



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Stedelijke erfpacht bezien vanuit de doorkruisingsproblematiek

Huijgen, W.G.; Verstappen, L.C.A.; Vonck, F.J.

Citation

Huijgen, W. G. (2022). Stedelijke erfpacht bezien vanuit de doorkruisingsproblematiek. In L. C. A. Verstappen & F. J. Vonck (Eds.), *WPNR boekenreeks* (pp. 115-128). Den Haag: Sdu. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3514393>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3514393>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Stedelijke erfpacht gezien vanuit de doorkruisingsproblematiek

1. Inleiding

In juni 2021 is een onderzoeksrapport van bureau Berenschot verschenen inzake de Amsterdamse erfpachtproblematiek. De opdracht tot dit rapport was uitgegaan van de Amsterdamse gemeenteraad. Centraal uitgangspunt van het rapport is de vraag of de Amsterdamse erfpachters sinds de invoering van de nieuwe algemene bepalingen voor uitgifte in erfpacht van 2016/2020 als consumenten wel voldoende beschermd worden. Deze vraagstelling is in die zin beperkt dat met de rechtsfiguur van stedelijke erfpacht meer doelen worden nagestreefd dan consumentenbescherming. De twee hoofddoelen van stedelijke erfpacht zijn vanouds gelegen in het feit dat de stijging van de grondwaarde zou dienen toe te komen aan de gemeenschap (in casu de gemeente) en in de tweede plaats dat overheden (gemeenten) bijzondere bepalingen inzake grondgebruik kunnen kleden in de vorm van erfpachtvoorwaarden. Dit kan bijdragen aan een goede ruimtelijke ontwikkeling van stedelijke gebieden.

Aan mij is de vraag voorgelegd of stedelijke erfpacht nog een zinvolle en te rechtvaardigen rechtsfiguur is in het kader van gemeentelijke gronduitgifte gezien vanuit de doorkruisingsproblematiek. In dat verband komen de geformuleerde vragen vermeld aan het begin van dit themanummer aan bod vanuit de doorkruisingsproblematiek. Mede in het licht van de maximale omvang die mijn bijdrage mag bevatten, heb ik de vorenbedoelde geformuleerde zeven vragen teruggebracht tot drie hoofdvragen. In de eerste plaats rijst de vraag welke doeleinden gemeenten nastreven met stedelijke erfpacht en of die doelen op een andere wijze dan via de rechtsfiguur erfpacht kunnen worden bereikt? In de tweede plaats is er de vraag of stedelijke erfpacht nog van deze tijd is? In de derde plaats rijst de vraag of we van erfpacht af moeten dan wel deze rechtsfiguur juist moet worden behouden?

Hieronder ga ik eerst in op de vraag wat de doorkruisingsproblematiek bij de huidige stand van het (privaat)recht inhoudt en bespreek ik enige actuele ontwikkelingen in dit verband. Daarna zal ik de drie hierboven geformuleerde vragen beantwoorden.

2. De doorkruisingsleer

Hoe zat het ook alweer? Vele decennialang is wat betreft de vraag of de overheid vrij is haar beleid door middel van het publiekrecht dan wel het privaatrecht vorm te geven de zogenaamde twee-wegenleer in de rechtspraak de heersende geweest. Die opvatting komt erop neer dat de overheid in beginsel de mogelijkheid heeft om vrijelijk te kiezen langs welke weg – de publiekrechtelijke dan wel de privaatrechtelijke – zij haar beleid vorm wil geven. Dat was in het verleden ook meer begrijpelijk omdat in Nederland het bestuursrecht maar weinig regelingen kende en in die zin ook weinig mogelijkheden aan de overheid bood. Op het gebied van het ruimtelijk bestuursrecht dat in deze bijdrage relevant is, bestond vóór de Tweede Wereldoorlog slechts de Woningwet (sinds 1901), maar belangrijke wetgeving zoals de Wet op de ruimtelijke ordening, de Huisvestingswet en de Wet voorkeursrecht gemeenten kwamen eerst (ver) na de Tweede Wereldoorlog tot stand. Kortom, lange tijd was voor de overheid slechts de weg van het privaatrecht beschikbaar omdat een publiekrechtelijke route eenvoudigweg niet bestond.

