

TBR 2009/183

Groene erfpacht in balans?

Mr. drs. P.A. de Hoog¹

1. Inleiding

In 2008 is - in het bijzonder onder de erfpachters van recreatiewoningen op de Waddeneilanden - grote onrust ontstaan over de aanpassingen van de erfpachtcanons. Deze onrust is aanleiding geweest voor een discussie in de Tweede Kamer.² De Minister van LNV heeft in dat kader toegezegd een commissie te zullen benoemen, die een advies zou moeten geven over de wijze waarop met de problematiek zou moeten worden omgegaan. De Commissie adviserend uitvoering erfpachtbeleid Staatsbosbeheer is op 11 augustus 2008³ benoemd.⁴ Op 28 mei 2009 heeft de commissie een rapport uitgebracht onder de titel 'Groene erfpacht in balans'.⁵

De titel van het rapport wekt de suggestie dat de commissie concreet aangeeft hoe de erfpachtproblematiek zou kunnen worden aangepakt en ook kan worden opgelost. Of die suggestie ook is waargemaakt, komt hieronder aan de orde. Bij de beoordeling van het rapport is het van belang te bedenken dat een commissie als de onderhavige vanzelfsprekend vrij is om tot een oordeel te komen, maar dat die vrijheid niet onbegrensd is: de commissie is gehouden de vragen die haar gesteld zijn te beantwoorden, binnen de normen die de steller van de vragen hanteert. Het oordeel van de commissie kan daarom niet los gezien worden van de vraagstelling. Om die reden ligt het voor de hand eerst de vraagstelling aan de commissie te behandelen. Vervolgens zal ik de van belang zijnde elementen van het rapport nader beschouwen, en tenslotte een eigen visie geven hoe naar mijn mening de erfpachtproblematiek benaderd zou moeten worden. Aan twee punten zal ik bijzondere aandacht besteden: de positie van de erfverpachter in het algemeen en Staatsbosbeheer in het bijzonder, en het in de vraagstelling gehanteerde begrip 'marktconformiteit'.

2. De vraagstelling aan de commissie

Op het moment dat ik mijn eerdere artikel over de erfpachtproblematiek schreef⁶ was de vraagstelling aan de commissie nog niet bekend. Wel was duidelijk wat de bedoeling van de Tweede Kamer was. De motie Jacobi c.s.⁷ stelde het volgende:

'dat de verzelfstandiging van Staatsbosbeheer onder andere was ingegeven door de wens tot vermaatschappelijking van Staatsbosbeheer, zodat deze organisatie kan worden beschouwd als een vorm van 'maatschappelijke onderneming'; dat SBB via de zbo-status is geprikkeld tot bedrijfsmatiger en efficiënter opereren inclusief het verwerven van eigen inkomsten; dat het verwerven van eigen inkomsten leidt tot erfpachtcanons met een hoogte waarbij aantoonbaar frictie ontstaat met het zijn van "maatschappelijke onderneming", waarbij grote problemen ontstaan als het gaat om de leefbaarheid op de Waddeneilanden, maar ook bij het biologisch boeren in Nederland en andere maatschappelijk verantwoorde activiteiten die zodanig extensief van aard zijn dat een te hoge erfpachtcanon deze activiteiten zou frustreren; dat de minister namens de regering heeft gezegd een commissie in het leven te zullen roepen die de erfpachtcanons in beeld gaat brengen, inclusief de gevolgen van eventuele verhogingen voor de maatschappelijke omgeving in en rond de eigendommen van Staatsbosbeheer waar de verhogingen worden doorgevoerd; verzoekt de regering deze commissie onder leiding te doen staan van de minister van LNV, de commissie zodanig samen te stellen dat alle relevante partijen zich voelen vertegenwoordigd, de opdracht aan de commissie met de Kamer te bespreken en de bevindingen van de commissie aan de Kamer voor te leggen, en gaat over tot de orde van de dag.'

1 Peter de Hoog is juridisch-wetenschappelijk onderzoeker te Amsterdam en rechter-plaatsvervanger.

2 Zie mijn artikel: *Erfpacht: de prijs van het recht*, TBR 2008/120, p. 616 e.v.

3 *Stcr.* 2008, 157.

4 De leden van de commissie waren prof. mr. J. de Jong, hoogleraar onroerend goedrecht, TU Delft (voorzitter), dr. P. Nelisse MRICS, senior taxateur, P.G. Jager, vastgoedconsultant en registrertaxateur, drs. E. Arnoldussen, directeur van het Gemeenschappelijk Ontwikkelingsbedrijf van het Rijk, voorheen Directeur van het Ontwikkelings Bedrijf Gemeente Amsterdam (OGA), J.L. Broeren, taxateur en voorzitter van de Nederlandse Vereniging van Erfpachters/NLVE, Amsterdam, J.G.M. Alders, voorzitter EnergieNed. Secretaris van de commissie was prof. mr. H.D. Ploeger, VU Amsterdam/TU Delft.

