

Powers. Cambridge: Cambridge University Press.
 Franchino, F. (2004). 'Delegating Powers in the European Community'. *British Journal of Political Science*, 34(2), 269-293.
 Galligan, D.J. (1986). *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*. Oxford: Clarendon.
 Hawkins, K. (1992). *The Uses of Discretion*. Oxford: Clarendon Press.
 Hofmann, H., Rowe, G.C., & Türk, A.H. (2011). 'Rules and Principles Governing the Substance of Administrative Decision-making'. In G.C.R. Herwig, C.H. Hofmann, & Alexander H. Türk (Ed.), *Adminis-*

trative Law and Policy of the European Union. Oxford: Oxford University Press.
 Huber, J.D., & Shipan, C.R. (2002). *Deliberate Discretion?: The Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press.
 Thomson, R., & Torenvlied, R. (2011). 'Information, Commitment and Consensus: A Comparison of Three Perspectives on Delegation in the European Union'. *British Journal of Political Science*, 41(01), 139-159.
 Toshkov, D. (2011). 'The Quest for Relevance: Research on Compliance with EU Law'. (October), 1-23.

Working paper. Retrieved from www.dimiter.eu/articles/Compliance%20review.pdf (consulted March 2017).
 Zhelyazkova, A., & Torenvlied, R. (2009). 'The Time-Dependent Effect of Conflict in the Council on Delays in the Transposition of EU Directives'. *European Union Politics*, 10(1), 35-62.

1. N. Dörrenbächer is a PhD candidate and researcher at Radboud University Institute for Management Research in Nijmegen.

Fokke Jan Vonck, De flexibiliteit van het recht van erfpacht

Diss. Groningen, promotoren prof. mr. L.A.A. Verstappen en prof. mr. A.A. van Velten, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, 333 p., ISBN 978-90-8974-778-5.

1. Inleiding

De dissertatie waarop Fokke Jan Vonck alweer op 6 juni 2013 promoveerde aan de Groningse universiteit is te lang op mijn bureau blijven liggen. Inmiddels verschenen al boekbesprekingen van de hand van Huijgen (WPNR 2014, afl. 7029) en Stolz (MvV 2015, afl. 1, p. 14-17) en voegde Vonck een nieuwe kraal toe aan zijn ketting van kernpublicaties, namelijk het samen met Van Velten uitgebrachte – en succesvol verdedigde – preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht, gewijd aan het appartementsrecht (A.A. van Velten & F.J. Vonck, *Appartementsrecht en aanverwante rechtsfiguren voor de privaatrechtelijke vormgeving van bouwwerken* (preadvies VBR), Den Haag: VBR 2016). Het door Vonck verrichte onderzoek naar (de flexibiliteit van) het recht van erfpacht verdient het echter om ook in de kolommen van dit tijdschrift niet onbesproken te blijven.

2. Achtergrond

De enigszins in het onderwerp ingevoerde lezer zou de vraag kunnen bekruipe wat de actuele relevantie

is van een dergelijk onderzoek. Erfpacht lijkt toch een instrument dat zijn beste tijd heeft gehad? De grootgebruikers daarvan – met name de grote(re) Nederlandse gemeenten – lijken in belangrijke mate af te willen van de bestaande erfpachtverhoudingen. Toch is dat – zoals ook Vonck laat zien – maar een deel van het verhaal.

Een gemeente als Amsterdam bijvoorbeeld houdt nog steeds vast aan het systeem van erfpacht. Sterker nog, daar is erfpacht ineens weer heel actueel nu de gemeente erfpachters recent de mogelijkheid heeft geboden om een keuze te maken tussen een stelsel van zogenaamde voortdurende erfpacht of eeuwigdurende erfpacht. Beide figuren worden weliswaar afgesloten voor onbeperkte tijd, maar bij voortdurende erfpacht wordt elke 50 of 75 jaar opnieuw gekeken naar de actuele grondwaarde om daar de canon op aan te passen, terwijl bij eeuwigdurende erfpacht de canon nog maar één keer wordt bepaald. Door de – naar mijn inschatting – wat ongelukkige wijze van presenteren van

deze keuzemogelijkheid en de soms zeer forse canonstijgingen is onder Amsterdamse erfpachters overigens de nodige beroering ontstaan.