Met de uitgroei van het (ruimtelijk) bestuursrecht nam ook de discussie over de (on)wenselijkheid van de twee-wegenleer toe. De Hoge Raad formuleerde in het Windmillarrest uit 1990¹ een nieuwe principiële regel ter zake van de vraag wanneer het de overheid vrijstaat om in plaats van de publiekrechtelijke weg voor de uitoefening van haar privaatrechtelijke bevoegdheden te kiezen. Het betrof in dat geval de vraag of de Staat van het bedrijf Windmill dat alle publiekrechtelijke vergunningen voor de lozing van afvalwater op de nieuwe Waterweg bezat, in haar hoedanigheid van eigenares van de nieuwe Waterweg ook een geldbedrag kon vragen voor het verlenen van de privaatrechtelijke toestemming voor het lozen van afvalwater. De Hoge Raad overwoog:

“Wanneer de betrokken publiekrechtelijke regeling daarin niet voorziet, is voor de beantwoording van deze vraag beslissend of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Daarbij moet o. m. worden gelet op inhoud en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit haar geschiedenis) en op de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd, een en ander tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht.

¹ HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, NJ 1991/393 m.nt. M. Scheltema.

Van belang is voorts of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, zo zulks het geval is, dit een belangrijke aanwijzing is dat geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg.”

Het is goed om er uitdrukkelijk op te wijzen dat ook voorstanders van de twee-wegenleer er in het verleden op gewezen hebben dat de overheid uiteraard *niet* haar privaatrechtelijke bevoegdheden kon gebruiken indien een publiekrechtelijke regeling dat expliciet verbiedt. Op die situatie slaat de eerste volzin van het hierboven vermelde citaat uit het Windmillarrest. Uit in het verleden ingestelde onderzoeken is echter gebleken dat er in het bestuursrecht maar zeer weinig van die expliciete verboden voor de overheid bestaan om van haar privaatrechtelijke bevoegdheden gebruik te maken.²

Terug naar erfpacht en de doorkruisingsproblematiek. Op grond van het Windmillarrest zou men verwachten dat de overheid (zoals gemeenten) sinds 1990 (veel) minder ruimte kregen om publiekrechtelijk gekleurde gebruiksbepalingen, zoals de bestemming van percelen, alsmede publiekrechtelijke doeleinden, zoals de mogelijkheid van opzegging van erfpacht op gronden ontleend aan het algemeen belang, langs de privaatrechtelijke weg van erfpachtvoorwaarden vorm te geven. Dat blijkt echter niet zo te zijn op grond van het voor deze materie belangrijke Lelystadarrest.³ In dat arrest ging het om de situatie dat Kunst- en Antiekstudio Lelystad BV eigenaar was van een bedrijfsruimte in de gelijknamige gemeente. Toen de Kunst- en Antiekstudio op grond van de vigerende gronduitgiftebedingen (kettingbeding) aan de gemeente toestemming vroeg om die bedrijfsruimte te verhuren aan een Leen Bakker-winkel weigerde de gemeente de toestemming omdat zij aldaar geen detailhandel wenste. Daarop betrok de Kunst- en Antiekstudio de stelling in rechte dat het gronduitgiftebeding dat de toestemming van de gemeente voorschreef om tot verhuur over te gaan in strijd kwam met de Wet op de ruimtelijke ordening en het daarop gebaseerde bestemmingsplan (ofwel: het publiekrecht doorkruiste) en derhalve ongeldig was. De Hoge Raad wees deze stelling af en overwoog onder meer:

² Zie voor zo'n onderzoek: N.S.J. Koeman, *Dient de wet regelen te stellen ten aanzien van bepalingen van publiekrechtelijke aard in privaatrechtelijke overeenkomsten met de overheid?* Preadvies NJV 1980, p. 23 e.v.

³ HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315, NJ 1991/691 m.nt. M.Scheltema.

“Bij deze stand van zaken moet worden aanvaard dat de Wet op de Ruimtelijke Ordening niet in de weg staat aan het opnemen van voorwaarden omtrent grondgebruik in overeenkomsten, ook niet als door of krachtens de voorwaarden in bepaalde gevallen gebruik van de grond wordt beperkt of verboden respectievelijk kan worden beperkt of verboden dat volgens het bestemmingsplan in het algemeen geoorloofd is. Een andere opvatting zou bovendien tot het resultaat leiden dat een algemeen gebruikelijke, reeds tientallen jaren bestaande gemeentelijke praktijk opeens door de rechter als ontoelaatbaar zou worden bestempeld, hetgeen met het oog op de zekerheid omtrent de rechtstoestand van onroerend goed uitermate bezwaarlijk zou zijn. Het ligt dan ook veel meer voor de hand dat de wetgever deze materie regelt, waarbij hij ook aandacht kan besteden aan reeds bestaande voorwaarden.”