5 Te vinden op de website van het ministerie van LNV, www.minlnv.nl.

6 Zie noot 2.

7 Motie van de leden Mastwijk, Jacobi en Snijder-Hazelhoff, *Kamerstukken II* 2007/08, 29 659, nr. 20.

Het lijkt mij dat deze motie niet anders kan worden gelezen dan een oproep tot een volledig open onderzoek, waarbij in de commissie alle relevante partijen zijn vertegenwoordigd en waarin alle belangen tegen elkaar worden afgewogen. Ik heb destijds dan ook aangegeven dat het van belang was dat de commissie een dusdanig ruime opdracht kreeg dat de erfpachtproblematiek in zijn geheel - dus fundamenteel - onderzocht zou kunnen worden.

Hoe de minister het begrip ‘volledig open onderzoek’ hanteert, blijkt uit de vraagstelling aan de commissie⁸:

‘Vraag 1. Wat is een redelijk canon-ingroei-model wanneer een zittende erfpachter van Staatsbosbeheer een nieuwe erfpachtovereenkomst met Staatsbosbeheer aangaat en de instapcanon in redelijkheid gezien een te grote overgang is ten opzichte van de laatstbetaalde canon? Uitgangspunt bij dit ingroei-model dient te zijn dat de canon uiteindelijk toegroeit naar marktconformiteit.

Bij de uitwerking van dit model kunnen onder meer de volgende vragen en factoren een rol spelen:

1. Welke absolute of relatieve ‘canonsprong’ rechtvaardigt de toepassing van een ingroei-model?
2. Wat is de looptijd van het ingroei-model en is die voor ieder individueel geval gelijk?
3. Verschilt het ingroei-model per geval al naar gelang de erfpachter meer baat heeft bij een nieuwe overeenkomst (met name: looptijdverlenging)?
4. Dient er een absoluut canonbedrag als ondergrens te gelden beneden welke het ingroei-model niet wordt toegepast?

Vraag 2. Valt er een methodiek tot herziening van de marktconforme grondwaarde te ontwikkelen, waarin op objectieve wijze de gerechtvaardigde belangen van erfpachters (zoals bijvoorbeeld biologisch agrarisch ondernemerschap of ecologische camping) of de bijzondere omstandigheden in sommige gebieden in de grondwaarde en canon worden verdisconteerd?

Bij de beantwoording van deze vraag kunnen onder meer de volgende vragen en factoren een rol spelen:

1. In hoeverre zijn WOZ taxaties geschikt om door Staatsbosbeheer bij de vaststelling van canons te worden toegepast als vrije economische waarde en is het gebruik van WOZ waarden een beter alternatief voor vrije waarde taxaties door deskundigen die ad hoc bij een canonherziening worden ingeschakeld?
2. Is de WOZ waarde anno 2008 een afdoende afspiegeling van de reële vrije economische waarde?
3. Is het afdoende mogelijk om de WOZ waarde te splitsen in een opstalwaarde en een grondwaarde?
4. Doet een WOZ taxatie afdoende recht aan het

vaak specifieke karakter van erfpachtobjecten van Staatsbosbeheer?

5. Leidt het toepassen van de WOZ waarde tot onaanvaardbare rechtsongelijkheid doordat slechts de erfpachter de mogelijkheid van bezwaar en beroep heeft?

6. Zijn er andere methoden tot herziening van de grondwaarde, naast de reeds door Staatsbosbeheer gehanteerde methode en het gebruik van de WOZ-waarde, waarlangs bijzondere gebruiksbeperkingen op of bijzonder gebruik van de grond (bijvoorbeeld: biologisch ondernemerschap) op objectieve wijze in de grondwaarde kunnen/kan worden geïntegreerd en een canon kan worden vastgesteld?

Vraag 3. Welke standaardduur van de erfpachtcontracten, met een eventueel daarbij behorend contractueel verlengingsregime, komt redelijkerwijs tegemoet aan zowel de belangen van de erfpachters (zekerheid, afschrijving, kosten, etc.) als de belangen van Staatsbosbeheer (periodieke toetsing bestaand gebruik aan bestemming en beheer van grondgebied)?

Vraag 4. Zijn er gebiedsspecifieke omstandigheden aan te wijzen die de erfpachtsituatie op de Waddeneilanden wezenlijk anders maken dan in andere delen van Nederland?’

Twee dingen kunnen in ieder geval worden geconstateerd. Ten eerste heeft de minister verzuimd de erfpachtproblematiek in zijn geheel aan de orde te stellen. Dat is een gemiste kans, want de erfpachtproblematiek beperkt zich geenszins tot Staatsbosbeheer en de recreatiewoningen op de Waddeneilanden, hoewel dat wel de focus was in het politieke debat. Ook in de stedelijke gebieden en in de agrarische sector speelt de problematiek immers. Een veel ernstiger punt is evenwel dat de minister de commissie vooraf beperkingen oplegt door haar op te dragen uit te gaan van marktconformiteit. Dat is regelrecht in strijd met de wens van de Tweede Kamer om de erfpachtproblematiek, althans de canonproblematiek, volledig te onderzoeken.

