

# De opstalvergoeding bij groene erfpacht

ing. A. van Gellicum en drs. P.C. van Arnhem<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Als een recht van erfpacht door tijdverloop expireert, is door de eigenaar aan de voormalige erfpachter een vergoeding verschuldigd. Het gaat hier om de waarde die de nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen bij het einde van het recht van erfpacht hebben. We duiden deze waarde hier na ook wel aan als opstalvergoeding of restwaarde. Waarderingsdeskundigen die deze waarde hebben te bepalen, lopen in de praktijk tegen een aantal uitvoeringsproblemen aan. Niet voor niets zette prof. mr. Jitske de Jong ooit - als eerste - uiteen 'hoe moeilijk de waarde van opstallen los van de grond zijn te bepalen'.<sup>2</sup>

In deze bijdrage bespreken wij als taxateurs hoe de opstalvergoeding moet worden bepaald. We beperken ons in dit artikel tot groene (recreatieve en agrarische) erfpacht. De problematiek bij stedelijke erfpacht (denk aan de slepende discussie rondom de erfpachtconversie in Amsterdam) blijft hier buiten beschouwing.

## 2. Opstalvergoeding

In art. 5:99 BW wordt de opstalvergoeding geregeld:

1. Na het einde van de erfpacht heeft de voormalige erfpachter recht op vergoeding van de waarde van nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen, die door hemzelf of een rechtsvoorganger zijn aangebracht of van de eigenaar tegen vergoeding der waarde zijn overgenomen.
2. In de akte van vestiging kan worden bepaald dat de erfpachter geen recht heeft op de in het eerste lid bedoelde vergoeding:
  - a. indien de in erfpacht gegeven grond een andere bestemming had dan die van woningbouw;
  - b. indien de erfpachter de gebouwen, werken en beplantingen niet zelf heeft bekostigd;
  - c. indien de erfpacht geëindigd is door opzegging door de erfpachter;
  - d. voor zover de gebouwen, werken en beplantingen onverplicht waren aangebracht en

hij ze bij het einde van de erfpacht mocht wegnemen.

3. De eigenaar is bevoegd van de door hem ingevolge dit artikel verschuldigde vergoeding af te houden hetgeen hij uit hoofde van de erfpacht van de erfpachter te vorderen heeft.

Het eerste lid van dit artikel omvat de hoofdregel dat de voormalige erfpachter na het einde van de erfpacht recht op een opstalvergoeding heeft. Daarna volgen in het tweede lid mogelijkheden tot afwijking. Zij gelden niet van rechtswege en moeten in de vestigingsakte worden opgenomen. Bij woningen<sup>3</sup> kan niet van de hoofdregel worden afgeweken en bestaat altijd een recht op opstalvergoeding.

3. Vgl. S.E. Bartels in Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/241: 'De regeling (...) is niet beperkt tot woningen die strekken tot hoofdverblijf, maar geldt ook voor tweede woningen in de recreatieve sfeer.'

R. Bobbink in SDU Commentaar art. 5:99 Burgerlijk Wetboek schrijft: '(...) onder woningbouw moet in dit verband niet alleen een woning worden verstaan als hoofdverblijf van de erfpachter, maar ook een tweede (recreatieve) woning.'. A.A. van Velten in *Privaatrechtelijke Aspecten van onroerend goed, vijfde druk*, over de opstalvergoeding voor woningen: 'De tot 1992 gevolgde praktijk om oude boswachterswoningen e.d. in tijdelijke erfpacht uit te geven aan particulieren, teneinde deze na grootscheepse verbouwing zelf te gaan bewonen, is hierdoor vrijwel tot stilstand gekomen.'. C.J.J.M. Stolker 2020, T&C Burgerlijk Wetboek art. 5:99 BW, aant. 3, schrijft als volgt: 'Vier gevallen worden genoemd waarin van de hoofdregel van een recht op vergoeding mag worden afgeweken, zoals wanneer de grond een andere bestemming had dan woningbouw, bijvoorbeeld industrie, in welk geval een dwingende vergoedingsregel minder noodzakelijk is (...)'. F.J. Vonck, *Groene Serie Zakelijke rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, art. 5:99 BW overweegt als volgt: 'De regeling is naar mijn mening niet beperkt tot woningen als hoofdverblijf, maar deze zal ook voor tweede woningen in de recreatieve sfeer gelden. Ook zal deze (gedeeltelijk) van toepassing zijn op gecombineerde woon- en bedrijfspanden, te weten voor het woongedeelte (...)'. Ook een bedrijfswoning geldt als 'woning', aldus de Rechtbank Rotterdam in haar vonnis van 5 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9045'. In deze zaak oordeelde de rechtbank in rechtsoverweging 4.3 als volgt: 'Er is met een door de Gemeente verleende bouwvergunning een bedrijfswoning opgericht op een gedeelte van het perceel dat aan [eiser 1] in erfpacht is uitgegeven; dit gedeelte van het perceel is derhalve bestemd tot woningbouw. Dat daar op basis van het bestemmingsplan ook bedrijfsopstallen zouden kunnen worden gebouwd, maakt dit niet anders.'

In hoger beroep oordeelde het Gerechtshof Den Haag

1. Albert van Gellicum en Peter van Arnhem zijn als grondzakenadviseurs en onteigeningsdeskundigen verbonden aan Steenhuijs Grondzaken BV te Utrecht.  
2. J. de Jong en H.D. Ploeger, 'Erfpacht en opstal', *Monografieën BW*, Deventer: Kluwer 1986.

Onder het oude BW (art. 773) was de hoofdregel omgekeerd. Dit artikel verklaarde de erfpachter onbevoegd om van de grondeigenaar te vorderen dat deze de waarde betaalt van de gebouwen c.a. die de erfpachter heeft aangebracht en die zich bij het einde van de erfpacht op de grond bevinden. Omdat het overgangsrecht (art. 170 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek) uitgaat van eerbiedigende werking, is geen sprake van een opstalvergoeding voor woningen ingeval de erfpacht is gevestigd vóór 1 januari 1992, en partijen daarover in de vestigingsakte geen andere afspraken hebben gemaakt.

Voor niet-woningen is een opstalvergoeding dus niet vanzelfsprekend. Economisch gezien kan zich bij erfpacht bij expiratie ook een negatieve eindwaarde voordoen, in de vorm van een opleverings- of amoveringsplicht in plaats van een restwaardevergoeding. Let wel, het gaat om de vergoeding van de waarde van opstallen, werken en beplantingen die toevallen aan de grondeigenaar nádat de erfpachter aan een amoveringsplicht heeft voldaan.

#### De ratio van de opstalvergoeding

Stolker<sup>4</sup> schrijft dat er twee redenen bestaan voor de opstalvergoeding:

- Ten eerste ter voorkoming dat de erfpachter de zaak zou *verwaarlozen* als er geen vergoeding in het vooruitzicht was gesteld.
- Ten tweede dat het ontbreken van een vergoeding als *onbillijk* zou worden ervaren.

Evenals bij het melioratierecht bij pacht gaat het hier dus om een redelijkheidsvergoeding ter voorkoming van (ongerechtvaardigde) verrijking van de eigenaar aan wie bij einde erfpacht niet alleen (weer) de grond maar nu ook de opstallen - in economische zin - toevallen. De opstalvergoeding be-

helst – net als bij pacht – een vergoeding voor de restwaarde van *historische erfpachtersinvesteringen*. Het is onder deskundigen een terugkerend punt van discussie of daarbij voor de waarde van de opstallen de *erfpachtbestemming* maatgevend is.

Normaliter wordt bij vastgoedwaardering een zogenaamde ‘*highest and best use*’ afweging<sup>5</sup> gemaakt. Aan welk toekomstig gebruik ontleent de zaak zijn hoogste waarde? Bij dwingende toepasselijkheid van de erfpachtbestemming zijn de alternatieve gebruiksmogelijkheden echter veelal beperkt.

Vóór de noodzaak tot ‘waarderen binnen de erfpachtbestemming’ pleit de ratio voor de opstalvergoeding: voorkoming van verwaarlozing en de billijkheid van een vergoeding voor in het verleden gepleegde investeringen. Toekomstige herontwikkelings- en herbestemmingsvoornemens of -mogelijkheden voor de opstal spelen dan geen rol voor de restwaarde. Ook eventueel door de eigenaar beoogde toekomstige sloop speelt geen rol. De *highest and best use*-regel wordt dan niet toegepast.

Tegen de noodzaak tot ‘waarderen binnen de erfpachtbestemming’ pleit de gedachte dat art. 5:99 BW van toepassing is *na* het einde van de erfpacht. Bepalingen die betrekking hebben op de (reeds beëindigde) erfpacht, waaronder verlenging, zijn dan niet meer toepasselijk. Alle omstandigheden bij het einde van de erfpacht - waaronder een redelijk te verwachten herbestemming van de opstal - moeten in deze gedachte worden meegewogen. Bij ons weten ontbreekt het aan rechtspraak die uitsluitend kan geven op dit specifieke punt en het debat hierover is nog niet afgerond. Dit probleem speelt met name bij het niet-verlengen (niet heruitgeven) van erfpachtrechten op percelen in ontwikkelingsgebieden met het oog op de realisatie van nieuwe bestemmingen.

