

MEDEDELING VERTROUWELIJK



Adviescommissie 27 maart 2017
Dagelijks bestuur 13 april 2017
Algemeen bestuur 18 mei 2017 **BESLOTEN GEDEELTE**

agendapunt 13 a

Bijlage Notitie Pot Jonker Advocaten (P.F.P. Nabben) 12 februari 017

SPW VOORTGANG CANONHERZIENING WOONBOTEN LIEOEVER

Een update van het proces om te komen tot canonherziening met de ondererfpachters (eigenaren woonboten) aan de Lieoever in Haarlem.

Het algemeen bestuur besluit kennis te nemen van de mededeling

Het recreatieschap is sinds december 2013 in gesprek met de Belangenvereniging Arkbewoners Lieoever (BAL) over de hoogte en wijze waarop een marktconforme canon wordt bepaald. De BAL heeft diverse keren ingesproken in vergaderingen van het algemeen bestuur.

Op 23 september 2015 heeft het bestuur de toen voorgestelde oplossingsrichting voor bepaling van de canon omarmd. Deze gaat uit van de methodiek van Staatsbosbeheer, die gebruik maakt van de WOZ-waardering. In de daaropvolgende gesprekken over de uitwerking van de methodiek is duidelijk geworden dat beide partijen de waardering van de ligplaats verschillend toepassen.

De BAL is van mening dat de WOZ-methode normatief moet worden toegepast. Met andere woorden: de waarderingsgrondslag in de WOZ-aanslag van de gemeente is maatgevend. Echter, hierin komt alleen de waarde van de tuin tot uitdrukking.

RNH is van mening dat het hele ondererfpachtrecht gewaardeerd moet worden vanuit het gebruiksrecht van ligplaats én tuin. De grootste waarde van het zakelijk recht zit in het gebruiksrecht voor de ligplaats. De WOZ-waarderingsgrondslag houdt geen rekening met de werkelijke waarde van de ligplaats.

Ondanks de gerezen verschillen van inzicht heeft het bestuur RNH opgedragen om te komen tot een door beide partijen gedragen voorstel. In december 2016 is door de BAL een concept vaststellingsovereenkomst opgemaakt. Doel hiervan was om vast te leggen waarover partijen het eens en waarover zij het nog niet eens zijn. Gelet op de inhoud van dit stuk en de juridische implicaties is dit document ter beoordeling voorgelegd aan een deskundig erfpacht jurist van Pot Jonker. Zijn notitie als eerste reactie op de concept overeenkomst is als bijlage toegevoegd aan deze mededeling.

Aansluitend is nu de afspraak gemaakt dat partijen zo mogelijk gezamenlijk een taxatieopdracht geven aan een onafhankelijke deskundige. Op basis van de uitkomst zullen partijen tot een finale afweging komen en zal een (gezamenlijk) voorstel aan het bestuur van Spaarnwoude worden voorgelegd. Daarmee willen partijen tot een afronding van dit langlopende proces komen.

Toelichting RNH

Toepassing van de lijn die de BAL voorstaat leidt (gemiddeld) tot een halvering van de bestaande canon. RNH ziet hierin geen rechtvaardiging in relatie tot de marktconforme waardering van het *zakelijk* recht.

Navraag bij Staatsbosbeheer leert dat hun waarderingsmethodiek niet bedoeld is voor ligplaatsen van woonboten. Sterker nog, evenals vele andere organisaties verhuren zij in voorkomende gevallen ligplaatsen met gebruikmaking van gestandaardiseerde tarieven. Doorgaans wordt aangesloten bij de tarieven van het Rijksvastgoedbedrijf.

De waarde van de ligplaats komt ook in huurcontracten tot uiting. De meeste overheden en organisaties als Rijksvastgoedbedrijf, provincies, gemeenten, hoogheemraadschappen en Staatsbosbeheer maken gebruik van huurovereenkomsten om het gebruiksrecht van ligplaatsen voor woonboten aan derden te geven. Deze referenties maken gebruik van een prijsniveau dat varieert van € 10,- tot € 25,- per m² per jaar voor de ligplaats. Dit is (gemiddeld) beduidend hoger dan de huidige canonbedragen die met het recreatieschap zijn overeengekomen.