3. Het rapport van de commissie - algemene opmerkingen

In het rapport kan een aantal elementen worden onderscheiden, zoals juridische aspecten, technische aspecten, zoals de wijze waarop getaxeerd dient te worden, marktverhoudingen en maatschappelijke achtergronden. Ik zal mij in het bijzonder richten op de juridische aspecten en de marktverhoudingen; de technische aspecten laat ik verder onbesproken.

Juridisch is het van belang te constateren dat erfpacht nagenoeg in zijn geheel regelend recht is:

⁸ De vraagstelling is als bijlage 9 aan het rapport toegevoegd.

partijen kunnen het naar eigen inzicht invullen. Dat betekent dat de machtsverhouding tussen partijen van directe invloed zal zijn op de wijze waarop het recht wordt ingevuld: de sterkste partij zal de inhoud bepalen, daarbij slechts beperkt door de marginale toetsing naar redelijkheid en billijkheid.

De commissie heeft deze ongelijke verhouding onderkend en weidt er in haar rapport een geheel hoofdstuk aan.⁹ De commissie constateert het volgende:

‘De commissie ziet als een van de oorzaken van de problemen de slechte juridische positie van de erfpachter. Erfpacht is in ons Burgerlijk Wetboek naast de eigendom een eigenstandig recht. Het erfpachtrecht onder het regime van Staatsbosbeheer heeft echter door de korte duur (30 jaar), en de beperkingen in de vrije overdraagbaarheid, meer weg van een huurrecht. Deze benadering acht de commissie onredelijk jegens de erfpachters en ook onnodig vanuit gerechtvaardigde belangen van Staatsbosbeheer’.

De commissie onderscheidt een aantal wijzen van uitgifte in erfpacht, waarbij de door de commissie gehanteerde terminologie enige verwarring wekt. Ten eerste erfpacht voor een bepaalde tijd. Na afloop van de periode zal bij voortgezet gebruik - als dat op basis van erfpacht plaatsvindt - een nieuw erfpachtrecht moeten worden gevestigd. De commissie constateert terecht dat dit onnodige kosten met zich meebrengt, zoals overdrachtsbelasting en notariskosten. Ten tweede voortdurende erfpacht. In de visie van de commissie gaat het hier om een recht voor onbepaalde tijd, waarbij in de akte van vestiging de rechtsverhouding tussen grondeigenaar en erfpachter is geregeld voor een bepaalde duur (‘tijdvakken’ van 30 tot 50 jaren), waarbij het de eigenaar vrij staat binnen de grenzen van de wet nieuwe algemene voorwaarden en een nieuwe canon aan de erfpachter op te leggen. De derde variant is eeuwigdurende erfpacht, waarbij de ‘eeuwigheid’ in de visie van de commissie slechts lijkt te bestaan uit de onveranderlijkheid van de canon en de toepasselijke voorwaarde, hoewel de canon bij onveranderd gebruik toch niet zo onveranderlijk blijkt te zijn. De commissie noemt het voorbeeld van de door de gemeente Den Haag toegepaste vijfjaarlijkse renteconversie, de aanpassing van de canon aan de actuele rentestand. De commissie noemt nog als alternatief de omzetting van erfpachtrechten in volle eigendom, maar noemt niet de werkelijke ‘eeuwige’ erfpacht, de niet opzegbare erfpacht, als alternatief.¹⁰

De commissie kiest ervoor de huidige erfpachten voor bepaalde tijd te vervangen door de variant van de voortdurende erfpacht, met de inhoudelijke bepaling dat canon en algemene voorwaarden bij het einde van de overeengekomen periode kunnen worden gewijzigd. Dat voorstel heeft - voor de erfpachter positieve - gevolgen voor continuatie van het recht en leidt tot een kostenvermindering. Over de inhoud van het recht zegt het evenwel niets.

De commissie sprak in het hierboven weergegeven citaat over beperkingen voor de erfpachter in de uitoefening van het erfpachtrecht. Deze zijn - bij Staatsbosbeheer, maar ook bij alle institutionele erfverpachters - neergelegd in algemene voorwaarden. De belangrijkste bepalingen in de meeste algemene voorwaarden betreffen de vaststelling en (periodieke) aanpassingen van de canon, de wijze waarop het erfpachtrecht, althans de onroerende zaak waarop het recht is gevestigd, wel en niet mag worden gebruikt en eventueel overgedragen, en de wijze waarop de algemene voorwaarden kunnen worden gewijzigd. De commissie laat zich over deze aspecten niet uit, hetgeen op zijn minst verwonderlijk is, daar zij de positie van de erfpachter direct raken. Het is begrijpelijk dat de commissie zich terughoudend opstelt ten aanzien van de gebruiksbeperkingen zelf: deze zijn veelal ingegeven door een beleid ten aanzien van natuurbescherming en de algehele leefomgeving, zoals in het geval van de Wadden. Maar dat gaat niet op voor de wijze waarop de rechtsverhouding tussen partijen is geregeld. Er zijn principiële bezwaren aan te voeren tegen een systeem waarbij één van beide contractspartijen met uitsluiting van de ander bevoegd is voorwaarden te stellen, waarbij de andere - in dit geval de erfpachter - slechts beschermd wordt door de marginale toets van redelijkheid en billijkheid.