Wat betreft de beslissing van de Hoge Raad in het Lelystadarrest springen met name twee punten in het oog. In de eerste plaats gaat onze hoogste rechter zover dat hij expliciet overweegt dat privaatrechtelijke grondgebruiksvoorwaarden (derhalve ook erfpachtvoorwaarden) zelfs zover mogen gaan dat gebruik van de grond soms wordt beperkt of verboden, c.q. kan worden beperkt of verboden, dat volgens het bestemmingsplan in het algemeen geoorloofd is. Dat is een overweging die eigenlijk geheel past in de aloude twee-wegenleer. Verder beslist de Hoge Raad in een overweging die hierboven niet met zoveel woorden is geciteerd dat een grondgebruiker, zoals de Kunst- en Antiekstudio Lelystad BV, het handelen van de overheid – in dat geval het beroep van de gemeente Lelystad op het gronduitgiftebeding waarin de toestemmingseis voor verhuur was neergelegd – door de burgerlijke rechter aan verschillende *privaatrechtelijke* maatstaven kan laten toetsen, zoals de redelijkheid en billijkheid, de afdeling inzake algemene voorwaarden (afd. 6.5.3 BW), de artikelen 6:258, 6:259 en 6:260 alsmede aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die immers via art. 3:14 BW ook op privaatrechtelijk overheidshandelen van toepassing zijn.

Speciaal wat betreft de vraag of *erfpachtvoorwaarden* een onaanvaardbare doorkruising (kunnen) vormen van publiekrecht zijn er nog twee vrij recente beslissingen die laten zien dat de liberale lijn die volgt uit het Lelystadarrest en die in feite aansluit bij de twee-wegenleer nog altijd de heersende is. Ik wijs in dit

verband allereerst op de beslissing van hof Den Haag van 6 januari 2009⁴ waar aan de orde was de vraag of de gemeente Rotterdam als erfverpachter de weigering van de toestemming tot het in twee zelfstandige delen splitsen van een perceel erfpacht als bedoeld in art. 5:91 lid 2 BW ook mocht baseren op het argument dat zij versnippering van percelen in het industriegebied 'Spaanse polder' niet wenste, mede omdat een nieuw bestemmingsplan voor dat gebied in voorbereiding was. Hof Den Haag oordeelde met zoveel woorden dat de gemeente de toestemming niet zonder redelijke grond als bedoeld in art. 5:91 lid 4 had geweigerd omdat de Wet op de ruimtelijke ordening er niet aan in de weg staat dat voorwaarden omtrent grondgebruik – in casu in de erfpachtvoorwaarden – worden opgenomen waarin het gebruik van de grond wordt beperkt of verboden dat volgens het geldende bestemmingsplan geoorloofd is. Kortom, er was geen sprake van een ontoelaatbare doorkruising van de wet op de ruimtelijke ordening of enige lagere daarop gebaseerde regeling.

Een laatste arrest dat relevant is voor de vraag of erfpachtvoorwaarden al snel een onaanvaardbare doorkruising van publiekrecht betekenen betreft de beslissing van de Hoge Raad van 31 oktober 2014.⁵ In dit geval ging het om opstalrechten gevestigd door het hoogheemraadschap Rijnland waarin de – ook bij erfpacht veel voorkomende – bepaling voorkwam dat het hoogheemraadschap de opstalrechten kon opzeggen op grond van het algemeen belang. In feite gaat het bij dat soort bepalingen om een regeling van pseudo-onteigening die ervoor kan zorgen dat de grondeigenaar sneller over de onbezwaarde grond kan beschikken omdat hij niet de van veel procedurele waarborgen voorziene – en daarmee omslachtige – route van art. 4 van de Onteigeningswet behoeft te volgen.⁶ Vrijwel altijd bepalen de erfpachtvoorwaarden van de grote steden die vergelijkbare gronden voor opzegging van het erfpachtrecht bevatten, dat aan de erfpachter dan een schadevergoeding moet worden betaald die volgens dezelfde regels zal worden berekend als volgens de bepalingen van de Onteigeningswet het geval zou zijn. Dat was in casu echter niet het geval omdat in de opstalvoorwaarden was opgenomen dat (slechts) een vergoeding voor de

⁴ Hof Den Haag, 6 januari 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH3564, *NJF* 2009/63.