De opstalvergoeding ziet tot slot op de restwaarde van uitsluitend de investeringen die de voormalige erfpachter - danwel zijn rechtsvoorganger - op de erfpachtzaak bekostigd heeft. Hierbij is van belang dat de investeringen met toestemming van de eigenaar zijn gepleegd. Investeringen van de eigenaar in de zaak of op het perceel worden hierbij niet meegenomen. Het is daarmee van groot belang om de toestand ten tijde van de initiële uitgifte in erfpacht goed in beeld te hebben. Om bijvoorbeeld de vraag te beantwoorden of de kosten voor bouw- en woonrijpmaken tot de opstalvergoeding gerekend moeten worden, is het van belang of deze werkzaamheden door de grondeigenaar of de erfpachter zijn bekostigd. Niet zelden schiet de omschrijving in de akte van uitgifte in erfpacht tekort en moet

---

bij arrest van 4 december 2018 (ECLI:NL:GHDHA:2018:3434) als volgt (rechtsoverwegingen 19 en 28): *‘Ingevolge art. 5:99, eerste lid BW heeft de erfpachter na ommekomst van de erfpacht recht op een vergoeding van de waarde van de door hem (of zijn voorganger) aangebrachte (en nog aanwezige) gebouwen. Van die hoofdregel mag worden afgeweken ingeval sprake is van industriebouw. Indien de erfverpachter van die uitzonderingsmogelijkheid gebruik wenst te maken, dient de erfpachter ieder jaar op de waarde van de bedrijfsgebouwen af te schrijven in verband met het dichterbij komend verlies daarvan. Niet valt in te zien waarom een onafhankelijke derde, die met zijn bedrijfsvoering op die manier rekening kan houden met de voorwaarde dat aan het einde van de erfpacht geen vergoeding voor de aangebrachte opstallen zal worden toegekend vanwege die voorwaarde zal afzien van het aangaan van de erfpachtovereenkomst. (...) Naar het oordeel van het hof brengt de Gemeente terecht naar voren dat hier sprake is van een bedrijfswoning, die onderdeel uitmaakt van het bedrijfsgebouw. Voor de eigenaar van het bedrijfsgebouw is die woning onlosmakelijk aan het bedrijf verbonden en heeft zij (slechts) bedrijfswaarde. Het is daarom mogelijk ook de bedrijfswoning uit te sluiten van de (...) hoofdregel ten aanzien van de vergoedingsplicht. Art. 5:99, tweede lid, aanhef en onder a BW is hier dan ook niet van toepassing. Dat de Gemeente een bouwvergunning heeft gegeven voor de bouw van de woning maakt dat niet anders.’*

4. C.J.J.M. Stolker 2020, T&C Burgerlijk Wetboek, art. 5:99 BW, aant. 1.

---

5. *Highest and best use* (HABU) wordt in het Nederlands vertaald als *optimale aanwending*. De optimale aanwending is de meest waarschijnlijke bestemming van een object die binnen een reeks aan gebruiksmogelijkheden op basis van zijn fysieke, economische, sociale en juridische kwaliteit mogelijk is, en die resulteert in een zo hoog mogelijk geschatte waarde van het object (International Valuation Standards IVS2020, 304).

de taxateur bij oude rechten op zoek naar oude archiefphoto's om de toestand van de erfpachtzaak duidelijk te krijgen.

### 3. Waardebasis

De waardebasis of waarderingsgrondslag is van groot belang voor de waardering. In de waardedefinitie worden de fundamentele veronderstellingen vastgelegd waarop een taxatie is gebaseerd. Denk aan de kenmerken van een hypothetische verkooptransactie die ten grondslag ligt aan de waarde. Voor onder andere taxaties ten behoeve van kredietverlening en jaarverslaglegging is de waardebasis die van de 'marktwaarde'.<sup>6</sup>

Voor het bepalen van de opstalwaarde is de waardebasis geen vast gegeven.

In de parlementaire geschiedenis<sup>7</sup> is over de waarderingsgrondslag van art. 5:99 BW – die zoals gezegd strikt genomen niet van toepassing is – het volgende vermeld:

*'Hoe de waarde van hetgeen door de erfpachter wordt achtergelaten, moet worden bepaald, is ter vermijding van te grote uitvoerigheid in het artikel niet nader aangegeven; het is redelijk om de grotere waarde, die de in erfpacht gegeven zaak bij het einde van het erfpachtrecht ten gevolge van het aanbrengen van gebouwen, werken of beplantingen heeft, als waarde van het aangebrachte aan te merken.'*

Bartels schrijft dat de maatstaf 'grotere waarde ten gevolge van het aanbrengen van gebouwen' in de praktijk niet te hanteren is, omdat dan moet worden vastgesteld wat de waarde van de zaak was bij aanvang van het recht van erfpacht. Dat is niet zelden tientallen jaren geleden<sup>8</sup>. Vonck schrijft in zijn proefschrift uit 2013 het volgende over de opstalvergoeding van 5:99 lid 1 BW:

*'Omtrent de wijze waarop de waarde van de opstallen moet worden gewaardeerd, geeft de wettekst geen uitsluitel. Terecht sluit de literatuur zich hier (bij mijn weten unaniem) aan bij de opvatting van De Jong, die stelt dat moet worden uitgegaan van de marktwaarde van de opstallen, los van de grond. Steevast wordt daarbij verzocht dat deze waardebeoordeling bijzonder lastig is, omdat de waarde van de grond bij deze taxatie moet worden gescheiden van de waarde van de opstal.'*<sup>9</sup>

Broese van Groenau<sup>10</sup> stelt in haar proefschrift uit 2019 dat de wetgever de waarderingsgrondslagen bewust aan de rechtspraak heeft overgelaten. Zij constateert ook dat de rechtspraak de 'taxatieproblematiek' van het los van elkaar waarderen van de fysieke bestanddelen 'grond' en 'opstal', niet snel zal oplossen, omdat deze waarderingsgrondslagen van feitelijke aard zijn. Op vraagstukken van feitelijke aard is cassatiecontrole slechts in beperkte mate mogelijk. De Koe<sup>11</sup> kwam recent tot een vergelijkbare conclusie.

### 4. Waardebenadering

Volgens de hiervoor genoemde auteurs gaat het bij de waardebeoordeling van de opstalvergoeding om de taxatie van de marktwaarde van opstallen, zonder de grond. Naar onze mening zal hier bedoeld zijn: de marktconforme waarde.<sup>12</sup>

Er zijn in de kern twee benaderingen te volgen ten einde deze marktconforme waarde te verkrijgen.

De eerste - en meest voor de hand liggende - benadering is om deze opstalwaarde zelfstandig te taxeren: wat is de waarde, gebaseerd op de kostprijs van de herbouw van een functioneel gelijkwaardige opstal op dezelfde locatie. We noemen dit de directe benadering.

Een tweede benadering wordt gevolgd door uit te gaan van het aandeel dat aan de opstal is toe te rekenen als onderdeel van de totale marktwaarde van het perceel - grond en opstal tezamen - als ware sprake van volle eigendom. Hier is de vraag: hoe kan de waarde van een bebouwd perceel worden verdeeld (gealloceerd) over twee - fysieke en geen juridische - componenten grond en opstal?<sup>13</sup> We noemen dit de indirecte benadering.

10. J. Broese van Groenau, 'De rechtsverhouding tussen erfpachter en erverpachter', Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 615.

11. M. de Koe, 'De waarde van erfpacht, Het waarderen van erfpacht vanuit een juridische context', Deventer: Wolters Kluwer 2020.

12. 'Waarde' is een containerbegrip, iedereen verstaat er het zijne onder. In de waarderingspraktijk moet 'waarde' dan ook door een operante definitie toepasbaar worden gemaakt. Het waardebegrip is de 'taal' van de taxateur. Welnu, iedere taxatiedeskundige koppelt het concept 'marktwaarde' aan een te veronderstellen (koop)transactie. Zonder een beperkt recht op de ondergrond is de opstal los van de grond echter in het geheel niet vermarktbaar. Een zelfstandige verkooptransactie mbt een opstal (nodig voor een marktwaardeopinie) is niet voorstelbaar. 'Marktwaarde' in strikte zin (in de zin van de alom gevolgde internationale taxatiestandaarden IVS) is hier dan ook niet toepasbaar. Met 'marktwaarde' kan daarom niets anders zijn bedoeld dan: de marktconforme waarde, zeker geen boekhoudkundige of bouwkundige of persoonlijke waarde, maar ook niet - althans niet per se - een realiseerbare prijs.

De bepaling van die marktconforme waarde is bij uitstek het domein van de registertaxateur.

13. Zie over dit onderwerp ook P.C. van Arnhem, T. Berkhout en G.G.M ten Have, Taxatieleer vastgoed 1, zesde

6. Reglement Definities NRVT, 10 oktober 2019 jo. IVS2020, 301.

7. TM Parl. Gesch. 5, p. 344.

8. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/241.

9. F.J. Vonck, 'De flexibiliteit van het recht van erfpacht', Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2013, p. 275.

De twee benaderingen zijn in de praktijk uitgewerkt in verschillende toepasbare taxatiemethoden.

Bij de directe benadering hangt de waarde van de opstal af van zijn substitutiekosten.

Dit omdat de opstal, in tegenstelling tot de grond, *vervangbaar* is.<sup>14</sup> De kostenbenadering<sup>15</sup> (gecorrigeerde vervangingswaarde, hierover later meer) is in deze benadering de aangewezen weg.

De directe benadering ligt het meest voor de hand. Deze doet het meest recht aan de ratio van de opstalvergoeding. Hij is goed toepasbaar bij de zelfstandige waardering van gebouwen, werken en beplantingen, los van de grond. De opstal kan eigenstandig worden gewaardeerd. De opstalvergoeding wordt in deze benadering geheel 'locatie-onafhankelijk' vastgesteld.<sup>16</sup> Dit lijkt ook wel te sporen met de bedoeling van de opstalvergoeding, omdat die een billijke terugbetaling voor de door de erfpachter in het verleden gepleegde investeringen moet opleveren.

De indirecte benadering gaat uit van de deductie van de opstalvergoeding op de marktwaarde van de onroerende zaak, dus op het onlosmakelijk met elkaar verbonden samenstel van grond en opstal, als ware sprake van vol eigendom. In tegenstelling tot het samenstel van grond en opstal is de bebouwde (onder)grond zonder een beperkt recht op de opstal niet als een afzonderlijke eenheid 'vermarktbaar'. De markt spreekt zich uit over - en levert bewijs voor - de *vermarktbaar eenheid*, maar niet over de afzonderlijke *fysieke* componenten. Indien sprake zou zijn van juridische componenten - bijv. een opstalrecht en de bloot eigendom belast met een recht van opstal - zou dat anders zijn. De opstalvergoeding ziet echter niet op de vergoeding van een juridische zaak, maar van een fysieke component: 'de stenen'. Van de bebouwde (onder)grond en de opstal kunnen dan ook niet afzonderlijk de marktwaarden worden getaxeerd. Wel kan aan de bebouwde (onder)grond en de opstal een aandeel in de marktwaarde van de gehele zaak worden toegeedeeld. Deze toerekening wordt allocatie genoemd. Er zijn twee specifieke methoden om de aan de opstal toe te delen waarde langs bedoelde indirecte weg (afgeleid uit de marktwaarde van de 'totale' onroerende zaak) te verkrijgen:

1. De residuele grondwaardemethode: de marktwaarde van de onroerende zaak in volle eigendom, dus van grond en opstal gezamenlijk, wordt verminderd met de (voor veroudering en kwaliteit gecorrigeerde) vervangingswaarde van de opstal. Het residu is de residuele grond-

waarde.