Overdracht van het recht is een andere zaak. De huidige contracten bepalen dat de erfpachter toestemming nodig heeft voor overdracht van het recht. Staatsbosbeheer heeft daarnaast een voorkeursrecht tot koop. Bij de verkoop vindt een actualisering van de canon plaats; deze geactualiseerde canon, en niet de reële waarde, is de basis voor de door Staatsbosbeheer te betalen koopprijs bij gebruikmaking van het voorkeursrecht. De commissie stelt een vrije overdraagbaarheid voor, met een vergoeding van de waarde bij gebruikmaking van het voorkeursrecht door Staatsbosbeheer naar analogie van het systeem van de Wet Voorkeursrecht Gemeenten.

9 Hoofdstuk 4: Naar een verbetering van de rechtspositie van de erfpachter.

10 De commissie zegt bij de variant van de voortdurende erfpacht niets over de opzegbaarheid. Nu de commissie zelf stelt dat het gaat om een recht voor onbepaalde tijd, zou ervan moeten worden uitgegaan dat het recht op enigerlei moment opzegbaar is, ware het niet dat de commissie op pagina 43 van het rapport in het onderdeel ‘Einde van het erfpachtrecht’ stelt dat bij voortdurende erfpacht eigenlijk geen opzegging van het recht past.

De commissie stelt dat op de onopzegbaarheid van het erfpachtrecht een uitzondering moet worden gemaakt in geval van opzegging wegens het algemeen belang.¹¹ Een opzegging in een dergelijk geval zou effectief moeten zijn, waarbij als voorwaarde geldt dat de erfpachter een vergoeding krijgt, berekend met toepassing van de criteria van de Ontheeningswet.¹²

4. De positie van Staatsbosbeheer

Ik gaf reeds aan dat partijen in het geval van erfpacht bevoegd zijn de juridische relatie naar eigen inzicht in te vullen. Dat betekent dat de directe machtsverhouding tussen partijen een rol speelt.

De commissie vermeldt een aantal kwantitatieve gegevens. Staatsbosbeheer is eigenaar van 249.000 ha grond in geheel Nederland, waarvan ongeveer 30.000 ha (ca 12%) in erfpacht is uitgegeven. Het grootste deel (22.300 ha) is in erfpacht uitgegeven aan andere terreinbeheerders, zoals Natuurmonumenten, Provinciale Landschappen en recreatie- en natuurschappen. Een ander deel van de gronden is in erfpacht uitgegeven aan provincies, gemeenten, waterschappen en nutsbedrijven. De overige erfpachtgronden zijn uitgegeven aan particulieren en bedrijven. Het gaat hierbij om ongeveer 1.000 uitgiftes, bij elkaar 3.000 ha aan oppervlakte. Van deze laatste uitgiftes geldt dat daarvoor in de helft van de gevallen een substantiële canon wordt betaald.

Ten aanzien van de Waddeneilanden constateert de commissie dat de positie van Staatsbosbeheer per eiland verschilt. Op Texel heeft Staatsbosbeheer circa 30% van de grond in eigendom. De grond op Terschelling is voor bijna 90% in eigendom bij Staatsbosbeheer en op Vlieland en Ameland is Staatsbosbeheer eigenaar van vrijwel alle grond. De - terecht - conclusie van de commissie is dan ook dat Staatsbosbeheer op alle eilanden - volgens de commissie behoudens Texel¹³ - een monopoliepositie heeft. De kernvraag is of Staatsbosbeheer die monopoliepositie misbruikt.

De commissie stelt dat een monopolistische grondpositie op zich nog geen misbruik van machtspositie oplevert, ook niet wanneer de marktwaarde be-

palend is voor de grondwaarde en dit leidt tot forse canonverhogingen. De commissie refereert daarbij aan de uitspraak van de Nederlandse Mededingingsautoriteit in de zaak Vereniging Eigen Huis / Gemeente Amsterdam¹⁴, waarin de NMa bepaalde dat het uitgaan van de marktwaarde voor de berekening van de grondwaarde en daarmee de canon op zich geen misbruik van omstandigheden oplevert.

Het is de vraag of aan deze uitspraak van de NMa het gewicht moet worden toegekend dat de commissie eraan toekent. De Vereniging Eigen Huis had in de betreffende procedure gesteld dat de Gemeente Amsterdam een economische machtspositie heeft waar het betreft de exploitatie van haar grond via erfpacht en dat de Gemeente misbruik maakt van haar economische machtspositie met betrekking tot de wijze waarop zij haar erfpachtbeleid gestalte geeft. De NMa reageert daarop met de volgende overweging:

‘32. Er zijn verschillende manieren om de waarde van de grond te bepalen. De gemeente Amsterdam heeft gekozen om dit middels de residuele methode te doen (zie ook randnummer 13). Het komt er bij deze methode op neer dat de waarde van de grond bepaald wordt door de commerciële nieuwbouwwaarde (of marktwaarde) van het vastgoed te verminderen met de bouwkosten ervan. De d-g NMa is van mening dat het gegeven dat de marktwaarde bepalend is voor de grondwaarde op zich niet als misbruik is aan te merken. Dit is mogelijk wel het geval indien de gemeente door haar handelen op enigerlei wijze de marktwaarde zou manipuleren. Er is echter niet gebleken dat bovengenoemd systeem om de grondwaarde te bepalen misbruikelijk is.’