Daarnaast is erfpacht nog niet zo lang geleden 'herontdekt' door niet-overheden. Natuur beherende organisaties kiezen voor uitgifte van (natuur)gronden in erfpacht, de agrarische erfpacht heeft – met name vanwege daaraan verbonden fiscale voordelen – aan populariteit gewonnen en ook uitgifte in erfpacht door particulieren wordt gesignaleerd.

De erfpacht kan als rechtsfiguur enkel overleven wanneer die rechtsfiguur ook in een moderne tijd voldoende aantrekkelijk wordt bevonden. Aantrekkelijkheid wordt bepaald door de aanwendingsmogelijkheden. Aldus doemt als vanzelf de voornaamste onderzoeksvraag van Vonck op, namelijk die naar de flexibiliteit van het recht van erfpacht.

3. Aanpak

Mij lijken twee manieren denkbaar om een dergelijk onderzoek te ver-

richten: een abstracte en een concrete benadering. De abstracte benadering neemt het recht als uitgangspunt en onderzoekt – vanaf de tekentafel – via diverse hypotheses in welke mate het recht van erfpacht flexibel is. De concrete benadering neemt juist specifieke wijzen van (beoogde) toepassing en daarbij al dan niet opgekomen problemen onder de loep en beoordeelt op die wijze de mate van flexibiliteit. Vonck maakt duidelijk een keuze voor die tweede aanpak en die spreekt mij – als praktijkjurist – ook het meeste aan. Datzelfde geldt voor de door Vonck gekozen structuur: die volgt de normale levenscyclus van een recht van erfpacht, van vestiging (hoofdstuk IV), via wijziging of verlenging (hoofdstuk V) naar beëindiging (hoofdstuk VI). Hoofdstuk II schetst de ‘moderne functies’ van erfpacht en hoofdstuk III staat stil bij ‘erfpacht en de doorkruising van het publiekrecht’ (waarover later meer). Uiteraard zien de hoofdstukken I en VII op de inleiding en de conclusies.

Daarbij merk ik overigens op dat het ‘concluderende’ hoofdstuk VII tevens de samenvatting van het proefschrift is. Dat vind ik een wat ongelukkige keuze. De conclusies – de antwoorden op de onderzoeksvraag – zijn in beginsel immers toch wel iets anders dan (enkel) de samenvatting van het proefschrift. De conclusies zijn de kroon op het onderzoek, de samenvatting is een gecompriëerde weergave daarvan, én van de conclusies. Vonck had die twee naar mijn smaak beter kunnen scheiden.

Huijgen en Stolz signaleren in hun besprekingen van het proefschrift – terecht – dat Vonck elke rechtsvergelijking achterwege laat en ervaren dat als een gemis. Dat gevoelen deel ik niet. Ik signaleer dat veel recente proefschriften een of meer rechtsvergelijkende hoofdstukken kennen waarvoor geldt dat zij ongetwijfeld veel onderzoek en tijd in beslag hebben genomen maar waarvan vaak niet of nauwelijks blijkt wat het nut van deze exercitie is geweest bij het beantwoorden van de onderzoeksvraag. Voorshands zie ik niet in hoe een rechtsvergelijkende benadering had kunnen bijdragen aan de beantwoording van de vraag wat de mate

van flexibiliteit is van het Nederlandse recht van erfpacht. Ik denk dan ook dat Vonck met goede redenen ervan heeft afgezien zijn toch al kloek boek niet verder te verzwaren met buitenlandse excursies.