2. De grondvergelijkingsmethode: deze methode wordt ook wel de residuele opstalwaardemethode genoemd. De marktwaarde van de onroerende zaak in volle eigendom, dus van grond en opstal gezamenlijk, wordt nu verminderd met een vergelijkenderwijs bepaalde grondwaarde. Het residu is het waarde-aandeel van de opstal (fysiek bedoeld) in de onroerende zaak.

De eerste uitwerking van de indirecte 'verdelingsbenadering' middels de gecorrigeerde vervangingswaarde (zie hierna), is goed toepasbaar. Deze sluit ook het beste aan bij het principe uit de taxatieleer dat de waarde van de grond (locatie) in wezen altijd een *residuele* waarde is. Grond heeft geen 'eigen waarde'; grond is uniek, onvervangbaar en ontleent zijn waarde aan het gebruik (dat wil zeggen de bestemming, de locatie en de exploitatie- en bouwingsmogelijkheid, zo leerde Von Thünen al<sup>17</sup>). Opstallen zijn *vervangbaar* en hebben een actuele 'eigen waarde', namelijk hun vervangingswaarde. Dit alles geeft dezelfde uitkomst als in de eerdergenoemde directe benadering, waarin de waarde van de opstal zelfstandig - locatieonafhankelijk en los van de totaalwaarde van het object - wordt getaxeerd. De gecorrigeerde vervangingswaarde-methode is - ook buiten erfpacht veelvuldig toegepast - een marktconforme. Deze methode is in staat om de marktwaarde op te leveren.<sup>18</sup>

Als moet worden voorzien in een splitsing van de marktwaarde van een object over de grond en de opstal, kleeft aan de tweede uitwerking een fundamentele beperking. De grondwaarde vormt als gezegd geen zelfstandig gegeven en wordt *residueel* afgeleid uit de marktwaarde van de gehele gebouwde onroerende zaak.<sup>19</sup> In deze tweede uitwerking wordt de opstalwaarde ook residueel afgeleid, door een grondwaarde in mindering te brengen die op zijn beurt ook in de kern residueel is (een afgeleide van de marktwaarde van het totaal). Dat geeft een cirkelredenering. Deze wordt alleen gepasseerd als er *zelfstandig marktbevijs* is voor de grondwaarde, bijvoorbeeld als er gefixeerde uitgifteprijsen zijn. Bij nieuw uit te geven bedrijfsterreinen is dat in de regel het geval. Ook in de markt voor agrarische objecten bestaat een zelfstandig beeld van

druk, Groningen/Houten: Noordhoff Uitgevers 2013, p. 456.

14. In de Angelsaksische traditie wordt dit treffend uitgedrukt door het onderscheid 'land and improvements'. Iedere opstal geldt als 'improvement' van de grond.
15. Taxatieleer vastgoed 1, hoofdstuk 9
16. Daargelaten eventuele locatieafhankelijke duurdere bouwkosten, zoals die zich in binnensteden voordoen.

17. J.H. von Thünen, Der isolierte Staat in Beziehung auf Landwirtschaft und Nationalökonomie, Rostock 1842.

18. Bij het waarden ten behoeve van de jaarrekening bijvoorbeeld regelt IFRS IAS16.31 dat, indien de marktwaarde niet aantoonbaar is vanwege de gespecialiseerde aard van het vastgoed of omdat dergelijke objecten zelden worden verkocht, behalve als deel van een actief bedrijf, er een waardering gewenst is op depreciated replacement cost (= gecorrigeerde vervangingswaarde). Deze geeft een *surrogaat voor marktwaarde* bij niet- of minder vermarktbaar onroerende zaken.

19. Zo staat het bijvoorbeeld in de grondprijzenbrief van de gemeente en is vaste praxis, juist vanwege de Von Thünenregel: grond ontleent zijn waarde aan gebruik.

de grondwaarde van erven en ondergrond van bedrijfswoningen. Die kan - en moet soms vanwege de fiscaliteit - uit prijsreferenties worden gedestilleerd. Dat doorbreekt de cirkelredenering: de grondwaarde is dan eigenstandig te schatten.<sup>20</sup>

Kortom, het bepalen van de opstalwaarde door op de marktwaarde van het geheel de residuele waarde van de grond in mindering te brengen brengt een probleem met zich mee. Als de marktwaarde van het gehele vastgoedobject immers gelijk is aan de som van de grondwaarde en de opstalwaarde en die grondwaarde in de kern een residu ('waarde geheel minus opstalwaarde'), dan is de opstalwaarde op zijn beurt niet ook residueel ('waarde geheel minus grondwaarde') te verkrijgen. De waarde van de grond is - mits de opstalwaarde juist is bepaald - *altijd* een afgeleide. Kort gezegd: 'grond' is een residu, 'opstal' niet.

De moderne taxatieleer<sup>21</sup> leert dat waarderen het maken van een schatting is, van een op zich onbekende - althans niet geheel te verifiëren - grootheid. Inherent aan zo'n schatting is een zekere bandbreedte van onzekerheid. Net zoals een taxatiemethode niet de waarde *bepaalt*, bepaalt een (prijs)referentie niet de waarde, maar verschaft daarvan wel een indicatie. Het is aan de taxateur om die indicaties te vinden, deze te wegen op toepasbaarheid en validiteit, en deze vervolgens gemotiveerd te verzoenen, waarbij zijn op marktkennis en ervaring gestoelde intuïtieve inzicht een rol moet spelen. We kunnen ons voorstellen dat een taxateur verschillende benaderingen kiest. Hij kan de opstal zelfstandig schatten via de directe (kosten)benadering. Hij kan de opstalwaarde afleiden uit de marktwaarde van de onroerende zaak 'van grond en opstal tezamen, alsof sprake is van volle eigendom'. Tot slot kan de taxateur in sommige gevallen de verhouding tussen grond en opstal (quotes) afleiden door een vergelijking te maken met nieuwbouwobjecten, waar die verdeling een bekende is. De herbouwwaarde van de opstal stelt wel een maximum aan de opstalwaarde. Iets dat vervangbaar is, kan niet meer waard zijn dan de kostprijs van zijn vervanging.

#### *Rechtspraak over methoden*

Er is enige - zij het lagere - jurisprudentie over de methode van waardebeoordeling bij opstalvergoedingen.

In drie concrete gevallen is bekend dat de gecorrigeerde vervangingswaarde-methode bij bedrijfsmatige objecten door een rechtbank als (enige) methode geschikt is bevonden.<sup>22</sup>

20. Verhoudingsgetallen (quotes die de verhouding tussen grond- en opstalwaarde weergeven) kunnen bij bedrijfsmatige of agrarische gebouwen slechts bij uitzondering in de markt, uit transacties, afzonderlijk 'afgelezen' worden.

21. P.C. van Arnhem, T. Berkhout en G.G.M. ten Have, *Taxatieleer vastgoed* 1.

22. Rechtbank Rotterdam 17 juni 2015 (C/10/426568 / HA ZA 13-634, niet gepubliceerd), Rechtbank Amsterdam,

#### *De kostenbenadering*

In het voorgaande kwam de term 'gecorrigeerde vervangingswaarde' een aantal keren voor. Deze methode wordt ook wel de kostenbenadering genoemd. Zij is geschikt om de opstal (hier het doel) direct, eigenstandig te waarderen. Zij sluit voorts als enige methode ook goed aan bij het economisch hoofdprincipe dat locatiegebonden *goodwill* (lees: de economische meerwaarde van de locatie en bestemming) moet worden toegerekend aan de - onvervangbare - grond en niet aan - vervangbare - gebouwen. Zij is voorts - naar haar aard - retrospectief. Dat sluit allemaal optimaal aan bij het doel van de opstalvergoeding: een redelijke vergoeding van de marktconforme restwaarde van de historische investeringen voor zover deze door deze erfpachter of zijn rechtsvoorgangers binnen de erfpachtbestemming zijn bekostigd. Ook is deze benadering in de lagere rechtspraak als de enig toepasbare methode gekwalificeerd. Voorts is zij marktconform en biedt zij volgens internationale verslagleggingsregels (IAS/IFRS) bij een onvermarktbaar zaak een 'surrogaat' voor de marktwaarde. Zij geeft een zelfstandige en objectieve maatstaf.<sup>23</sup> De kostenbenadering doet daarom, gegeven de ratio van de opstalvergoeding, recht aan een redelijke verdeling van belangen tussen erfpachter en grondeigenaar. De economische meerwaarde vloeit toe naar de grond. Zoals hiervoor is uiteengezet, heeft grond geen 'eigen waarde', maar ontleent grond zijn waarde aan gebruik. Bij de opstal is dat anders.

In de vakliteratuur en onder taxateurs bestaat consensus over de wijze van toepassing van de gecorrigeerde vervangingswaarde-methode.<sup>24</sup> Deze kan als volgt worden beschreven.

15 juli 2015 ECLI:NL:RBAMS:2015:4316 en Rechtbank Noord-Nederland 22 januari 2020 (C/17/151827/HA ZA 16-295, niet gepubliceerd).

Verschillende zaken die speelden bij de Rechtbank Arnhem bieden op dit punt geen duidelijkheid. In de zaak Rechtbank Arnhem 5 oktober 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5335, NJF 2006/21 zocht de gemeente bij het bepalen van de waarde van bebouwde grond aansluiting bij de waarde van onbebouwde kavels. Die methode werd aanvankelijk door de rechtbank onredelijk gevonden, omdat onbebouwde grond meer waard is dan bebouwde grond. In de zaak Stichting de Waalboog / X overwoog de Rechtbank Arnhem dat dat de opstalwaarde wordt verkregen door op de marktwaarde van grond en opstal samen, de grondwaarde in mindering te brengen (de indirecte benadering) (5 april 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AW7233). Ook in de zaak Paasberg / Gemeente Arnhem speelde deze kwestie (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA2457). Het ging in die zaak echter om woningen en was de grondwaarde (dus) een zelfstandig gegeven.

23. De maatstaf is objectief, hetgeen onverlet dat zij een (subjectieve) schatting vergt.

24. De methode wordt veel toegepast bij waarderingen in het kader van de Wet waardering onroerende zaken (WOZ) en heeft daar zelfs een wettelijke status. Zie art. 4.2 Uitvoeringsregeling instructie waardebeoordeling Wet waardering onroerende zaken. De kostenbenadering (met de gecorrigeerde vervangingswaar-

De vervangingswaarde, dat wil zeggen: de investeringskosten van identieke reconstructie (op de peildatum) van de aanwezige opstal, vormt het uitgangspunt. Deze waarde wordt gecorrigeerd voor technische veroudering<sup>25</sup> (voor de verstreken levensduur) en voor functionele veroudering. Bij functionele veroudering wordt rekening gehouden met veranderde bouwwijzen (als niet-identieke reconstructie in de rede ligt), met gebruiksbelemmeringen, excessieve gebruikskosten en met economische veroudering.<sup>26</sup> De laatste correctie wordt ook wel de profit-test genoemd. Deze heeft betrekking op het verdienvermogen van het (afgeschreven) object. Deze correctie kan nooit opwaarts plaatsvinden, want iedere meerwaarde komt toe aan de grond en niet aan de opstal.