⁵ HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, *NJ* 2015/13.

⁶ Op grond van art. 4 lid 1 van de Onteigeningswet bestaat de mogelijkheid om wanneer op een onroerende zaak die toebehoort aan de onteigenende partij (bijvoorbeeld een gemeente), een recht van opstal, erfpacht, vruchtgebruik, gebruik, bewoning, beklemming of huurkoop rust, dat recht afzonderlijk te onteigenen.

aanwezige gebouwen, werken en beplantingen als bedoeld in art. 5:105 lid 3 jo 5: 99 BW door de erfverpachter aan de erfpachter diende te worden betaald. De Hoge Raad overwoog desondanks ter zake van de vraag of de in de opstalvoorwaarden opgenomen opzeggingsmogelijkheid op gronden ontleend aan het algemeen belang, waarbij de opstaller zelfs minder zekerheid had dat hij een schadevergoeding zou krijgen zoals bij onteigening het geval is, geen sprake was van een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht (in casu: de Onteigeningswet) als volgt:

“Ook dit onderdeel is ongegrond. In het voor de erfpacht geschreven art. 5:87 lid 3 BW, dat op grond van art. 5:104 lid 2 BW ook geldt voor het recht van opstal, voorziet de wet uitdrukkelijk in de mogelijkheid van opzegging door de grondeigenaar; de bevoegdheid daartoe kan worden opgenomen in de akte van vestiging. Bij de parlementaire behandeling van deze bepalingen is onder ogen gezien dat de grondeigendom bij erfpacht- en opstalrechten vaak in handen is van de overheid, dat bij de vestiging van erfpacht- en opstalrechten in de regel door de overheid opgestelde algemene voorwaarden worden gehanteerd en dat de bevoegdheid tot opzegging, waarin deze bepalingen voorzien, in die voorwaarden kan worden opgenomen (Parl.Gesch. Boek 5, p. 306 en 335, en Parl. Gesch. Boek 5 (inv. 3, 5 en 6), p. 1061 - 1071). Daarbij is geen aanleiding gevonden voor een bijzondere regeling met betrekking tot het geval dat de overheid het recht van erfpacht of opstal wenst op te zeggen in het algemeen belang of voor gebruik ten algemene nutte. Hieruit volgt dat naar de bedoeling van de wetgever de mogelijkheid tot onteigening van een recht van erfpacht of opstal op grond van artikel 4 onteigeningswet niet in de weg staat aan de mogelijkheid van opzegging van dat recht door de overheid als grondeigenaar. (...).

Voor het aannemen van die doorkruising bestaat ook anderszins geen grond. Art. 5:99 BW, dat op grond van art. 5:105 lid 3 BW ook geldt voor het opstalrecht, geeft bij het einde van het recht van erfpacht en opstal aanspraak op volledige vergoeding van de waarde van de aangebrachte gebouwen, werken en beplantingen. Onder omstandigheden kan ook aanspraak bestaan op vergoeding van (andere) schade. Dat die laatste aanspraak, anders dan bij onteigening, niet steeds (met zekerheid vooraf) bestaat voor al het nadeel door de beëindiging van het erfpacht- of opstalrecht (...), komt door het feit dat de grondeigenaar zich op grond van de art. 5:87 lid 3 en 5:104 lid 2 BW de bevoegdheid tot opzegging mag

voorbehouden, en dat in verband daarmee sommige gevolgen van de uitoefening van die bevoegdheid soms voor eigen rekening van de erfpachter of de houder van het opstalrecht kunnen blijven.”