4. Kritiek

Evenals Huijgen in zijn boekbespreking ben ik tamelijk kritisch over hoofdstuk III. Waar het Vonck in dat hoofdstuk om te doen lijkt, is te onderzoeken of het instrument van erfpacht minder flexibel is in handen van de overheid dan in private handen. Anders gezegd: gelden er bij privaatrechtelijk handelen voor overheden andere, strengere normen dan voor private partijen? Het antwoord is vanzelfsprekend ja. Het op dit vraagstuk van toepassing zijnde heersende recht laat zich betrekkelijk eenvoudig samenvatten. Het staat een publiekrechtelijke rechtspersoon in beginsel vrij om privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten. Een overheid is echter ook in dat geval gehouden tot naleving van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bovendien kan de privaatrechtelijke weg zijn afgesloten indien een publiekrechtelijke weg tot hetzelfde beoogde resultaat leidt en die als exclusief is bedoeld. Waar het betreft de regulering van grondgebruik laat die voornoemde twee-wegenleer overigens wat meer ruimte: hoewel het bestemmingsplan de plek is waar overheidswensen ten aanzien van grondgebruik een exclusieve regeling zouden moeten vinden, vindt de Hoge Raad het toch goed dat grondgebruik ook in privaatrechtelijke overeenkomsten is geregeld, zelfs als die afwijken van de regels van het bestemmingsplan. Zie daarvoor de bekende arresten *Kunst- en Antiekstudio/Gemeente Lelystad* (HR 8 juli 1991, *NJ* 1991/691) en *Amstelimmol/Amsterdam* (HR 24 december 2004, *NJ* 2007/58), door Vonck overigens aangeduid als het *ADM-terrein*-arrest.

Het is mij niet duidelijk waarom Vonck vele pagina's nodig heeft om deze set van regels uit de doeken te doen. Zij zijn naar ik toch meen al geruime tijd gemeengoed en zouden daarom ook als zodanig in het onderzoek als uitgangspunt kunnen worden genomen. Uitvoerige analyse

daarvan kan dan achterwege blijven, temeer nu – voor zover ik kan overzien – Vonck ook niet beoogt die regels ter discussie te stellen (voor welke exercitie dit proefschrift overigens ook niet het geschikte forum zou zijn). De dissertatie van Vonck had dus – zo is mijn idee – dit hoofdstuk III – zeker in de huidige vorm – kunnen missen. Dat klemt temeer nu het hoofdstuk verraadt dat het bestuursrecht bepaald niet Voncks natuurlijke habitat is. Dat blijkt uit de nodige onzorgvuldigheden in de formulering. Om daar een voorbeeld uit te lichten: op p. 103 heeft Vonck het over ‘de nietigheid van de bestemmingsbepalingen die in het Lelystad- en in het ADM-terrein-arrest centraal staan’. De nietigheid van bestemmingsbepalingen staat in die arresten echter niet centraal, maar – zoals hiervoor al aangegeven – de vraag of de gemeente in privaatrechtelijke afspraken over grondgebruik (in beperkende zin) mag afwijken van de gebruiksmogelijkheden die het vigerende bestemmingsplan biedt. De bestemmingsplannen zelf stonden in beide arresten niet ter discussie. Dat kon ook moeilijk anders, nu de beoordeling van de nietigheid van bestemmingsplanbepalingen is voorbehouden aan de bestuursrechter.

Verder vind ik jammer dat Vonck weinig aandacht besteedt aan waarderingsvragen betreffende erfpacht. Weliswaar komt de vergoeding bij het einde van de erfpacht (op p. 270-277) enigermate aan bod en kan worden tegengeworpen dat waardering iets is van taxateurs en niet van juristen, maar voor een – zoals hiervoor vermeld – toch in belangrijke mate door in de dagelijkse praktijk ervaren problemen gedreven onderzoek had wat meer oog voor de financiële kant van het (erfpacht)verhaal zeker niet misstaan.