## 5. Conclusie

Ingevolge art. 5:99 lid 1 BW heeft de voormalige erfpachter – behoudens de uitzonderingsgevallen van lid 2 BW - bij het einde van de erfpacht recht op vergoeding van de waarde van nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen, die door hemzelf of een rechtsvoorganger zijn aangebracht of van de eigenaar tegen vergoeding der waarde zijn overgenomen. Vaak is een dergelijke vergoedingsplicht ook in de erfpachtbepalingen zelf opgenomen. Het gaat dan om een vergoeding voor opstallen, werken en beplantingen die door de erfpachter of zijn voorganger zijn bekostigd en niet hoeven worden geamoveerd. De opstalvergoeding geeft de erfpachter een prikkel om opstallen niet te verwaarlozen en geldt daarnaast als billijke 'eindafrekening'.

Taxateurs die de marktconforme waarde van de opstal moeten schatten, staan voor een lastige opgave. Zonder het (beperkt) recht op de grond is de opstal niet zelfstandig op de markt te brengen (niet 'vermarktbaar'). Er zijn geen vergelijkingstransacties, er is geen 'spreken van de markt'.

Er zijn twee benaderingen denkbaar om de opstalwaarde te taxeren. De *directe* benadering is het zelfstandig taxeren van de opstal op basis van de kostprijs van de herbouw van een functioneel gelijkwaardige substituuut op dezelfde locatie. Hier kan de zgn. kostenmethode ('gecorrigeerde vervangingswaarde') worden toegepast. De opstal is – in tegenstelling tot de grond – reproduceerbaar, en zijn waarde kan goed worden afgezet tegen zijn vervangingskosten, waarbij wel rekening moet worden gehouden met de invloed van veroudering. Bij de tweede, indirecte, benadering gaat het om de vraag hoe de waarde van een bebouwd perceel kan

worden verdeeld over ('gealloceerd' aan) twee – fysieke, geen juridische - componenten grond en opstal. Daarbij moet worden gezocht naar het aandeel in de totale marktwaarde van het perceel - grond en opstal tezamen, als ware sprake van vol eigendom - dat aan de opstal is toe te delen. Probleem is dat dit een vergelijking is met twee afhankelijke variabelen: de waarde van de grond is naar zijn aard een residu, en de waarde van de opstal is dat in deze benadering ook. De indirecte benadering kan daarom hoogstens worden toegepast als er marktbewijs bestaat voor de grondwaarde, en dat is zelden het geval, hoogstens bij zgn. repeterende bouwkvavels. Zijn er 'comparables' bekend voor de grondwaarde, dan zou naast de directe benadering ook de indirecte benadering kunnen worden toegepast, waarna de uitkomsten door de taxateur - op basis van zijn op marktkennis en ervaring gestoelde intuïtieve inzicht - met elkaar worden *verzoend*. De herbouwwaarde van de opstal zal in dat geval een maximum stellen aan de opstalwaarde, want iets dat reproduceerbaar is, kan niet meer waard zijn dan de kostprijs van zijn vervanging.

---

demethode als uitgewerkte methode daarin) is echter ook een geaccepteerde methode om te komen tot de marktwaarden voor vele andere doeleinden, waaronder actuele waarde (fair value) bij de jaarrekening.

25. In de regel lineair, al dan niet in 3 bouwcomponenten, en tot op een afschrijvingsvrije restwaarde.

26. P.C. van Arnhem, T. Berkhout en G.G.M ten Have, *Taxatieleer Vastgoed* 1, hoofdstuk 9.

**Reactie op artikel “De opstalvergoeding bij groene erfpacht” door drs. K.M. de Lange**

# Opstalvergoeding einde erfpacht verdient een beter fundament. Reactie op artikel ‘De opstalvergoeding bij groene erfpacht’

drs. K.M. de Lange<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

In ‘De opstalvergoeding bij groene erfpacht’<sup>2</sup> bespreken Albert van Gellicum en Peter van Arnhem hoe de opstalvergoeding bij het einde van een tijdelijk erfpachtrecht naar hun mening moet worden bepaald. In deze bijdrage probeer ik een fundament te leggen onder de discussie over de opstalvergoeding einde erfpacht. Hiervoor beschrijf ik achtereenvolgens de verdeling tussen de verschillende vermogensbestanddelen bij erfpacht, het juridisch kader bij de vermogensverdeling en hoe de marktwaarde van de opstal bepaald kan worden. Ik sluit af met enkele samenvattende conclusies.

Ik richt mij in deze bijdrage op commercieel vastgoed.<sup>3</sup> Bij erfpacht met particulieren zijn er meer restricties bij de vergoeding einde erfpacht, omdat dan bijvoorbeeld ook het vraagstuk van consumentenbescherming<sup>4</sup> aan de orde is. In deze bijdrage ga ik daar verder niet op in. De opstalvergoeding einde erfpacht kan voor niet-woonbestemmingen in de erfpachtvoorwaarden worden uitgesloten.<sup>5</sup> In de regel is dit niet het geval. Bij commercieel vastgoed, waar de grondeigenaar en de erfpachter als professionele partijen handelen, moet worden aangenomen dat indien de opstalvergoeding uitgesloten is,

deze beperking zijn weerslag heeft in de te betalen canon. Dit moet ook aangenomen worden indien bepaald is dat de kavel bij het einde van de erfpacht in de oorspronkelijke staat (zonder opstallen) moet worden opgeleverd.

## 2. De vermogensverdeling bij erfpacht

Bij de uitgifte in erfpacht wordt een onroerende zaak belast met een nieuw beperkt zakelijk recht, het erfpachtrecht<sup>6</sup>, waarbij de erfpachter de bevoegdheid heeft eens anders zaak te houden en te gebruiken.<sup>7</sup> De erfpachter heeft hetzelfde *genot* van de zaak als een eigenaar.<sup>8</sup> De erfpachter maakt aanspraak op - een gedeelte van - de waarde van de onroerende zaak. De eigendom van de onroerende zaak die resteert is de blote eigendom. Als tegenprestatie<sup>9</sup> kan aan de erfpachter de verplichting

1. Koen de Lange is directeur van het Nederlands instituut voor Erfpacht bv; [www.mijnerfpacht.nl](http://www.mijnerfpacht.nl).
2. *TvAR* 2020, nr. 11/12, p. 665-670.
3. Van Gellicum en Van Arnhem richten zich in hun bijdrage op groene erfpacht. Nog afgezien wat hier onder moet worden verstaan beperkt hun betoog zich hiertoe niet. Hetgeen in hun bijdrage wordt bepleit geldt niet alleen voor een agrarisch perceel, maar geldt net zo goed voor een kantoor of een bedrijventerrein. Hun bijdrage gaat dus over erfpacht van commercieel vastgoed.
4. Zie bijvoorbeeld Berenschot. (2021). *Erfpacht in Amsterdam: een Gordiaanse knoop | Consumentenbescherming vanuit het oogpunt van goed bestuur*. Amsterdam: Gemeenteraad Amsterdam.
5. Art. 5:99 lid 2 BW.

6. Zie Mollema, A. (2013). *Het beperkte recht : een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud* (diss. Universiteit Leiden). Leiden: BOXPress. p. 177 ‘De eigendom is het tot het vermogen behoren van een zaak; het beperkte recht is een tot het vermogen behoren van een bepaald goederenrechtelijk werkend genots- of zekerheidsrecht op een zaak. Maar op de zaak van een ander! (per definitie: het zijn immers *iura in re aliena*). Als het gaat om eigendom is dus de zaak zelf het relevante vermogensbestanddeel; gaat het om een beperkt recht op een zaak, dan is niet de zaak, maar het *beperkte recht* het relevante vermogensbestanddeel. Dat beperkte recht is – anders dan de zaak – een volkomen juridische constructie. De zaak blijft na de vestiging van het beperkte recht volledig eigendom van de eigenaar, en daarvan kan er in ons rechtssysteem tegelijkertijd slechts één zijn. De alleenheerschappij van de eigenaar wordt alleen – door de belasting van zaak en eigendom met het beperkte recht – in meer of mindere mate beperkt.’

7. Art. 5:85 lid 1 BW.
8. Art. 5:89 lid 1 BW.
9. Vgl. ECLI:NL:RBAMS:2009:BI2715, NLVE/Gemeente



worden opgelegd om aan de bloot eigenaar op al dan niet regelmatig terugkerende tijdstippen een geldsom - de canon - te betalen.<sup>10</sup> Het erfpachtrecht staat gelijk aan het (rechtmatig) hebben van de zaak.<sup>11</sup> De zaak behoort gedurende de looptijd van het erfpachtrecht tot het vermogen van de erfpachter, onder aftrek van het 'vorderingsrecht'<sup>12</sup> van de canon. Dit vermogensbestanddeel van de gekapitaliseerde canon houdt de bloot eigenaar in zijn vermogen. Pas na de beëindiging van de erfpacht komt at vermogensbestanddeel van de zaak weer terug in het vermogen van de eigenaar.

Tussen de waarde van het erfpachtrecht en de waarde van de blote eigendom bestaat een dus nauwe samenhang. De som van de waarde van de blote eigendom (BE) en die van het erfpachtrecht (EP) is gelijk aan de waarde van de volle eigendom (VE)<sup>13</sup>. In formule<sup>14</sup>:

$$BE + EP = VE$$

Na de uitgifte in erfpacht bestaat de waarde van de blote eigendom van € 100.000 uit de som van de gekapitaliseerde canon en de contante waarde van de grondwaarde na afloop van het erfpachtrecht. Bij uitgifte in erfpacht voor onbepaalde tijd ontbreekt deze laatste component en is de gekapitaliseerde canon gelijk aan € 100.000.<sup>15</sup>

Het erfpachtrecht krijgt waarde, indien de verschuldigde canon niet meer in een marktconforme verhouding staat tot de waarde van de onroerende zaak in volle eigendom. Deze situatie kan door verschillende oorzaken ontstaan, zoals bijvoorbeeld de bouw van een huis, kantoor of bedrijfsruimte op de grond door de erfpachter of de afkoop (vooruitbetaling) van de canon. Maar ook doordat tijdens de duur van het erfpachtrecht de zaak in waarde stijgt als gevolg van een algemene waardeverhoging van onroerende zaken of door specifieke oorzaken, die alleen de in erfpacht uitgegeven zaak betreffen<sup>16</sup>.