De meeste organisaties die ligplaatsen voor woonboten verhuren sluiten in hun tarieven aan bij 'wonen op het land'.

Tarieven Rijksvastgoedbedrijf 2017

Woonschepen, permanente bewoning

gebruik water **tarief/vergoeding**
2017 (excl. btw)

Basis	€ 9,78	prijs per jaar/m ² wateroppervlak	locatie die beperkingen (zoals geluid- en/of stankoverlast, visuele hinder of een andere vorm van overlast) kent.
Verhoogd tarief	€ 13,60	incl. veranda's, steigers, loopplanken etc. die	locatie die geen beperkingen kent en geen toegevoegde kwaliteit (landschappelijk en/of stedelijk) heeft.
Verhoogd+ tarief	€ 17,40	direct dienstbaar zijn aan de woonfunctie	locatie waarbij geen sprake is van enige vorm van overlast, maar die een toegevoegde kwaliteit (landschappelijk en/of stedelijk) heeft.

gebruik oever

Basis	€ 3,82	per jaar/m ²	locatie die beperkingen (zoals geluid- en/of stankoverlast, visuele hinder of een andere vorm van overlast) kent.
Verhoogd tarief	€ 5,31	per jaar/m ²	locatie die geen beperkingen kent en geen toegevoegde kwaliteit (landschappelijk en/of stedelijk) heeft.
Verhoogd+ tarief	€ 6,76	per jaar/m ²	locatie waarbij geen sprake is van enige vorm van overlast, maar die een toegevoegde kwaliteit (landschappelijk en/of stedelijk) heeft.

Tarieven huur ligplaats provinciale wateren Noord-Holland

Huursom categorieën:

- Categorie 1: Amsterdam en Amstel; € 15,- per m²
- Categorie 2: Overig Binnen stedelijk; € 12,50 per m²
- Categorie 3: Buiten stedelijk; € 10,- per m²

Transacties woonboten Lievever (Haarlem)

De verhandelbaarheid van de woonboten staat als gevolg van de regels rond financiering (erfpacht) de laatste jaren onder druk. Daar staat tegenover dat circa 25% van de woonboten in de afgelopen 3½ jaar van eigenaar is gewisseld. Het volgende overzicht geeft een indruk van de transacties en de bedragen die ermee gemoeid zijn:

<i>jaar</i>	<i>koopsom</i>		
2014	€ 290.000	2016	€ 434.000
	€ 235.000		€ 192.500
2015	€ 165.000		€ 175.000
	€ 165.000	2017	€ 347.500
2016	€ 360.000		€ 180.000
	€ 360.000		

Vervolg

- Opstellen taxatieopdracht en taxatie door onafhankelijk deskundige
- Afwegingen, conclusies
- Finaal voorstel voor bestuur

NOTITIE

Aan : Michael Omvlee
Van : P.F.P. Nabben
Dossiernaam : Spaarnwoude / ondererfpacht Arkbewoners Lioeover
Onze ref. : D102989
Datum : 12 februari 2017

Vraagstelling

1. Recreatieschap Spaarnwoude (SPW) is al geruime tijd in gesprek met de Belangenvereniging voor Arkbewoners Lioeover/Liewegje (BAL). Onderwerp van gesprek is met name de hoogte van de canon, de wijze waarop die wordt vastgesteld en eventuele andere wijzigingen in de ondererfpacht. In het bijzonder is aan mij een concept vaststellingsovereenkomst ter beoordeling voorgelegd. Het is een voor SPW nieuw document dat is opgesteld door mr. Otto Koppen verbonden aan NivE, die optreedt namens de BAL, een belangenvereniging van de ondererfpachters van de betreffende woonbootlocaties in Haarlem.
2. Omdat de concept vaststellingsovereenkomst zeer uitgebreid is, kan ik volstaan met een beoordeling van de vaststellingsovereenkomst en waar nodig een aantal specifieke onderwerpen nader toelichten.

Conclusie

3. De conclusie is kort en helder, namelijk dat SPW deze vaststellingsovereenkomst niet zou moeten aangaan en ook niet als uitgangspunt zou moeten nemen voor het verdere overleg. Er is een veelheid aan argumenten voor deze conclusie. Het ene argument draagt meer bij aan de conclusie dan de andere, maar zeker in onderlinge samenhang bezien kan over de conclusie naar mijn overtuiging geen twijfel bestaan.