Naar aanleiding van deze laatste overweging van de Hoge Raad nog een tweetal opmerkingen die in het bijzonder relevant zijn voor de vraag of er nu juist bij erfpacht (en opstal) wel of niet snel sprake zal zijn van erfpachtvoorwaarden die een doorkruising opleveren van publiekrechtelijke regelingen. Dat lijkt op grond van de hier weergegeven overwegingen van ons hoogste rechtscollege niet spoedig aan de orde te zijn. In zekere zin laconiek constateert de Hoge Raad eerst dat een erfverpachter – ook indien het een overheidslichaam betreft – op grond van art. 5:87 lid 3 BW extra mogelijkheden tot opzegging kan bedingen. Ik zou willen aanvullen dat op grond van de flexibiliteit van de wettelijke regeling van het erfpachtrecht de overheid als erfverpachter vele extra bevoegdheden – zoals extra toestemmingseisen ten aanzien van bepaalde rechtshandelingen door de erfpachter mede in het licht van art. 5:91 BW – kan bedingen. Daarnaast kan de overheid door de flexibele wettelijke regeling het recht van de erfpachter – bij voorbeeld wat betreft zijn genot van de zaak, de bestemming ervan alsook de mogelijkheden tot het in ondererfpacht uitgeven en verhuren/verpachten ervan⁷ – fors beperken ten opzichte van de regeling zoals die in beginsel op grond van de wet luidt door middel van zogenaamde insnoerende bepalingen in de erfpachtvoorwaarden. Daarbij komt ook nog eens – en de Hoge Raad wijst daar ook expliciet op – dat in de parlementaire geschiedenis van de wettelijke regeling van het erfpachtrecht tal van passages voorkomen waaruit met zoveel woorden blijkt dat de wetgever oog had voor de speciale positie van de overheid als erfverpachter en haar nogal ruim baan heeft willen geven om haar publieke doelen (ook) via het erfpachtrecht te verwezenlijken. We zullen daar hierna nog een concreet voorbeeld van zien dat relevant is voor de beantwoording van zeer recent gerezen dan wel nog te rijzen rechtsvragen.

3. Actuele ontwikkelingen

⁷ Men zie in dit verband achtereenvolgens de artikelen 5: 89 lid 1 en lid 2 BW, 5: 93 lid 1 BW en 5: 94 lid 1 BW.

Met name in de grote steden van ons land is er inmiddels sprake van exorbitante prijsstijgingen van koopwoningen en ook een sterke stijging van de huurprijs voor zover het betreft geliberaliseerde huur.⁸ Met name groepen bewoners die voor het functioneren van een stad van levensbelang zijn, zoals leraren, politie-ambtenaren en verplegenden, kunnen geen koop- of huurwoning meer krijgen mede omdat zij vaak te veel verdienen voor niet geliberaliseerde huur waarvoor een toeslag kan worden genoten.

De gemeente Amsterdam, die de grootste erfpachtgemeente van Nederland is, wil het instrument van erfpacht inzetten om het areaal aan zogenaamde 'middeldure huurwoningen', d.w.z. huurwoningen waarvan de huurprijs ligt tussen de liberalisatiegrens en een prijspeil van (per 2020) € 1027,-, zo ver mogelijk op te rekken zodat de bovenbedoelde beroepsgroepen een voor hen betaalbare huurwoning kunnen vinden. In verband daarmee is in een brochure van de gemeente Amsterdam, getiteld: De grondprijsbepaling voor nieuwe erfpachtrechten 2020 een aantal beleidsregels opgenomen voor: eeuwigdurende middeldure huur. In die beleidsregels is – voor zover voor de onderhavige doorkruisingsproblematiek relevant – onder meer bepaald dat:

“Eeuwigdurende middeldure huur wordt een aparte erfpachtbestemming in de erfpachtvoorwaarden en de voorwaarden zijn eeuwigdurend van toepassing. Deze voorwaarden zijn voor marktpartijen en corporaties identiek. Dit betekent aldus verder voor eeuwigdurende middeldure huur dat de AB 2016 (Algemene bepalingen voor uitgifte in erfpacht gemeente Amsterdam 2016) voor alle partijen gelden. Voor de huren gelden dat deze steeds zullen liggen tussen de liberalisatiegrens en prijspeil 2020 € 1027,-. De bovengrens wordt jaarlijks per 1 januari geïndexeerd overeenkomstig de jaarmutatatie van de consumentenprijsindex reeks alle huishoudens van het CBS.”

Kortom, de gemeente Amsterdam gaat huurprijsbeleid voeren voor geliberaliseerde gebieden op grond van bestemmingsbepalingen in erfpachtvoorwaarden, terwijl deze materie in beginsel gereguleerd wordt via het

⁸ De grens voor geliberaliseerde huurprijzen lag in 2020 boven een bedrag van € 737,14 en in 2021 boven een bedrag van € 752,33.

huurrecht, met name art. 7:246 - 7:265 BW en de Uitvoeringswet huurprijzen woonruimte. De vraag rijst of hier geen sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van de huurprijsregulering in het BW en de daarmee samenhangende Uitvoeringswet huurprijzen woonruimte. Ik plaats daarbij de kanttekening dat deze doorkruisingsvraag in zoverre afwijkend is dat hier niet zozeer bestuursrechtelijke regelgeving zou worden doorkruist, als wel meer sociaal - economische ordeningswetgeving.