Vanaf de uitgifte maakt de erfpachter aanspraak op het bouw- en ontwikkelrecht (en heeft de erfpachter bij niet-agrarische bestemmingen veelal ingevolge de erfpachtvoorwaarden ook de bouwen ontwikkelplicht) om – binnen de bestemming die in verband met art 5:89 lid 2 BW is toegestaan volgens de erfpachtvoorwaarden – voor eigen rekening en risico gebouwen, werken en beplantingen op de grond aan te brengen, te houden en te gebruiken. De waarde van het erfpachtrecht zal – mede afhankelijk van de erfpachtvoorwaarden en in verband met een bepaling als art 5:99 BW – door de bouw van een huis op de grond de waarde van de opstal benaderen.<sup>17</sup> Bij commercieel vastgoed zal

Amsterdam rov 4.6 'Er is ook sprake van wederkerigheid, zoals de Gemeente aanvoert, doordat tegenover de verplichting om canon te betalen het zakelijk recht wordt verkregen om de grond te gebruiken.'

10. Art. 5:85 lid 2 BW

11. Zie noot 6 Mollema (2013) p. 163 'Zaken en rechten kunnen – als vermogensbestanddelen – aan iemand toebehoren, maar ze zijn wel fundamenteel verschillend. Een zaak is een stoffelijk object, dat autonoom van ons bestaat en daarnaast een belangrijke juridische rol speelt als (potentieel) vermogensbestanddeel – en dan spreken we ook wel over *eigendom*. Een *recht* is een volledig juridisch begrip, door de mens zelf in het leven geroepen, maar dat als zodanig ook een belangrijke rol speelt als vermogensbestanddeel. Het onderscheid tussen deze twee categorieën is hét fundamentele onderscheid tussen de verschillende objecten die in het goederenrecht een rol spelen als vermogensbestanddeel. Het wegedeneren van dit onderscheid door een zaak als een eigendomsrecht op een zaak te beschouwen, is in mijn ogen een miskenning van dit fundamentele onderscheid.'

12. Tussen aanhalingstekens geplaatst omdat de bloot eigenaar weliswaar een vordering op de erfpachter heeft voor de canonbetalingen, waartoe alle rechtsmiddelen open staan, maar dit vorderingsrecht voortkomt uit de vestiging van het erfpachtrecht. Er wordt bij de erfpacht uitgifte niet nog een apart vorderingsrecht gevestigd.

13. Zie ECLI:NL:PHR:1993:AB9753, Conclusie A-G, randnummer 2.2.4 en ECLI:NL:HR:1993:AB9753, Uitspraak (1993) rov 3. Het in dit arrest door de Hoge Raad vastgestelde schematisch verband tussen het vermogensbestanddelen van bloot eigendom en erfpachtrecht, dat geldt als vaste jurisprudentie, is volledig in lijn met het model van Mollema, zie noten 6 en 19.

14. Zie ook Have, G. t., Berkhout, T., & Arnhem, P. v. (2013). *Taxatieleer vastgoed 1*. Groningen: Noordhoff Uitgevers bv. In de taxatieleer wordt nog een extra component onderscheiden, die van de belastende bepalingen (BB). De formule is dan  $BE + EP + BB = VE$ . Dit impliceert dat BB zelfstandig verhandelbaar is. Dat is niet het geval. Het gaat hier om de afspraken tussen eigenaar en erfpachter. Omdat de waarde BB niet in een aparte geldsom verrekend wordt tussen eigenaar en erfpachter maar gebruikt wordt om de canongrondslag te corrigeren voor de BB, wordt de waarde BB verdisconteerd in de marktwaarde BE en EP. Ik houd hierom de eenvoudige formule aan, ook omdat deze aansluiting geeft bij markttransacties.

15. Zie ECLI:NL:PHR:1993:AB9753, Conclusie A-G, randnummer 2.2.2.

16. Vgl. ECLI:NL:PHR:1993:AB9753, Conclusie A-G, randnummer 2.2.3; hierin wordt gerefereerd aan de meerwaarde gedurende de looptijd als gevolg van de meerwaarde van de grond ten opzichte van de lopende canonverplichting. Onvermeld is de meerwaarde van de opstal gedurende de looptijd. Tezamen spreek ik hierom van de meerwaarde van de zaak dat over beide vermogensbestanddelen valt te verdelen. Ik meen dat dit door de A-G ook zo bedoeld is.

17. Vgl. ECLI:NL:RBAMS:2008:BH5471, in casu canonherziening a.g.v. een dakopbouw. In deze casus werd de residueel bepaalde waardevermeerdering van de dakopbouw aan het erfpachtrecht toebedeeld, rov 5.6 '(...) Aan dit uitgangspunt ligt de gedachte ten grondslag dat een stijging van de grondwaarde aan de Gemeenschap ten goede moet komen. (...) Onder waardevermeerdering als bedoeld in art. 13 lid 1 AB-1994 dient dan ook te worden verstaan de waardevermeerdering van de *grond* [en niet van de *zaak*; cursivering en toevoeging KdL].'

In het hoger beroep GHAMS, zaaknummer 200.032.309/01, 2010, niet gepubliceerd, bevestigt het hof de uitspraak van de rechtbank, rov 3.13. '(...) De stelling, (...), dat in een dergelijke situatie de grondwaarde kan zijn gestegen, indien juist, is immers onvoldoende om aan te nemen dat een grondwaardestijging zich in het geval van [erfpachter] ook daadwerkelijk heeft voorgedaan. (...)'

de waarde van het erfpachtrecht een afspiegeling vormen van de toekomstige verdien capaciteit van de gebouwde opstal waarbij de canonverplichting onderdeel is van de exploitatielasten.

### 3. Juridisch kader van de vermogensverdeling

In art. 5:89 lid 1 BW is bepaald dat voor zover niet in de akte van vestiging anders is bepaald, de erfpachter hetzelfde genot heeft van de zaak als een eigenaar. Met betrekking tot de vermogensverdeling tussen erfpachter en bloot eigenaar moet dit wetsartikel worden uitgelegd als een residuele bepaling<sup>18</sup>, waarbij de bloot eigenaar alleen die vermogensbestanddelen van de zaak behoudt voor zover dit expliciet is overeengekomen in de erfpachtvoorwaarden. Het overige – het residu – behoort tot het vermogensbestanddeel van de erfpachter.<sup>19,20</sup> In de

praktijk betekent dit dat de bloot eigenaar gedurende de looptijd veelal alleen het genot van de (gekapitaliseerde) canon heeft. In het landelijk gebied is er ook vaak ten gunste van de bloot eigenaar een voorbehoud gemaakt van het genot van de jacht en visserij.<sup>21</sup> Het erfpachtrecht beperkt, door de belasting van zaak en eigendom, het vermogensbestanddeel van de blote eigendom voor zover dit in de erfpachtvoorwaarden niet uitdrukkelijk is voorbehouden.<sup>22</sup> De Hoge Raad<sup>23</sup> heeft in een uitspraak uit 2019 glashelder geoordeeld dat de erfpachter in geval van een vergoeding einde erfpacht ex art. 5:87 lid 2, derde volzin, BW en art. 5:116 lid 5 BW, aanspraak maakt op de naar objectieve maatstaven vast te stellen waarde van het erfpachtrecht. Broese van Groenou<sup>24</sup> haalt in haar dissertatie uit 2019 een uitspraak van de rechtbank Arnhem uit 2005 aan die van belang is voor de opstalvergoeding die ingevolge art. 5:99 BW is verschuldigd bij het einde van de

18. In ECLI:NL:GHAMS:2013:BY9777, [X] B.V./De Belastingdienst, rov 5.1 wordt waarde van het erfpachtrecht als gevolg van de specifieke bestemming van het perceel residueel uitgelegd en bekrachtigt het Hof de uitspraak van de rechtbank in ECLI:NL:RBHAA:2010:BQ1636 rov 4.6 '(...) De inhoud van het recht van erfpacht wordt gelet op art. 5:89, eerste lid, van het BW hoofdzakelijk door de akte van vestiging bepaald en slechts in beperkte mate door hetgeen daarover wettelijk is geregeld in Titel 5.7 van het BW. (...) Het wezen van het erfpachtrecht omvat immers de specifieke bestemming van het perceel. Aan de voorwaarde dat het perceel bestemd is om door de erfpachter te worden gebruikt voor de vestiging van een brandstofverkoop punt komt derhalve goederenrechtelijke werking toe en behoort tot de inhoud van het recht van erfpacht. Nu de voorwaarde een integraal onderdeel van het recht van erfpacht betreft, dient het gehele bedrag van € 5.870.255 aan het erfpachtrecht te worden toegerekend. (...)'

In ECLI:NL:RBDHA:2018:14139, BEZ/Gemeente Zaan- dam, 2018 rov 4.43 wordt mijns inziens een verkeerde rechtsopvatting gehanteerd 'BEZ c.s. miskent met deze stelling dat het erfpachtrecht een zakelijk recht op het gebruik van eens anders onroerende zaak is.' Hiermee wordt op onbegrijpelijke wijze de betekenis van art 5:89 lid 1 BW ingeperkt, waarin bepaald is dat de erfpachter hetzelfde genot van de zaak heeft als een eigenaar.

Ook in ECLI:NL:RBDHA:2019:9765, SET/SBB, 2019 rov 5.22 wordt mijns inziens dezelfde verkeerde rechtsopvatting gehanteerd.

19. Zie noot 6 Mollema (2013) p. 120 'De beperkt gerechtigde,(...), heeft een onmiddellijke heerschappij over de zaak en staat hierbij in directe concurrentie tot de andere gerechtigden tot de zaak, waaronder met name de (bloot) eigenaar.'