Toelichting algemeen

4. Een vaststellingsovereenkomst heeft in juridisch opzicht een hoge status. Vergissingen, fouten of zelfs afspraken die in strijd zijn met dwingend recht blijven doorgaans in stand als die zijn vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst (art.7:902 BW. En recent ook: HR 6 januari 2017 ECLI:NL:HR:2017:19). De status van een vaststellingsovereenkomst brengt ook met zich dat die niet zomaar kan worden ontbonden in geval van wanprestatie. Anders dan bij gewone overeenkomsten, moet er voor ontbinding een rechter aan te pas komen, die bovendien niet snel tot ontbinding zal overgaan (art.7:905 BW). Kortom: het aangaan van een vaststellingsovereenkomst vereist goede overdenking.
5. In het onderhavige geval is naar mijn mening echter al snel duidelijk dat SPW de overeenkomst niet moet aangaan, en – als gezegd – ook niet als uitgangspunt moet nemen voor verder overleg. Ik noem daarvoor een – niet limitatief bedoelde – reeks argumenten die ik hierna nader toelicht.

Toelichting puntsgewijs

Afspraken vastleggen met de ondererfpachters zelf

6. Het sluiten van een overeenkomst met een belangenvereniging is niet aan te raden als het gaat om het vastleggen van afspraken in een goederenrechtelijke relatie zoals een ondererpacht. Om de afspraken een goederenrechtelijk effect te geven, moet immers toch weer voor alle ondererfpachters een notariële akte worden opgemaakt met de afzonderlijke ondererfpachters. Dat is een wettelijk vereiste voor de geldigheid van ondererfpachtvoorwaarden en van wijzigingen in die voorwaarden (art.3:89j° 3:98 BW).
7. Bovendien veronderstelt een overeenkomst met een belangenvereniging dat die vereniging bevoegd is de erfpachters te vertegenwoordigen bij het aangaan van overeenkomsten en daarvan is vooralsnog niet gebleken. De BAL is weliswaar een ingeschreven vereniging, maar daarmee is nog niet gezegd dat zij haar leden kan vertegenwoordigen bij het wijzigen van een ondererfpachtrecht. Als niet alle ondererfpachters lid zijn (is dat zo?) geldt dat uiteraard zeker ook voor niet-leden.
8. BAL kan onder omstandigheden wel een rol spelen in het overleg met de ondererfpachters, maar de afspraken dienen te worden vastgelegd met de ondererfpachters zelf. Bovendien moet vastgesteld worden dat de BAL voldoende aangesloten belangenhebbenden heeft en de belangen van de ondererfpachters voldoende zijn gewaarborgd (geen eigen commercieel oogmerk). Soms kan een belangenvereniging een collectieve actie instellen als bedoeld in art. 3:305a BW, maar die uitspraak is niet bindend voor de belanghebbende zelf. Ook daarom verdient het de voorkeur afspraken over de ondererpacht vast te leggen met de ondererfpachters zelf.

Vorm en inhoud van de concept vaststellingsovereenkomst zijn hoogst ongebruikelijk

9. Een volgende reden om deze overeenkomst niet aan te gaan, en ook niet te gebruiken als uitgangspunt voor verder overleg, is de hoogst ongebruikelijke vorm en inhoud. Er worden integraal wetsteksten geciteerd. Sommige opmerkingen zijn overbodig en staan ook niet ter discussie. Op andere onderdelen worden feiten beschreven die door SPW niet worden erkend. Ook worden t.a.v. de WOZ-waarde uitspraken gedaan die niet ter beoordeling van partijen staan. Anderzijds ontbreken een aantal relevante onderdelen zoals een heldere weergave van de beoogde afspraken, goedkeuring van de bloot eigenaar, afspraken over het niet nakomen van de regeling, een afspraak over kosten en een kwijtingsclausule. Sommige definities zijn onjuist of in ieder geval discutabel.