Het staat de NMa vanzelfsprekend vrij een eigen opvatting te hebben. Aan een rechterlijke uitspraak - de beslissing van de NMa is daarmee gelijk te stellen - mag evenwel verwacht worden dat deze inzicht biedt in de wijze waarop deze opvatting tot stand is gekomen en welke redenering tot de uiteindelijke beslissing heeft geleid. In de overweging van de NMa zijn beide aspecten niet terug te vinden; het is de vraag of het standpunt van de NMa wel met redelijke argumenten is te onderbouwen.¹⁵ Er zijn veeleer argumenten om tot een tegengestelde conclusie te komen; ik kom daar in het volgende onderdeel op terug. Naar mijn mening volgt de

11 De commissie noemt ook nog de mogelijkheid van beëindiging van de erfpacht wegens een toerekenbaar tekortschieten (tekortkoming, in de terminologie van de commissie). Die bevoegdheid bestaat al op grond van de wet, en behoeft dus niet nader geregeld te worden.

12 Wat de commissie in feite voorstelt is een regeling naar analogie van die van artikel 7:370 jo. 377 BW, waarin beëindiging respectievelijk ontbinding van de pachtovereenkomst wegens bestemming van het gepachte tot niet tot de landbouw betrekkelijke doeleinden is geregeld.

13 Uit het rapport blijkt niet welke gronden Staatsbosbeheer op Texel in eigendom heeft. Of Staatsbosbeheer op Texel feitelijk wel of geen monopoliepositie heeft is op basis van de thans beschikbare gegevens derhalve niet vast te stellen.

14 Besluit d.d. 12 september 2002, nr. 2493/30.

15 Een dergelijke houding - het niet motiveren van overwegingen - van rechterlijke instanties komt meer voor. Ik verwijs naar mijn artikel: *De factorkostenmethode: de visie van het Pachthof, Agrarisch Recht* 1997, p. 54 e.v.

commissie de visie van de NMa te gemakkelijk en te kritiekloos.

De conclusie moet zijn dat Staatsbosbeheer een monopoliepositie en daarmee een economische machtspositie heeft, waarbij het de vraag is of Staatsbosbeheer die monopoliepositie misbruikt door uit te gaan van de marktwaarde. En het is juist deze essentiële vraag die door de minister in haar vraagstelling is geblokkeerd: marktconformiteit is een uitgangspunt dat niet ter discussie staat en mag staan. Redenen om dat thans wel te doen.

5. Marktconformiteit

Ik heb in mijn eerdere artikel¹⁶ al aangegeven dat er vraagtekens gezet moeten worden bij het hanteren van de marktwaarde als uitgangspunt voor het vaststellen van de canon. De praktijk laat daarvan de gevolgen zien die door nagenoeg iedereen - inclusief de commissie - als onredelijk worden ervaren, behalve dan kennelijk door degenen die financiële belangen hebben bij het handhaven van de huidige situatie, zoals Staatsbosbeheer - lees: de overheid. Ik verwijs voor die gevolgen naar wat ik in mijn eerdere artikel vermeldde in onderdeel 4, en in het bijzonder naar de geciteerde visie van Struycken. Nu mijn suggesties voor een andere benadering kennelijk aan de minister voorbij zijn gegaan, en zij zelfs zonder verdere discussie nadrukkelijk vasthoudt aan het uitgangspunt van marktconformiteit, is het wenselijk de consequenties en de onredelijkheid daarvan nader uit te werken. Ik zal achtereenvolgens iets zeggen over de wijze van rendementsberekening, de aard van het object waarover het rendement wordt berekend en de maatschappelijke positie van de eigenaar als monopolist.

Als men de redelijkheid van een bepaalde wijze van rendementsberekening wil beoordelen - in dit geval de berekening van de canon op basis van de marktwaarde van de grond -, is het zinvol te bezien hoe berekening van rendement in zijn algemeenheid plaatsvindt. Als algemene regel kan men stellen dat uitgegaan wordt van het geïnvesteerde vermogen. Hetgeen waarin geïnvesteerd wordt, levert een bepaalde opbrengst op die het rendement bepaalt. Als wij uitgaan van de voorbeelden van Staatsbosbeheer en de Gemeente Amsterdam, dan zou dat betekenen