20. Zie Broese van Groenou, J. (2019). *De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter (Recht en Praktijk nr. VG10)* (diss. Open Universiteit). Deventer: Wolters Kluwer p.313 'Mij lijkt in beginsel correct dat de waardeverandering toekomt aan de rechthebbende op het gebruik van de zaak, tenzij uit de vestigingsakte blijkt dat expliciet anders is afgesproken. Het gebruiksrecht omvat immers conform art. 5:89 lid 1 BW hetzelfde genot van de zaak als een eigenaar, voor zover niet in de akte van vestiging anders is bepaald.' Ze is

op basis van de behandelde jurisprudentie minder beslist p. 654 'Of de waardeveranderingen die de onroerende zaak als geheel gedurende het recht ondergaat als gevolg van externe factoren behoren tot de bloot eigendom of tot het gebruiksrecht is nog onbeslist.'

21. Een voorbehoud van het genot van jacht en visserij is een expliciete genotbeperking op basis van art. 5:90 lid 1 BW.

22. Zie ook noot 6.

23. Zie ECLI:NL:HR:2019:1578, VvE/Gemeente Bloemendaal, rov 3.1.4. 'Art. 5:87 lid 2, derde volzin, BW en art. 5:116 lid 5 BW strekken ertoe dat aan de gewezen erfpachter, respectievelijk de gewezen appartementseigenaar, in voorkomend geval de waarde wordt vergoed van het desbetreffende zakelijke recht. Beide bepalingen zijn — op grond van art. 5:87 lid 3 BW, respectievelijk 5:116 lid 7 BW — van dwingendrechtelijke aard. Die strekking en aard zijn grond om het in art. 5:87 lid 2, derde volzin, BW en art. 5:116 lid 5 BW gehanteerde begrip 'waarde' aldus uit te leggen dat de erfpachter, respectievelijk de appartementseigenaar, aanspraak kan maken op vergoeding van de naar objectieve maatstaven vast te stellen waarde van het desbetreffende zakelijke recht op het in die bepalingen genoemde tijdstip.'

rov 3.1.5. 'De wetgever heeft in art. 5:116 lid 6 BW voorzien in de mogelijkheid om in de akte van vestiging een regeling op te nemen over de wijze waarop de waarde van het appartementsrecht als bedoeld in art. 5:116 lid 5 BW zal worden bepaald. Kennelijk is in deze mogelijkheid voorzien mede omdat de bedoelde waarde naar haar aard afhankelijk is van waardeeringen waarover in redelijkheid verschil van mening kan bestaan. De in de akte opgenomen regeling moet dan ook ertoe dienen de in art. 5:116 lid 5 BW bedoelde waarde te bepalen op een vooraf tussen partijen vastgestelde wijze, zodat daarover naderhand zo min mogelijk discussie kan ontstaan. (...) In dit verband is van belang dat een van de voorlopers van art. 5:87 lid 2 BW — art. 5:7.1.10a ontwerp BW — dat evenals art. 5:87 lid 2 BW een dwingendrechtelijk karakter had, uitdrukkelijk in de mogelijkheid voorzag om in de akte van vestiging een regeling op te nemen over de wijze van berekening van de waarde van het erfpachtrecht.'

24. Zie noot 20 Broese van Groenou (2019) p. 615 Rb. Arnhem 14 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5043, bevestigd in het eindvonnis van Rb. Arnhem 5 april 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AW7233, De Waalboog/erfpachters

erfpacht. De rechtbank legde het beding voor de opstalvergoeding uit naar objectieve maatstaven. Dat betekende dat alleen rekening werd gehouden met de partijbedoelingen en de context van de rechtsverhouding voor zover die hun weerslag in de akte hadden gekregen. De omvang van de verschillende vermogensbestanddelen van de zaak volgt dus uit een objectieve uitleg van de erfpachtbepalingen. Dit betekent dat rechters, taxateurs en bindend adviseurs zich niet op subjectieve inzichten over de grens hiertussen kunnen verlaten.<sup>25</sup>

De Hoge Raad<sup>26</sup> heeft in een uitspraak uit 1999 voor erfpacht die is uitgegeven voor *bepaalde tijd*, bepaald dat heruitgifte plaats kan vinden op basis van dat deel van de marktwaarde van de onroerende zaak (grond en opstal) dat aan de grond valt toe te rekenen (de actuele grondwaarde). Daarbij is het beginsel van redelijkheid en billijkheid en zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur<sup>27</sup> van toepassing op de vermogensrechtelijke verhouding tussen bloot eigenaar en de erfpachter. In het aangehaalde arrest uit 1999 oordeelde de Hoge Raad dat bij het einde van de tijdelijke erfpacht er een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tussen partijen blijft bestaan. De (bloot) eigenaar maakt dan ook alleen aanspraak op de actuele waarde van de grond, oftewel het deel van de marktwaarde van de zaak dat aan de grond valt toe te delen. De omstandigheden van het geval zijn van belang bij de allocatie.

In de literatuur heeft Van Velten<sup>28,29</sup> in 1995 de verhouding tussen de vergoedingsrechten van de artikelen 5:87 lid 2 BW en 5:99 BW aan de orde gesteld. Naar zijn opvatting kan de vergoeding van de waarde van de erfpacht ex art. 5:87 lid 2 BW slechts op de grond betrekking hebben en vormt art. 5:99 BW steeds de grondslag voor de vergoeding van de opstalwaarde. Volgens Pleysier<sup>30</sup> (2007) geven de wet en de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunten voor het standpunt van Van Velten. Naar zijn mening derogeeert art. 5:87 lid 2 BW aan art. 5:99 BW en dient in geval van opzegging wegens tekortschieten van de erfpachter uitsluitend art. 5:87 lid 2 BW en niet art. 5:99 BW te worden toegepast. Pleysier stelt voorts dat de waarde van de erfpacht ingevolge art. 5:87 lid 2 BW dient te worden bepaald aan de hand van de opbrengst die een derde zou over hebben voor een erfpachtrecht op het registergoed, onder dezelfde voorwaarden en voor de resterende duur. De waarde van het erfpachtrecht dient daarbij mede bepaald te worden door de aanwezigheid van de opstallen. Vonck<sup>31</sup> schaart zich in zijn dissertatie in 2013 achter Pleysier. Naar zijn mening kan de in art. 5:99 lid 1 BW bedoelde vergoeding nergens meer betrekking op hebben, aangezien volgens art. 5:87 lid 2 BW al de gehele waarde van de erfpacht, inclusief de opstalwaarde die daarin is geïncorporeerd, dient te worden vergoed. Deze redenering zou – gelet op de wetsgeschiedenis – bovendien meer in lijn zijn met de bedoeling van de wetgever. Vonck merkt nog wel op dat de opstalwaarde naar zijn mening geïncorporeerd wordt in de waarde van de erfpacht, indien de erfpachter bij een regulier einde van zijn recht aanspraak zou maken op de in art. 5:99 BW bedoelde vergoeding. In zoverre is het dus weinig van belang of het vergoedingsrecht in geval van beëindiging wegens tekortschieten wordt gebaseerd op art. 5:87 lid 2 BW of op art. 5:99 BW, aldus Vonck.

Mollema<sup>32</sup> concludeert in haar dissertatie in 2013 dat de vestiging van een erfpachtrecht vermogensrechtelijk inhoudt dat de alleenheerschappij van de eigenaar door de belasting van zaak én de eigendom met de vestiging van het recht van erfpacht in meer of mindere mate is beperkt. De erfpachter heeft de aanspraak op het vermogensbestanddeel van de zaak (c.q. de economische eigendom) voor zover dit niet beperkt wordt door de erfpachtbepa-

25. Hiermee bedoel ik niet te zeggen dat de te gebruiken taxatiemethoden om de (markt)waarde van de vermogensbestanddelen vast te stellen beperkt wordt en ook niet dat bij het bepalen van die waarde intuïtieve inzichten geen rol zouden (mogen) spelen. Het gaat om de grensbepaling van het vermogensrecht.

26. Zie ECLI:NL:HR:1999:ZC2879, Belangenbehartiging Erfpachters e.a./Gemeente 's-Gravenhage, P. Jager (als deskundige betrokkene) schreef hierover <https://erfpachtdeskundige.nl/artikelen/marktconformiteit-en-erfpacht/>, geraadpleegd 8 juni 2021, 'In Den Haag was sprake van tijdelijke 75-jarige erfpacht zonder indexatie van de canon. De gemeente mocht de canon bij heruitgifte marktconform aanpassen, omdat er met de belangen van de erfpachters in ruime mate rekening werd gehouden door een depreciatie van de grondwaarde van 45% (berekend op basis van meer dan honderd proeftaxaties) in verband met alle nadelen van de erfpacht. Ook het voordeel van de meerwaarde van de erfpacht bij heruitgifte in eeuwigdurende erfpacht en niet in tijdelijke erfpacht speelde een rol.' Dit is in hoger beroep en in cassatie niet meer aan de orde geweest.

27. Zie ECLI:NL:HR:1987:AG5565, Amsterdam/Ikon, rov 3.3. 'Een overheidslichaam behoort bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtsverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur — en derhalve ook het gelijkheidsbeginsel als een van die beginselen — in acht te nemen.'

28. In ECLI:NL:RBROT:2013:6732 rov 4.15 geeft de rechtbank Rotterdam een overzicht van de literatuur over de verhouding tussen de vergoedingsrechten van de artikelen 5:87 lid 2 BW en 5:99 BW. In deze alinea overgenomen.

29. Velten, van A.A. 'Privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht', in: *Erfpacht* (Preadvies KNB), 1995, p. 55.

30. Pleysier, A.J.H. 'Moet bij opzegging van een 'oude' erfpacht de eigenaar de waarde van de erfpacht aan de erfpachter vergoeden?', *JBN* 2007/49.

31. Zie Vonck, F. (2013). *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*. (diss. Rijksuniversiteit Groningen) Den Haag: Boom p. 275-277.

32. Zie noot 6.

lingen (overeenkomstig art 5:89 lid 1 BW). Het BW geeft op deze wijze bij erfpacht invulling aan het begrip economische eigendom, hoewel het begrip als zodanig niet in het BW is opgenomen. Dit wordt nog duidelijker geïllustreerd bij de vergoeding bij het einde van een tijdelijk erfpachtrecht dat gevestigd is op een appartementsrecht. Broese van Groenou<sup>33</sup> constateert in haar dissertatie in 2019 dat het vraagstuk aan welke gerechtigde gedurende de looptijd van een erfpachtrecht de waardeverandering toekomt die de onroerende zaak als gevolg van externe factoren ondergaat, ten grondslag ligt aan veel erfpachtconflicten en kan naar haar mening in het algemeen alleen aan de hand van art. 5:89 lid 1 BW en daarmee aan de hand van de algemene en bijzondere erfpachtvoorwaarden van het geval worden beslist.