De door de BAL gewenste vernietiging van de herzieningsbepaling

10. In het concept wordt verwezen naar een onderhandse eenzijdige vernietiging van de herzieningsbepaling in de erfpachtvoorwaarden. De BAL stelt die vernietiging als een juridisch feit. Dat is onjuist. Dat geldt dus ook voor de stelling van mr. Koppen in zijn notitie van 20 mei 2014 waarin hij stelt dat de rechter in vergelijkbare gevallen die vernietiging heeft gehonoreerd. Recent heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een dergelijke herzieningsclausule

niet onredelijk bezwarend is en dus niet op die grond vernietigd kan worden (HR 29-4-2016 ECLI:NL:HR:2016:769). Indien partijen overeenkomen dat deskundigen bindend een canon bepalen is dat immers niet een "*beslechting van een geschil*" als bedoeld in art. 6:236 sub n BW (rechtsoverweging 4.3.3). Het gerechtshof had in genoemde procedure reeds hetzelfde geoordeeld (Hof Amsterdam 23-9-2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, rechtsoverweging 2.6.1. van het hof).

11. De Hoge Raad voegt er aan toe dat het beding ook niet op andere gronden dan de (niet-toepasselijke) 'zwarte lijst' van art. 6:236 BW onredelijk bezwarend is (rechtsoverweging 4.4.2 en 5.1.6).
12. Naar mijn mening is het herzieningsbeding bovendien niet vernietigbaar omdat het een "*gestandaardiseerde bepaling is omtrent de hoogte van de tegenprestatie*" (Par. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1571). Het is in dat geval een zogenaamd 'kernbeding' dat op grond van art. 6:231 sub a BW niet vernietigd kan worden.
13. Afgezien van het voorgaande rijst nog de vraag of de mogelijkheid van vernietiging niet reeds geruime tijd geleden is verjaard. De akte dateert immers van 1995 en er heeft een eerdere herziening plaatsgevonden (in 2005). Sindsdien is tot het moment van de beweerdelijke vernietiging in 2014 de voor verjaring toepasselijke termijn van 5 jaar ruimschoots verstreken. Voor zover nodig (vernietiging is immers op andere gronden niet aan de orde) behoeft het punt van verjaring nog wel nadere bestudering.
14. Op grond van het voorgaande is de vernietiging van de canonherzieningsclausule ten onrechte als juridisch feit opgenomen in de vaststellingsovereenkomst. Dat is belangrijk, omdat daarmee in feite de aanleiding vervalt om over de hoogte van de canon te onderhandelen. Daarvoor dient immers de voor partijen bindende (en rechtsgeldige) herzieningsclausule te worden gevolgd.

WOZ-waarde als uitgangspunt voor de canonherziening?

15. Kennelijk heeft SPW op enig moment besloten om bij de herziening van de canon de door Staatsbosbeheer gehanteerde methodiek te volgen. Daarbij wordt uitgegaan van de WOZ-waarde met de bestemming wonen. Een dergelijk besluit betekent op zichzelf nog niet dat er een met de ondererfpachters bindende overeenkomst bestaat om bij de herziening van die methodiek uit te gaan. Daarvoor is in ieder geval nader onderzoek noodzakelijk.
16. Afgezien daarvan is de uitleg die mr. Koppen aan dat besluit geeft, aanvechtbaar. In de concept vaststellingsovereenkomst wordt uitvoerig betoogd dat de WOZ-waarde in dit geval niet kan uitgaan van de bestemming wonen. Betoogd wordt onder meer:
 - (1) dat de ligplaats geen onroerende zaak is die in erfpacht kan worden uitgegeven;
 - (2) dat in feite gebruik wordt gemaakt van een waterkolom en dat de canon dus moet worden gebaseerd op de bestemming 'water';
 - (3) en dat de ondererfpachters t.a.v. de werken en beplantingen op de oever juridisch een positie hebben die vergelijkbaar is met die van opstaller.
17. Het bovenstaande is naar mijn oordeel om meerdere redenen onjuist en irrelevant. Als gezegd, is de discussie over de waardering van de erfpachtlocatie niet opportuun omdat de

herzieningsclausule niet kan worden vernietigd en de canon daarom eenvoudig bindend vastgesteld zal moeten worden door drie deskundigen op de wijze zoals in de akte bepaald.