dat beide organisaties hun eigendommen zouden verhuren tegen een jaarlijkse huurprijs. De hoogte van de huur zou kunnen fluctueren in relatie tot het fluctueren van de marktrente. Wat daarmee gegenereerd wordt is een redelijk inkomensrendement. Naast dat inkomensrendement is ook sprake van een vermogensrendement, dat evenwel latent is zolang het gebruik van de eigendommen door de huurders voortduurt. Bij het einde van de huurovereenkomsten kan het vermogensrendement gerealiseerd worden. De wetgever heeft rekening gehouden met de positie van de huurder: deze geniet huurbescherming, zowel voor wat betreft de continuïteit van de huurovereenkomst als de hoogte van de huurprijs. In de agrarische wereld is een zelfde patroon te zien: de pachter geniet een grote rechtsbescherming, heeft een continuïteitrecht¹⁷ en er is een wettelijke limitering van de pachtprijs.¹⁸ Ook de erfpachter van agrarische gronden en gebouwen geniet een sterke rechtsbescherming, die gelijk is aan die van de pachter.¹⁹ De prijsbeheersing in deze gevallen heeft als uitgangspunt dat de betrokkene het genot van de onroerende zaak heeft tegen een redelijke tegenprestatie. Bij huur van woningen is die niet direct te kwantificeren, bij pacht van agrarische gronden geldt als norm dat de pacht gerelateerd dient te zijn aan hetgeen op het bedrijf verdiend kan worden.²⁰

Als wij naar de praktijk van Staatsbosbeheer kijken, is het volgende te zien. Staatsbosbeheer geeft gronden in erfpacht uit, meestal voor een periode van dertig jaren.²¹ De aldus gevestigde erfpachters kunnen na afloop van deze termijn worden verlengd, formeel door vestiging van een nieuw erfpachtrecht. Vanaf 2004 geldt als standaard een periode van dertig jaren, waarbij de canon is gebaseerd op de vrije marktwaarde van de grond, niet belast met erfpacht of enig ander beperkt of ander (gebruiks) recht.²² Het canonpercentage wordt berekend door optelling van het marktrentepercentage, het actuele percentage van tienjarige staatsobligaties met een minimum van 2%, het rendementsopslagpercentage, afhankelijk van de aard en het gebruik van het erfpachtrecht, in de praktijk evenwel altijd 1,5%, het beheersopslagpercentage, en vaste opslag voor administratie en beheer van 0,7%, verminderd met het compensatieafslagpercentage, een compensatie voor de erfpachter omdat hij de grondwaardestijging niet

16 Zie noot 2.

17 Artikel 7:369 BW.

18 Artikel 7:327 BW.

19 Althans voor de eerste vijftientig jaren van het erfpachtrecht. Zie artikel 7:403 BW.

20 Dit laatste uitgangspunt heeft tot 1992 gegolden. Vanaf 1992 tot en met 2006 gold een relatie van de pachtnormen met de waarde van de grond. Dit leidde tot dusdanige excessen, dat met het opnemen van de pacht in het BW weer teruggekeerd is naar het oude criterium als basis voor de pachtnormen.

21 De commissie constateert dat er 502 rechten zijn uitgegeven voor een periode van 25 tot en met 30 jaren, 320 voor een periode van 31 tot en met 50 jaren, 64 voor een periode van 51 tot en met 70 jaren, 64 voor een periode van 71 tot en met 100 jaren en 378 voortdurend.

22 Het gaat hier om (her)uitgifs aan de directe gebruikers van de gronden.

kan incasseren, eveneens een vast percentage van 1,5%. Er vindt een jaarlijkse indexering plaats aan de hand van de Consumentenprijsindex en na afloop van perioden van tien jaren wordt de gehanteerde grondprijs geactualiseerd. De Algemene Voorwaarden bepalen dat bij de waardebepaling de volgende omstandigheden geen rol spelen: het feit dat het object in erfpacht is of zal worden gegeven, de duur van de erfpacht, de erfpachtvoorwaarden, de aard of draagkracht van de erfpachter of erfverpachter, de hoogte van een eventuele eerdere of vigerende canon en getaxeerde waarden in eerdere taxatierapporten betreffende hetzelfde object.

De erfpachter heeft bepaald niet het volle gebruik van zijn erfpachtrecht. Hij is gehouden de zaak te gebruiken overeenkomstig de in de akte vermelde bestemming, met inachtneming van de normen van welstand en milieuhygiëne, hij heeft toestemming nodig om gebouwen, werken en beplantingen aan te brengen, te wijzigen of te verwijderen, hij dient de zaak voor eigen rekening te onderhouden, in de akte worden jacht- en visrechten voorbehouden, en moet de uitoefening daarvan door derden gedogen, en hij moet werken ten behoeve van openbare voorzieningen, zoals palen, kabels en leidingen, gedogen, en te allen tijde medewerkers van Staatsbosbeheer ten behoeve van de hen opgedragen taken op de onbebouwde delen van het terrein toelaten. Daarnaast mag de erfpachter het erfpachtrecht zonder toestemming van de regiodirecteur niet overdragen, samenvoegen, splitsen, verhuren, in ondererfpacht uitgeven, of andere beperkte rechten vestigen met uitzondering van hypotheek en vruchtgebruik.