Waar Pleysier en Vonck bij beëindiging wegens tekortschieten uitgaan van de derogerende werking van art. 5:87 lid 2 BW aan art. 5:99 lid 1 BW, toont Mollema mijns inziens aan dat het wezen van erfpacht tot gevolg heeft dat er in alle gevallen geen verschil tussen de werking van beide artikelen gemaakt mag worden. Indien de erfpachtbepalingen verschillende vergoedingsregelingen toekennen aan verschillende situaties waaronder de beëindiging tot stand is gekomen, is het enkel verwijzen in de erfpachtbepalingen naar deze wetsartikelen onvoldoende om hieraan een andere waarde te ontleen. Daarvoor moet een regeling opgenomen zijn over de wijze van berekening van de waarde van het erfpachtrecht in de betreffende situatie<sup>34</sup>. Een vergoeding op basis van art. 5:99 lid 1 BW is een vergoeding van het vermogensbestanddeel van het erfpachtrecht in de zaak. De erfpachter is ondanks zijn investeringen in de opstal nimmer de juridisch eigenaar ervan geweest, maar wel de economisch eigenaar. De opstalwaarde is de waarde van het erfpachtrecht. De grondwaarde is de waarde van de blote eigendom. De begrippen zijn in de erfpachtcontext synoniemen voor elkaar.

#### 4. Marktwaaarde van de opstal

Omtrent de wijze waarop de waarde van de opstallen moet worden gewaardeerd einde erfpacht, geeft de wettekst van de art. 5:99 lid 1 BW geen uitsluitel. Vonck<sup>35</sup> schrijft in zijn dissertatie uit 2013 dat de literatuur unaniem is dat bij de opstalvergoeding moet worden uitgegaan van de marktwaaarde van de opstallen, los van de grond. Hij benadrukt de lastige opgave waar taxateurs voor staan bij de vermogensverdeling tussen grond en opstal. Van Gellicum en Van Arnhem stellen dat hier bedoeld zal zijn de marktconforme waarde, nu de opstallen en de grond niet zelfstandig verhandelbaar zijn, hetgeen één van de vereisten is in de alomtegenwoordig

de definitie van het begrip marktwaaarde.<sup>36</sup> Alleen de volle eigendom of het erfpachtrecht en de blote eigendom van het grondperceel zijn immers in de markt verhandelbaar en hebben marktwaaarde. De verwijzing die Van Gellicum en Van Arnhem maken naar de fysieke componenten van de zaak zijn niet nodig en dit onderscheid is in de discussie over de opstalvergoeding overbodig. Een vergoeding op basis van de art. 5:87 lid 2 BW en 5:99 lid 1 BW is een vergoeding van de marktwaaarde van het erfpachtrecht als vermogensbestanddeel in de zaak.

Voor het waarden van activa is sinds decennia het kapitaliseren<sup>37</sup> van de toekomstige verdien capaciteit van het activum de maatstaf. Investeren uit het verleden in het activum zijn zogenaamde 'sunk costs' en zijn niet relevant voor de actuele (markt)waarde van het activum. Dit geldt vanaf de jaren '80 van de vorige eeuw ook breed voor de vastgoedpraktijk in Nederland. De marktwaaarde wordt bepaald door de toekomstige kasstroom en/of het toekomstige nut contant te maken tegen de vermogenskostenvoet van de risico-klasse. Op het kapitaliseren van toekomstige kasstromen is de moderne financieringstheorie (de Modern Portfolio Theory en het Capital Asset Pricing Model) gebaseerd, die aan de basis ligt van onze hedendaagse economische ordening.

Indien er op een perceel grond een erfpachtrecht is gevestigd, dan vallen het erfpachtrecht en de blote eigendom in dezelfde risico-klasse.<sup>38</sup> De marktwaaarde van een onroerende (erfpacht)zaak is immers onafhankelijk van de kapitaalstructuur – hoe de zaak is gefinancierd. De tijdwaarde van de blote eigendom en van de grond is gelijk aan de tijdwaarde van het erfpachtrecht en van de opstallen en de tijdwaarde van de volle eigendom van een object. Voor de opstalvergoeding moet gekeken worden naar de toekomstige verdien capaciteit van de opstal die achtergelaten wordt. Wat er in het verleden in de opstallen is geïnvesteerd of wat het herbouwen van de opstallen zou moeten kosten is irrelevant voor de waardebepaling. De kostenbenadering komt in de taxatieleer bij het vaststellen van de marktwaaarde pas in beeld, wanneer de opbrengst hiervan hoger uitvalt dan de waarde die bepaald

33. Zie noot 20 Broese van Groenou (2019). p. 670.

34. Zie noot 23.

35. Zie noot 31 Vonck (2013). p.275.

36. IVS. (2020). *International Valuation Standards*. International Valuation Standards Council.

37. Het kapitaliseren van toekomstige kasstromen in de moderne financieringstheorie is gebaseerd op Modigliani, F., & Miller, M. H. (1958). The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment. *The American Economic Review*, Vol. 48, No. 3., 261-297. en Modigliani, F., & Miller, M. (1963). Corporate Income Taxes and the Cost of Capital: A Correction. *The American Economic Review*, Vol. 53, No. 3, 433-443.

38. De activum categorie waartoe de zaak behoort, i.c. commercieel onroerend goed of specifiekere kantoren of bedrijfshallen, is in de moderne financieringstheorie bepalend voor de hoogte van de vermogenskostenvoet bij het bepalen van de marktwaaarde. De hoogte hiervan verschilt tussen de verschillende activa klassen, naar gelang de marktrisico's van de toekomstige kasstromen in de betreffende klasse.

wordt via de comparatieve- of inkomstenbenadering en bij niet-courante objecten.

Van Gellicum en Van Arnhem kiezen daarentegen voor een fysieke allocatie van de waarde van een bebouwd perceel over de componenten grond en opstal. De auteurs stellen dat *'de kostenbenadering (gecorrigeerde vervangingswaarde) de aangewezen weg is om de opstalwaarde einde erfpacht te bepalen'* en beargumenteren dit met *'omdat de opstal, in tegenstelling tot de grond, vervangbaar is'*. De auteurs stellen ook dat de gecorrigeerde vervangingswaarde *'als enige methode goed aansluit bij het economisch hoofdprincipe dat locatiegebonden goodwill (lees: de economische meerwaarde van de locatie en bestemming) moet worden toegerekend aan de – onvervangbare- grond en niet aan – vervangbare – gebouwen'*. Het hier gebruikte economisch hoofdprincipe is uitsluitend aan de orde als de eigendom geheel in één hand is en niet zodra er meerdere gerechtigden zijn tot de economisch eigendom van de zaak. Van Gellicum en Van Arnhem bespreken een methode voor het bepalen van de beleggingswaarde van de grond vanuit het perspectief van de grondeigenaar, niet voor de marktwaarde hiervan. De door Van Gellicum en Van Arnhem gevolgde redenering over de omvang van de vermogensbestanddelen is, gelet op het voorgaande, naar mijn mening zowel (wetenschappelijk) juridisch als economisch gestoeld op subjectieve inzichten. De fysieke allocatie van de waarde is niet aan de orde.

Het volgende voorbeeld laat zien dat kostenbenadering (gecorrigeerde vervangingswaarde) in de regel niet leidt tot een marktconforme vergoeding en dus juist niet de aangewezen weg is.

Het gaat om de vergoeding aan het einde van de erfpacht van twee fysiek identieke distributiecentra, één gelegen in Den Helder en de ander in Venlo. De percelen zijn in tijdelijke erfpacht uitgegeven door beide gemeenten en lopen gelijktijdig af. De erfpachtvoorwaarden zijn identiek, alleen is de canon einde erfpacht in Venlo het dubbele van die in Den Helder. De hogere aflopende (huur-)inkomsten in Venlo compenseren tenminste de eveneens hogere aflopende canon. Door de locatie zijn er voor de opstal in Venlo veel meer alternatieve toepassingsmogelijkheden en is de vraag naar distributiecentra in Venlo veel groter dan in Den Helder, waardoor de kans op leegstand veel kleiner is. Voor het distributiecentrum in Venlo zal logischerwijs een hogere marktprijs betaald worden dan voor het fysiek identieke distributiecentrum in Den Helder. De grondeigenaar in Venlo kan met de achtergelaten opstal in de toekomst immers meer inkomsten (huuropbrengsten) genereren tegen een lager risico dan de grondeigenaar in Den Helder. De markthuur voor het distributiecentrum in Venlo zal dan logischerwijs hoger zijn dan in Den Helder. De canon is voor de erfpachter onderdeel van de exploitatielasten. Het kan ook zo zijn dat als gevolg van een overcapaciteit in distributiecentra de markthuur in Venlo niet opweegt tegen het verschil in aflopende canon. In dat geval zal de opstalvergoeding in Venlo lager uitvallen dan in Den Helder. In de kostenbenadering zullen beide distributiecentra tot

eenzelfde opstalvergoeding leiden, die bovendien helemaal niet gerelateerd is aan de toekomstige verdien capaciteit.

Van Gellicum en Van Arnhem gaan er in hun theoretisch concept vanuit dat de erfpachter de waarde van het erfpachtrecht aan het einde van de looptijd heeft afgeschreven tot nul en de opstal heeft afgeschreven tot de gecorrigeerde vervangingswaarde. Zoals hiervoor aangegeven is dit theoretisch concept, dat in de taxatieleer<sup>39</sup> slechts aangehaald wordt, gebaseerd op verkeerde juridische- en economische uitgangspunten. Het afschrijven van historische kosten past helemaal niet in de leer van waarderen van toekomstige kasstromen en nut. Afschrijving is een boekhoudkundig concept voor bedrijven<sup>40</sup> dat ingekaderd is door financieel administratieve en fiscale regelgeving en niets van doen heeft met de verdien capaciteit. In de economische theorie vindt de afschrijving plaats over de economische levensduur van het activum. De gecorrigeerde vervangingswaarde is met name toepasbaar bij incourante niet-woningen zoals scholen, ziekenhuizen en energiecentrales<sup>41</sup> en is in de regel dus geen objectieve maatstaf voor een marktconforme vergoeding einde erfpacht voor de opstal. In de taxatieleer<sup>42</sup> is wel beschreven dat de inkomstenbenadering de gewezen methode is om de waarde van het erfpachtrecht vast te stellen. Zoals hiervoor aangegeven is er geen onderscheid in waardering tussen de begrippen opstal en erfpacht. De inkomstenbenadering is ook voor het bepalen van de vergoeding einde erfpacht de gewezen methode. De eigenaar neemt immers bij einde erfpacht de lopende exploitatie van de opstal van de erfpachter over, of kan deze op gelijke wijze voortzetten.