18. Het is bovendien niet relevant omdat in de SBB-waarderingsmethodiek wordt uitgegaan van de bestemming 'wonen'. Indien er dus voor gekozen zou worden die methodiek zoveel mogelijk te volgen, moet ook uitgegaan worden van een bestemming op basis van 'wonen'.
19. Afgezien van de vraag in hoeverre het relevant is, is onjuist dat een ligplaats geen onroerende zaak is. Ook in WOZ-jurisprudentie wordt er van uitgegaan dat een ligplaats een onroerende zaak is, en dat de ligplaats moet worden gewaardeerd op basis van de gebruiksmogelijkheden van de ligplaats (ECLI:NL:RBROT:2015:72, rechtsoverweging 5.2). In genoemde uitspraak werd overigens ook de stelling van de hand gewezen dat sprake zou zijn van openbaar water (rechtsoverweging 4).
20. In de vaststellingsovereenkomst wordt overigens erkend dat de ligplaats de publiekrechtelijke bestemming 'woonschepenligplaats' heeft, en ook om die reden valt niet in te zien dat uitgegaan moet worden van een waarde op basis van de bestemming 'water'. Het ondererfpacht geeft niet zozeer recht om de waterkolom te gebruiken, maar om de ondererfpachtlocatie te gebruiken als ligplaats voor een woonschip. De uitleg van mr. Koppen is er (begrijpelijk) op gericht de waarde zoveel mogelijk te drukken, maar die uitleg is nogal gezocht en onhoudbaar.
21. Dat feitelijk sprake is van een opstalrecht is onjuist. Daarvoor gelden constitutieve wettelijke eisen (een titel voor opstal en een daarop gerichte notariële akte en inschrijving) en daar is zonneklaar niet aan voldaan. Een uitzondering op de eisen is de vestiging van een opstalrecht op grond van verkrijgende verjaring, maar dat is in het onderhavige geval niet mogelijk omdat er een titel is voor het gebruik van de grond (het ondererfpachtrecht) zodat geen sprake kan zijn van bezit van eigendom.

Toepassing Algemene Bepalingen 2006 van RNH

22. In het concept wordt er van uitgegaan dat de AB 2006 van RNH niet van toepassing zijn op de ondererfpachtrechten uit 1995. Dat lijkt mij op het eerste gezicht juist. Het zou anders kunnen zijn indien in de akte of daarna uitdrukkelijk tussen partijen is overeengekomen dat de toepasselijke erfpachtvoorwaarden kunnen worden aangepast, maar als dat niet het geval is gelden in beginsel alleen de bepalingen die zijn vastgelegd in de akte van vestiging of in een document waarnaar in die akte wordt verwezen. Mr. Koppen lijkt op dat punt dus gelijk te hebben.

Overig

23. Het voorgaande is reeds voldoende reden om de vaststellingsovereenkomst niet aan te gaan en ook niet als uitgangspunt te nemen voor verder overleg. Met het bovenstaande is dan ook niet bedoeld (uitputtend) te reageren op alle daarin opgenomen stellingen.
24. Los van de vraag of de inhoud van de concept vaststellingsovereenkomst juist is, heeft NivE natuurlijk wel een punt als het gaat om de financierbaarheid van erfpacht. Hoewel de markt weer lijkt aan te trekken, is de financierbaarheid van erfpacht een onderwerp waar ook SPW

tot op zekere hoogte zelf belang bij heeft. Dat belang is overigens beperkt omdat SPW geen belang heeft bij het geven van een waarde aan ondererfpachtrechten. Dat die in de praktijk een zekere waarde hebben, kan zelfs onwenselijk zijn. Anderzijds heeft SPW er in zekere mate feitelijk mee te maken en SPW heeft wellicht ook belang bij de overdraagbaarheid van (onder)erfpachtrechten. Bancaire richtlijnen kunnen weliswaar niet voorschrijven waar erfpachtvoorwaarden van SPW aan moeten voldoen, maar het is goed voorstelbaar dat SPW bij het eventueel maken van nieuwe afspraken die richtlijnen betreft en de erfpachtvoorwaarden daar geheel of gedeeltelijk op aanpast.

Haarlem, 12 februari 2017