Een belangrijk punt is dat Staatsbosbeheer een voorkeursrecht van koop bedingt. Is de erfpachter voornemens het recht te vervreemden, dan kan Staatsbosbeheer van het voorkeursrecht gebruik maken. Opmerkelijk is de financiële uitwerking daarvan: de koopprijs is de actuele waarde van het *erfpachtrecht*, dus niet de actuele vrije waarde, zoals bij uitgifte. Bij de bepaling van de actuele waarde van het erfpachtrecht wordt bovendien uitgegaan van een geactualiseerde canon, hetgeen prijsdrukkend werkt, zoals de commissie terecht stelt. Over deze aspecten zegt de commissie het volgende:

‘Hoewel de combinatie voorkeursrecht en prijsstelling de indruk wekken dat Staatsbosbeheer zijn monopoliepositie ook daadwerkelijk voor financieel gewin wil gebruiken, kan deze stelling op grond van andere gegevens niet overeind blijven. Zo is het aantal transacties van erfpachtcontracten in het afgelopen decennium jaarlijks vrij constant. En bovendien is de prijsontwikkeling van recreatiewoningen op Terschelling en Ameland in dezelfde periode juist iets achtergebleven bij

de gemiddelde landelijke prijsontwikkeling van recreatiewoningen. Van systematische prijsopdriving lijkt dan ook geen sprake. De gegevens over de prijsontwikkelingen worden hierna nader toegelicht. Op basis van de voorgaande analyse lijkt Staatsbosbeheer, wat betreft de prijsvorming van de recreatiewoningen op de Waddeneilanden, zich dus niet als monopolist te gedragen.

Bij de vaststelling van de canons bij heruitgifte ligt de situatie echter anders. In de huidige taxatie-instructie is namelijk bepaald dat bij de waardebepaling van de grond er uitgegaan wordt van de volle en onbezwaarde eigendom en voorts dat geen rekening gehouden zal worden met de beperkingen van de erfpacht. Het is een marktgegeven dat eigen grond geliefder is dan erfpacht en daarmee de waarde van een perceel in erfpacht ceteris paribus een lagere waarde zal hebben dan een perceel grond dat in eigendom verkregen kan worden.’

Deze conclusie van de commissie wekt voor wat betreft het voorkeursrecht verbazing. Er zou geen sprake zijn van een misbruik door Staatsbosbeheer van zijn economische monopoliepositie, nu de prijzen van recreatiewoningen op Terschelling en Ameland zouden zijn achtergebleven bij die van recreatiewoningen elders in Nederland. Dat lijkt mij een logische ontwikkeling als de potentiële kopers daarvan canons dienen te betalen die op de actuele vrije waarde zijn gebaseerd. Het eventuele misbruik ligt dan ook niet in een mogelijke prijsopdriving, maar juist in een prijspolitiek die tot een lagere waarde leidt, in combinatie met de dubbele standaard die Staatsbosbeheer hanteert. Ik kom op dat aspect nog terug.

Het uitgaan van de vrije marktwaarde als uitgangspunt voor de vaststelling van de canon, is grosso modo te ongenueanceerd: het houdt op geen enkele wijze rekening met de individuele omstandigheden. Voor wat betreft de canon van recreatiewoningen zou kunnen worden uitgegaan van een redelijke vergoeding voor het eigen gebruik door de erfpachter, alsmede een redelijk deel van de door de erfpachter gegenereerde inkomsten uit verhuur van de woning. Ik wijs nogmaals naar het systeem van pachtnormen, waarbij de basis eveneens is het woongenot en de mogelijkheden om op redelijke wijze inkomsten te genereren.

Ten slotte de maatschappelijke positie van de erfverpachter, in dit geval Staatsbosbeheer. Formeel is Staatsbosbeheer sinds 1 januari 1998 een zelfstandig bestuursorgaan, zoals vastgelegd in de Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer.²³ Per die datum werden de onroerende zaken die in gebruik waren bij Staatsbosbeheer formeel aan de verzelfstandigde organisatie om niet overgedragen. Staatsbosbeheer

23 Stb. 1997, 514.

voert op grond van de wet voormalige overheidstaken uit. Hoewel Staatsbosbeheer formeel een zelfstandige rechtspersoon is, dient de organisatie materieel en moreel als onderdeel van de overheid beschouwd te worden. In mijn naschrift bij de reactie van Vonck op mijn eerdere artikel²⁴ heb ik reeds gesteld dat aan de overheid of een aan de overheid gerelateerde en daarmee gelijk te stellen organisatie zwaardere normatieve eisen mogen worden gesteld dan aan een zuiver privaatrechtelijke organisatie. Eén daarvan is dat het de betreffende organisatie niet vrij moet staan als een zuiver privaatrechtelijke marktpartij geld te verdienen aan burgers, zeker niet wanneer die zelfde organisatie een economische monopoliepositie heeft. De norm dient te zijn een maatschappelijk en sociaal verantwoord ondernemen, en geen marktconformiteit.

6. Misbruik?

In de hiervoor aangehaalde overweging van de commissie komt zij tot de conclusie dat Staatsbosbeheer bij de (her)uitgifte van erfpachtrechten misbruik maakt van zijn economische machts- en monopoliepositie, maar bij de toepassing van het voorkeursrecht niet. Voor wat betreft dat laatste lijkt de conclusie van de commissie mij niet houdbaar. Integendeel, het misbruik lijkt mij veel omvangrijker dan de commissie vaststelt.

