en bedrijfshuisvesting erfpacht aan voor bedrijfskavels en woningbouw kavels met een beleidsmatige prioriteit (goedkope koopwoningen). Omdat grond niet wordt mee verkocht, betekent dit dat woningen beschikbaar komen voor een grotere doelgroep. Eenvoud en zekerheid zijn belangrijke voorwaarden waar een erfpachtovereenkomst aan moet voldoen. Behalve voor de consument zijn er ook voordelen voor de ontwikkelaar. De ontwikkelaar hoeft de grondwaarde namelijk niet voor te financieren."

49 Deloitte berekende dat tussen 2013 en 2016 vijf procent meer percelen met een woonfunctie in erfpacht waren uitgegeven dan daarvoor, zie Ten Have, Celik & Vroom 2016, p. 2-3: "Dit houdt in dat van 2013 tot 2016 bijna 28.000 woningen zijn uitgegeven in erfpacht, dit is ca. 10% van het totaal aantal nieuwbouwwoningen in die periode. (...) In totaal zijn per 2016 bijna 200.000 percelen in erfpacht uitgegeven. Dit komt neer op iets meer dan 650.000 woningen op erfpachtgrond."

50 Ten Have, Celik & Vroom 2016, p. 5.