Alvorens voormelde vraag te beantwoorden wijs ik op een tweede doorkruisingsprobleem nu op 1 januari 2022 de 'Wet opkoopbescherming en verruiming tijdelijke verhuur' die leidt tot het invoegen van een reeks artikelen in de Huisvestingswet (artt. 39 t/m 45) in werking is getreden.⁹ Op grond van de vermelde bepalingen uit de Huisvestingswet zal een verkrijger van een nieuw verworven woning, indien deze behoort tot de zgn. goedkope of middeldure koopwoningen, deze niet meer kunnen verhuren zonder vergunning van de gemeente. Kortom, voor de hier bedoelde categorie van koopwoningen geldt dan een zelfbewoningsplicht zodat deze in de praktijk niet meer door beleggers zullen worden gekocht en tegen veelal forse prijzen verhuurd.

Ook wat betreft de zelfbewoningsplicht loopt de gemeente Amsterdam in zekere zin voorop want sinds 8 juli 2020 heeft die gemeente al de volgende beleidsregel van het college van B en W voor nieuwbouw koopwoningen voor eigenaar-bewoners in werking doen treden:

"Artikel

1

Het tegengaan van de verhuur van nieuwbouw koopwoningen wordt juridisch mogelijk gemaakt door een algeheel verbod op verhuur op te nemen in de bijzondere bepalingen van het erfpachtrecht en dit heeft een werking voor onbepaalde tijd."

Ook hier rijst de vraag of het afdwingen van een zelfbewoningsplicht door erfpachters sinds 1 januari 2022 geen onaanvaardbare doorkruising van de deels vernieuwde Huisvestingswet oplevert.

Zowel wat betreft de vraag of het vormgeven van het bovengeschetste huurprijsbeleid door de gemeente Amsterdam via erfpachtvoorwaarden mogelijk

⁹ Zie daarover W.G. Huijgen in JBN 2021/20.

is, als de vraag inzake het afdwingen van een zelfbewoningsplicht van nieuwbouw koopwoningen op grond van een algeheel verhuurverbod in de erfpachtbepalingen, leidt de hierboven sub 2 besproken jurisprudentie ons tot het antwoord. Allereerst verdient opmerking dat er noch in het huurrecht en de mede van toepassing zijnde Uitvoeringswet huurprijzenwet woonruimte noch in de Huisvestingswet een expliciet verbod is opgenomen om het huurprijsbeleid respectievelijk de zelfbewoningsplicht voor eigenaren van woningen langs de privaatrechtelijke weg van erfpacht vorm te geven. Voorts kan in lijn met het arrest van de Hoge Raad van 31 oktober 2014¹⁰ erop gewezen worden dat een erfverpachter, ongetwijfeld ook als dat een overheidslichaam is, op grond van het bepaalde in art. 5:89 lid 2 BW een (bijzondere) bestemming aan de in erfpacht uitgegeven zaak kan geven waarmee de erfpachter vervolgens niet in strijd mag handelen.

Wat betreft de zelfbewoningsplicht voor erfpachters van nieuwbouw woningen kan de gemeente als erfverpachter op grond van art. 5:94 lid 1 BW een algeheel verhuurverbod opnemen. Dit geldt temeer nu de gemeente Amsterdam op de zelfbewoningsplicht in haar genoemde Beleidsregel van 2020 in artikel 4 en 5 ook een aantal uitzonderingen heeft geformuleerd, zoals – in artikel 5 - verhuur aan een familielid in de eerste graad en bijvoorbeeld ook bij verhuur van de woning voor een huurprijs die niet boven de grens van middeldure huur uitkomt. Bij het vorenstaande verdient opmerking dat ook uit de parlementaire geschiedenis van art. 5:94 BW met zoveel woorden blijkt dat de gemeente als erfverpachter het nastreven van bepaalde publieke doelen aan het uitsluiten of beperken van de mogelijkheid tot verhuur door een erfpachter ten grondslag mag leggen. Vanuit gemeentekringen is destijds bij de totstandkoming van art. 5:94 lid 1 BW naar voren gebracht dat een verhuurverbod of beperking van de mogelijkheid van verhuur van belang kon zijn met het oog op sanering (van binnensteden) of kernverbetering. Expliciet is toen vanuit de regering aangegeven dat – mede gelet op de van gemeentewege genoemde voorbeelden van bepaalde publieke doelstellingen – zij het niet eens was met de opvatting vanuit het notariaat dat art. 5:94 lid 1 BW beter kon vervallen.¹¹

¹⁰ HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, NJ 2015/13.