Ten eerste het hanteren van marktconforme prijzen. Dat betekent dat de hoogte van de canons uiteindelijk worden bepaald door degenen die daarvoor de middelen beschikbaar hebben. Met andere woorden: het is uiteindelijk de economische elite die zich nog kan veroorloven een recreatiewoning te verwerven. Staatsbosbeheer gedraagt zich volledig als een privaatrechtelijke marktpartij. Waartoe een dergelijke opstelling kan leiden, blijkt uit de ontwikkeling van de prijzen van woningen in het algemeen: deze zijn voor iemand met een gemiddeld inkomen, laat staan voor starters, nauwelijks meer te betalen. Een overheid of daarmee vergelijkbare organisatie die een economische monopoliepositie heeft en een dergelijk beleid voert, maakt op ernstige wijze misbruik van zijn positie. Daarbij komt nog het volgende. De commissie heeft er terecht op gewezen dat de periode waarvoor de erfpachten worden uitgegeven dertig jaren beslaat, waarna een nieuw erfpachtrecht dient te worden gevestigd op basis van de dan actuele grondwaarde. Zou men - om de handelwijze van Staatsbosbeheer wat aanschouwelijker te maken - uitgaan van een afgekochte canon, de contante waarde van de periodieke bedragen, dan

zou dat betekenen dat de erfpachter aan het begin van de erfpacht een eenmalige koopprijs betaalt, die vergelijkbaar is met de koopprijs die voor eigendom wordt betaald.²⁵ Hij verkrijgt, nog los van het beperkte beschikkingsrecht, echter geen volledig zakelijk recht, doch een recht voor slechts dertig jaren. Na afloop van die termijn kan hij bij hervestiging van het recht de koopprijs nogmaals betalen, tegen de dan geldende actuele grondwaarde. Op dat moment incasseert Staatsbosbeheer niet alleen de vermogenswinst - een van de doelstellingen van erfpacht - maar opnieuw de totale waarde; de erfpachter betaalt derhalve dubbel. Dat lijkt mij een evidente vorm van misbruik.²⁶

Aansluitend daaraan kan ook het relateren van de canon aan de waarde van de grond op zich als misbruik worden gekwalificeerd. Een normale belegger berekent zijn rendement op basis van het geïnvesteerde vermogen en niet op basis van de actuele waarde van de belegging. Vanzelfsprekend staat het een gemiddelde belegger vrij zijn eigen opvattingen over rendement te hanteren, maar niet als hij een economische monopoliepositie heeft, zoals Staatsbosbeheer.

Een volgend element van misbruik ligt bij de toepassing van het voorkeursrecht. De erfpachter betaalt bij vestiging de volle vrije marktwaarde van de grond, althans de daarvan afgeleide canon. Bij verkoop op basis van het voorkeursrecht ligt de zaak plotseling anders. Staatsbosbeheer vergoedt in dat geval niet de vrije waarde van de grond, doch die van het erfpachtrecht met al zijn beperkingen, inclusief de beperkte duur, en met inachtneming van de op het moment van verkoop geactualiseerde canon. Het is duidelijk - ook de commissie constateert dat - dat een hogere canon leidt tot een lagere waarde van het erfpachtrecht. Het hanteren van een dergelijke dubbele standaard in een economische monopoliepositie kan moeilijk anders worden gezien dan misbruik.

7. Conclusie

De commissie heeft in haar rapport een concrete voorzet gegeven om een aantal misstanden als het gaat om de positie van de erfpachter te elimineren. De commissie is daarin evenwel naar mijn oordeel volstrekt niet ver genoeg gegaan. Dat de opdracht aan de commissie gezien de vraagstelling beperkt was, doet daaraan niet af. Een rechter is bevoegd ambtshalve overwegingen in zijn vonnis op te nemen; de commissie had iets dergelijks kunnen doen.

24 TBR 2009/8, p. 40 e.v..

25 Het is een bekend gegeven dat voor erfpachten, ook van woonhuizen, prijzen worden betaald die vergelijkbaar zijn met wat voor volle eigendom wordt betaald.

26 Ik verwijs naar de eerder aangehaalde Algemene Voorwaarden, waarin expliciet staat dat bij de taxatie geen rekening wordt gehouden met de duur van de erfpacht.

Het is duidelijk dat mijn conclusie op de meeste fronten verder gaat dan die van de commissie, in het bijzonder waar het om de financiële aspecten gaat. Is een aantal beschikkingsbeperkingen van de erfpachter gezien tegen de achtergrond van ruimtelijk en natuurbeschermingsbeleid acceptabel, de financiële escapades van Staatsbosbeheer zijn dat niet. Het is pijnlijk te moeten constateren dat een overheid die niet nalaat de burgers erop te wijzen dat zij zich moeten houden aan normen en waarden, zelf, in dit geval via een aan haar gelieerde organisatie, met

een mentaliteit opereert die vergelijkbaar is met die van het meest notoire hedge fund.

Ik heb al eerder aangegeven dat in geval van erfpacht gezien de maatschappelijke verhoudingen niet meer volstaan kan worden met een systeem van regelend recht. Het is te hopen dat de politiek in ieder geval tot het oordeel zal komen dat dwingend-rechtelijke voorzieningen met betrekking tot duur, continuatierecht en prijsbeheersing, zullen moeten worden gecreëerd.