Het is dus een misvatting dat de economische meerwaarde van de locatie en bestemming uitsluitend in de grondcomponent zit. Een (groot) gedeelte van de locatie- en bestemmingswaarde zit in de toekomstige verdien capaciteit van de component opstal c.q. erfpachtrecht. Vraag en aanbod en exploitatierisico's zijn hierbij in hoofdzaak de economische drijfveren. De opstalvergoeding moet dan ook worden bepaald met het uitgangspunt dat er wordt doorgeexploiteerd. Het taxatie uitgangspunt van doorexplotatie<sup>43</sup> is algemeen aanvaard bij commercieel

39. Zie noot 14 Have, Berkhout, & Arnhem (2013) op p 450/451 wordt geen waarderingsmethode opstalvergoeding beschreven; p. 465 'Analoog: als de peildatum X opschuift naar de expiratedatum, schuift de waarde van het recht van erfpacht op naar nihil (behoudens de eindafrekening).'

40. Voor consumenten erfpacht is het concept van afschrijving al helemaal niet bruikbaar, particulieren mogen fiscaal niet afschrijven.

41. Vgl <https://www.waarderingskamer.nl/woz-voor-bedrijven/waarderingsmethoden-niet-woningen/>, geraadpleegd 17 juni 2021.

42. Zie noot 14 Have, Berkhout, & Arnhem (2013) op p 464 wordt de inkomstenbenadering toegepast.

43. Bij taxatie op basis van een doorexplotatie scenario wordt in de regel twee taxatiemethoden gebruikt. Vaak een BAR/NAR vergelijkingsmethode

vastgoed. De fictie van heruitgifte van het erfpachtrecht onder gelijklopende erfpachtvoorwaarden, maar wel met een herziene canon die gebaseerd is op een actuele (markt)waarde van de grond<sup>44</sup>, geeft invulling aan het te hanteren model van doorexplotatie. Het gaat hierbij om dat gedeelte van de bedrijfsexploitatie dat toe te rekenen is aan de opstal. De markthuurlast is hiervoor een goede indicator: bij het einde van de erfpacht zullen de eventuele contracturen afgelopen zijn. Er is geen enkele reden om voor het bepalen van de opstalvergoeding einde erfpacht opeens een geheel andere benadering te kiezen. De zaak krijgt door het eindigen van het erfpachtrecht geen andere waarde<sup>45</sup>. De enige vraag die voor de opstalvergoeding beantwoord hoeft te worden is welk gedeelte van de marktwaarde van de zaak de economische eigendom van de opstal c.q. het erfpachtrecht toekomt. Dat kunnen commercieel vastgoed taxateurs met behulp van de inkomstenbenadering over het algemeen best goed.

## 5. Conclusie

Van Gellicum en Van Arnhem sluiten hun bijdrage 'De opstalvergoeding bij groene erfpacht' af met de opmerking dat de herbouwwaarde van de opstal een maximum stelt aan de opstalwaarde: *'want iets dat reproduceerbaar is, kan niet meer waard zijn dan de kostprijs van zijn vervanging'*. In onze economische ordening is het taxeren en waarderen van activa echter op een geheel ander fundament gebouwd. De prijsdifferentiatie waar we dagelijks mee geconfronteerd worden in het vliegtuig, de supermarkt of in een bedrijfsverzamelgebouw, zou in het theoretisch concept van beide auteurs niet bestaan. De door Van Gellicum en Van Arnhem gevolgde redenering is naar mijn mening zowel (wetenschappelijk) juridisch- als economisch gestoeld op subjectieve inzichten.

Uit de literatuur volgt dat in de wet geen verschil is gemaakt tussen de inhoud van de begrippen grondwaarde en waarde bloot eigendom en van de begrippen opstalwaarde en waarde erfpachtrecht. Vermogensrechtelijk houdt de vestiging van een erfpachtrecht in dat de alleenheerschappij van de eigenaar door de belasting van zaak én eigendom met het recht van erfpacht in meer of mindere mate is beperkt. De erfpachter heeft de aanspraak op de

economische eigendom van de zaak voor zover dit niet beperkt is in de erfpachtbepalingen. De opstalwaarde is de waarde van het erfpachtrecht. De begrippen zijn in de erfpachtcontext synoniemen voor elkaar.

De inkomstenbenadering is ook voor het bepalen van de opstalvergoeding einde erfpacht de aangewezen methode. De eigenaar neemt immers bij einde erfpacht de lopende exploitatie van de opstal van de erfpachter over, of kan deze op gelijke wijze voortzetten. Het uitgangspunt voor het bepalen van de opstalvergoeding moet dan ook plaats vinden met het uitgangspunt van doorexplotieren. De fictie van heruitgifte van het erfpachtrecht onder gelijklopende erfpachtvoorwaarden, maar wel met een herziene canon die gebaseerd is op een actuele (markt)waarde van de grond, geeft invulling aan het te hanteren model van doorexplotatie. Het gaat hierbij om dat gedeelte van de bedrijfsexploitatie dat toe te rekenen is aan de opstal. De markthuurlast is hiervoor een goede indicator voor de inkomsten. In de gebonden relatie tussen eigenaar en (ex-)erfpachter is de (fictieve herziene) canon een endogene variabele die de vermogensbestanddelen in de (markt)waarde van de zaak van beide economisch gerechtigden bepaalt. Bij het taxeren van de opstalvergoeding einde erfpacht zijn de naar objectieve maatstaven uit te leggen erfpachtbepalingen bepalend voor de omstandigheden van het geval, waarbij de redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn.

---

en een kasstroom methode op basis van contract- en markthuurlast, exploitatiekosten en een eindwaarde.

44. Zie noot 26; dit wil dus niet zeggen dat bij de actuele (markt)waarde van de grond ongecorrigeerd uitgegaan kan worden van de prijs van nieuwbouwkavels. De omstandigheden van het geval spelen hierin een belangrijke rol. In de casus van de erfpachters in Den Haag werd een depreciatie van 45% van nieuwbouwkavelrijzen door de rechter redelijk gevonden.

45. In de moderne financieringstheorie leidt alleen een ander fiscale behandeling van verschillende financieringsbronnen tot meer- of minderwaarde van het activum.

**Nawoord bij artikel “Opstalvergoeding einde erfpacht verdient een beter  
fundament” door ing. A. van Gellicum en drs. P.C. van Arnhem**

# Nawoord bij de reactie van drs. K.M. de Lange

*Ing. A. van Gellicum en drs. P.C. van Arnhem*

Art. 5:87 lid 2 BW heeft betrekking op de vergoeding aan de erfpachter bij opzegging van het recht van erfpacht wegens verzuim. De marktwaarde van het (in de regel goed vermarktbaar) recht van erfpacht moet worden vergoed, uitgaande van de fictie dat opzegging niet had plaatsgehad. Art. 5:99 lid 1 BW ziet op een geheel andere vergoeding: die in geval van expiratie van het erfpachtrecht door termijnverloop. Nu wordt de restwaarde van de (in de regel niet los van de grond vermarktbaar) opstal aan de scheidende erfpachter vergoed na eindiging van de erfpacht.

De kern van de reactie van drs. K. de Lange wordt samengevat in zijn navolgende stelling: 'Een vergoeding op basis van art. 5:99 lid 1 BW is een vergoeding van het vermogensbestanddeel van het erfpachtrecht in de zaak'. Deze stelling en zijn conclusie dat 'uit de literatuur volgt dat in de wet geen verschil is gemaakt tussen de inhoud van de begrippen grondwaarde en waarde bloot eigendom en van de begrippen opstalwaarde en waarde erfpachtrecht' delen wij, onder verwijzing naar de wettelijke tekst van art. BW 5:99 lid 1, niet.

Naar onze mening – en eveneens naar wat wij in de praktijk en rechtspraak waarnemen – ziet de vergoeding sec op de waarde van nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen. Dat zijn fysieke zaken. De marktconforme waarde daarvan moet – uitgaande van een gedachte overneming ervan zonder de grond – worden bepaald. De geëindigde erfpacht speelt daarbij geen enkele rol.

Een tweede punt dat drs. De Lange maakt, is dat hij – met uitsluiting van alle andere methoden – de inkomstenbenadering alleen toepasselijk acht, als methode om de eerdergenoemde restwaarde te verkrijgen. Dat is in zijn algemeenheid niet juist. In de vaste vastgoedtaxatieleer zijn er, zonder enige uitsluiting, drie benaderingen toepasselijk: de kostenbenadering, de comparatieve benadering en de inkomstenbenadering. Waarde is een grootheid die niet kan worden gekend, hij moet worden geschat. Elk van de drie benaderingen – met elk zijn een eigen redeneertrant – verschaft een indicator voor waar de marktwaarde – binnen een zekere schattingsmarge – zal liggen. Het is aan de taxateurs de verkregen indicators te verzoenen tot de finale waarde, waarbij de validiteit van de gekozen methoden – die ieder hun eigen sterkten en zwakten kennen – wordt gewogen. We achten de kostenbenadering voor de waardering van uitsluitend opstal veruit het meest valide en trefzeker, zoals uitgelegd in ons artikel.

Wij merken overigens naar aanleiding van de reactie van drs. De Lange op dat de waarde van de bloot eigendom (inderdaad geen wettelijk begrip) geheel iets anders is dan de waarde van de grond die in de regel wordt gebruikt om met inachtneming van het te hanteren canonpercentage de canon te bepalen. De (contante) waarde van het bloot eigendom laat zich prima zelfstandig taxeren, en hangt af van (a) canon, (b) canonherziening, (c) resterende looptijd, (d) naar het vermogen van de eigenaar weer toevallende volle waarde van het geheel bij einde erfpacht en (d) de eventueel aan de erfpachter alsdan verschuldigde opstalvergoeding. Slechts bij toeval is die gelijk aan de grondwaarde.

De Lange lijkt in beide gevallen - inderdaad - ten onrechte te veronderstellen dat er geen onderscheid is.

Tot slot een opmerking over de term afschrijving. Dat in de kostenbenadering het begrip afschrijving wordt gebezigd betekent niet dit in boekhoudkundige zin, laat staan fiscale zin, moet worden verstaan. 'Afschrijving' is in het jargon van de kostenbenadering: verouderingscorrectie, en die is zowel technisch als functioneel (waaronder functioneel-economisch).