¹¹ Zie over het vorenstaande Parl. Gesch. BW Boek 5 1981, p. 317 t/m 319.

In aansluiting op het bovenstaande kan men zich nog afvragen of de gemeente Amsterdam zowel met het opnemen van de bijzondere erfpachtbestemming inzake middeldure huur als met de zogenaamde zelfbewoningsplicht in erfpachtakten (verbod van verhuur) het bepaalde in art. 4 Huisvestingswet niet doorkruist. In laatstgenoemd wetsartikel is immers bepaald dat de gemeenteraad *uitsluitend bij verordening* voor de duur van ten hoogste vier jaar regels kan geven inzake het in gebruik nemen of geven van woonruimte. In aanvulling hierop bepaalt art. 7 lid 1 van de Huisvestingswet dat de gemeenteraad in de Huisvestingsverordening categorieën woonruimte kan aanwijzen die niet zonder huisvestingsvergunning in gebruik kunnen worden genomen of gegeven. Op grond van art. 2.1.1. van de Huisvestingsverordening van de gemeente Amsterdam betreft dat in beginsel woonruimte met een huurprijs of huurwaarde onder de liberalisatiegrens, ofwel de goedkope woonruimte. In die categorie moet de woonruimteverdeling langs de publiekrechtelijke weg van een huisvestingsvergunningstelsel vorm worden gegeven. Amsterdam richt zich met het hierboven vermelde erfpachtbeleid op het duurdere segment van de middeldure huur boven de liberalisatiegrens en doorkruist daarmee in beginsel niet de publiekrechtelijke weg van de Huisvestingswet en de daarop gebaseerde Huisvestingsverordening.¹²Iets vergelijkbaars geldt wat betreft de zelfbewoningsplicht. Weliswaar legt de beleidsregel uit 2020 die plicht in beginsel bij alle nieuwbouwwoningen op erfpacht op (art.1), maar in art 5 sub c van de beleidsregel wordt vervolgens de verhuur die *onder* de grens van middeldure huur blijft, uitgezonderd. Regulering van verhuur in dat laatste segment zal derhalve via het huisvestingsvergunningstelsel moeten lopen.

Ook los van hetgeen in de vorige alinea over de mogelijke doorkruising van art. 4 van de Huisvestingswet is opgemerkt, is met het voormelde erfpachtbeleid van de gemeente Amsterdam geen sprake van een doorkruising van die Huisvestingswet. Immers, zowel in de jurisprudentie¹³ als in de parlementaire geschiedenis van de Huisvestingswet¹⁴ is steeds de constante lijn geweest dat privaatrechtelijke anti-

¹² Blijkens art. 2.1.1. van de Huisvestingsverordening van de gemeente Amsterdam worden uiteindelijk alle woonruimten met – kort gezegd – de aparte erfpachtbestemming inzake eeuwigdurende middeldure huur in beginsel ook onder het bereik van die verordening gebracht. Daarmee zullen percelen met deze bijzondere privaatrechtelijke bestemming ook langs publiekrechtelijke weg kunnen worden ‘aangestuurd’.

¹³ HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8946, NJ 2006/445 m.nt. M.R. Mok alsmede HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6730, NJ 2012/533.

¹⁴ Kamerstukken I 2013/14, 32271, C, p.19 (MvA).

speculatiebedingen die tot doel hebben onredelijke opdrijving van koop- en huurprijzen tegen te gaan geen ongeoorloofde doorkruising van het publiekrecht opleveren. Dat ligt echter anders wat betreft het opnemen van privaatrechtelijke bedingen – zoals erfpachtvoorwaarden – die *bindingseisen* gaan stellen aan (toekomstige) bewoners. Bij dergelijke bindingseisen moet men denken aan bepalingen die ertoe strekken dat een koper of huurder van een woning economisch of maatschappelijk gebonden moet zijn aan de desbetreffende gemeente. Het grondrecht op vrije vestiging van burgers, zoals bijvoorbeeld vastgelegd in art. 2 van het vierde protocol bij het EVRM en art. 12 lid 1 IVBPR, mag slechts in bescheiden mate en uitsluitend krachtens bij de wet voorziene wijze worden beperkt. Daarom kan daartoe slechts de publiekrechtelijke weg van een huisvestingvergunningensysteem gebaseerd op de Huisvestingswet worden gevolgd. Dat ligt voor al hetgeen anti-speculatiebedingen betreft geheel anders. Ook de privaatrechtelijke route ligt daarvoor open, zeker als de overheid – zoals in Amsterdam – ook rekening houdt met de mogelijkheid van uitzonderingen op door haar geformuleerde beleidsregels. Bij het vorenstaande is nog van belang dat de Hoge Raad recent besliste dat een privaatrechtelijk vormgegeven zelfbewoningsplicht als vorm van een anti-speculatiebeding moet worden beschouwd.¹⁵