Zo zou erop kunnen zijn gewezen dat – vanaf de positie van de erfpachter bezien – erfpacht veel minder dan volle eigendom bijdraagt aan vermogensaanwas. Waar een (volle) eigenaar – als het goed is – door jaar na jaar aflossingen te doen op zijn hypothecaire lening zijn vermogen ziet toenemen ziet de erfpachter door het verstrijken van de termijn van erfpacht de waarde van zijn erfpacht-

recht in wezen afnemen. Problematisch is dat dit verschil door kopers dikwijls niet in koopprijzen wordt verdisconteerd, waardoor voor woningen op (tijdelijke) erfpacht soms prijzen worden betaald die nauwelijks afwijken van prijzen voor volle eigendom. Het zijn vooral dergelijke roekeloze of onvoldoende voorgelichte kopers die zich pas bij expiratie van erfpacht en/of verhoging van canon realiseren dat eigendom van een woning in volle eigendom bepaald iets anders is dan een woning op erfpacht. Tegelijk kan worden vastgesteld dat overheden bij heruitgifte taxatierichtlijnen gebruiken die tot gevolg hebben dat de waardestijging van het onroerend goed grotendeels bij de overheid terechtkomt.

Een ander – met het voorgaande onderwerp verwant – thema had kunnen zijn de waardebeoordeling van bloot eigendom (en daarmee dan tezelfdertijd de waardebeoordeling van het recht van erfpacht en de canon bij heruitgifte). Daarover is in 2013 door de zogenaamde Commissie waardebeoordeling bloot eigendom op verzoek van Staatsbosbeheer een onafhankelijk advies uitgebracht over de erfpacht op de Waddeneilanden, dat is terug te lezen op www.waardebeoordelingblooteigendom.nl. Hierin wordt aandacht besteed aan de centrale vraagstukken waarover de ‘erfpachtwereld’ (adviseurs, taxateurs en advocaten van grondeigenaren en erfpachters) tot op de dag van vandaag verdeeld is. Zo bestaat nog altijd geen consensus over de vraag hoe moet worden omgegaan met de waardevermindering die ontstaat bij introductie van het erfpachtrecht (de zgn. depreciatie). Welke invloed heeft deze depreciatie bij de bepaling van de canon? Wie heeft in welke mate recht op de waardestijging (appreciatie) als bij verkoop van de bloot eigendom aan de zittende erfpachter weer volle eigendom tot stand komt? Van wellicht nog groter belang is de vraag hoe bij heruitgifte of verlenging van het erfpachtrecht de waardestijging van het onroerend goed moet worden verdeeld tussen de eigenaar en de erfpachter. Is de eigenaar vrij om bij heruitgifte een marktconforme canon vast te stellen, die de werkelijke waarde van de erfpachtzaak weerspiegelt? Kunnen de eigenaren

zich in dat verband wel beroepen op art. 5:90 BW, dat bepaalt dat de voordelen van onroerende aard aan de erfpachter toebehoren (vgl. Hof Leeuwarden 14 januari 2010, *NJ* 2010/236)? In hoeverre moet bij dit verdelingsvraagstuk rekening worden gehouden met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, dat volgens het EHRM meebrengt dat bij verlenging van een erfpachtrecht sprake moet zijn van een *fair balance* tussen de belangen van de bloot eigenaar en de erfpachter (vgl. EHRM 12 juni 2012, appl. nr. 13221/08 en 2139/10 (*Lindheim e.a./Noorwegen*))? Het zou voor de weerbarstige praktijk zeer welkom zijn geweest als Vonck ook over deze onderwerpen zijn licht had laten schijnen.

5. Afdronk

Ik meen dat Vonck een mooi proefschrift heeft afgeleverd. Het ontbreken van (externe) rechtsvergelijking beschouw ik niet als een gemis. Het boek heeft de charme dat het (grotendeels) is geschreven met een scherpe blik op de problemen van de praktijk en op die wijze een wetenschappelijk doorwrochte studie combineert met een voor de rechtsbeoefenaar nuttig en toegankelijk naslagwerk. Daarmee heeft Vonck ook zeker gesteld dat zijn werk – anders dan menig ander proefschrift – ook daadwerkelijk wordt gelezen door juristen buiten de kring van promotoren en leescommissie. Unisono met mijn voorgangers als recensenten van dit boek, Huijgen en Stolz, kan ik niet alleen aanschaf, maar vooral ook lezing ervan van ganser harte aanbevelen.

*Jacques Sluysmans*¹
Nijmegen, maart 2017

-
1. Prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans advocaat bij Van der Feltz in Den Haag, bijzonder hoogleraar Onteigeningsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en vaste recensent van dit tijdschrift.