4. Beantwoording van de gestelde vragen

Na het vorenstaande kan de beantwoording van de sub 1 gestelde vragen kort blijven. Allereerst moge worden vastgesteld dat het doel dat gemeenten met stedelijke erfpacht nastreven vanouds tweeledig was. Van oorsprong vond erfpachtuitgifte plaats vanuit de gedachte dat de stijging van de grondprijzen – juist in sterk verstedelijkte gebieden – aan de gemeenschap behoorde toe te komen. Dat beleidsdoel kwam in deze bijdrage niet aan de orde omdat het mijn opdracht was te schrijven over (de toekomst van) erfpacht vanuit de doorkruisingsvragen.

Die doorkruisingsproblematiek vindt zijn oorsprong in het tweede doel dat gemeenten met erfpacht nastreven, te weten het realiseren van een goede ruimtelijke ontwikkeling door – naast gebruikmaking van bestuursrechtelijke regelgeving – tevens het instrument van erfpachtvoorwaarden te gebruiken omdat

¹⁵ HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:257, NJ 2021/186 m.nt. HJS.

dit soms al kan worden ingezet voordat er publiekrechtelijke regelgeving is (zie hierboven sub 3 inzake de zelfbewoningsplicht) en vaak ook fijnmaziger (bijvoorbeeld per perceel) kan worden ingezet dan het bestuursrechtelijk instrumentarium. Gelet op zowel de wettelijke regeling van het erfpachtrecht als zijn parlementaire geschiedenis, alsmede gezien de jurisprudentie die mede op grond daarvan is ontstaan, bestaat daartegen geen enkel bezwaar. Ook is het via erfpacht mogelijk resultaten te bereiken - bijvoorbeeld de hiervoor sub 2 beschreven pseudo-onteigening – die niet op andere wijze te realiseren zijn. Ik moge er daarbij aan herinneren dat in voorkomende gevallen de erfpachter wat betreft zijn rechtsbescherming niet met lege handen staat omdat hij tegen een beroep van de gemeente op bepaalde door haar opgestelde erfpachtvoorwaarden kan opkomen op basis van de vele mogelijke wettelijke grondslagen die de Hoge Raad vermeldt in het Lelystadarrest en die door mij hierboven sub 2 kort zijn weergegeven.

Met het vorenstaande is in feite ook het antwoord op de resterende vragen grotendeels gegeven. Voor grote steden met een (zeer) dynamische ontwikkeling (al dan niet in bepaalde gebieden) blijft de uitgifte in erfpacht een zinvol instrument van gronduitgifte. Zoals gezegd kan een gemeente langs die weg vroegtijdig en fijnmazig sturen door middel van grondgebruiksbepalingen in de ruimste zin van het woord. In die zin is erfpacht nog van deze tijd. Erfpacht is bovendien flexibel genoeg om ook in de toekomst te worden ingezet bij nieuwe sociaal-economische ontwikkelingen. Dit is recent bewezen in Amsterdam waar erfpacht zowel voor sociaal huurprijsbeleid als bij het vroegtijdig afdwingen van een zelfbewoningsplicht kon worden ingezet. We moeten erfpacht echter niet verder inzetten dan in groot-stedelijke gebieden of dynamische stadsdelen die daarvoor in aanmerking komen want veel van de bijzondere bepalingen die gemeenten aan particuliere eigenaren soms willen opleggen, kunnen ook worden vormgegeven langs de weg van erfdiensbaarheden, kwalitatieve verplichtingen en kettingbedingen. Maar erfpacht kan een mooie aanvulling daarop zijn gezien de flexibiliteit van de wettelijke regeling, mede blijkens de parlementaire geschiedenis ervan en de jurisprudentie die op basis daarvan is ontstaan.

W.G. Huijgen

