

Nederlandse Mededingingsautoriteit
t.a.v. mr. C.H. Fonteijn, voorzitter Raad van Bestuur
Postbus 16326
2500 BH Den Haag

Amsterdam, 26 januari 2012

Geachte heer Fonteijn,

Graag willen wij, de leden van de CDA-fractie in de Amsterdamse gemeenteraad, de Nederlandse Mededingingsautoriteit verzoeken om de marktactiviteiten van de gemeente Amsterdam als erfverpachter te onderzoeken.

Ons verzoek is mede ingegeven door een opmerking van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, in het Algemeen Overleg van de Commissie Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer op 8 december j.l.¹ Daar suggereerde de minister dat de NMa onderzoek zou kunnen doen naar de situatie waarin het gemeentelijk grondbedrijf enerzijds grondprijzen voorstelt, terwijl de gemeente anderzijds van de opbrengsten profiteert.

Hieronder lichten wij toe waarom wij menen dat er aanleiding is voor een onderzoek naar de marktactiviteiten van de gemeente Amsterdam als erfverpachter. In de eerste paragraaf zullen we ingaan op de economische machtspositie die de gemeente Amsterdam heeft, enerzijds vanwege haar marktaandeel (1.1), anderzijds vanwege de bijzondere voordelen die Amsterdam geniet ten opzichte van particuliere erfverpachters (1.2). Vervolgens (2) beschrijven wij hoe de gemeente Amsterdam meeropbrengsten uit erfpacht nastreeft. De combinatie van machtspositie en winststreven vormt de aanleiding voor dit verzoek om onderzoek en regulering door de NMa (3). In de laatste paragraaf (4) zullen wij toelichten waarom het Amsterdamse grondbedrijf OGA niet anders dient te worden beoordeeld dan andere erfverpachters die actief zijn op de grondmarkt. We sluiten af met een conclusie.

¹ De minister merkte op: "Ik geef toe dat bij grondwaarden in gemeenten een aantal factoren speelt waarin de gemeente in het bijzonder de hand heeft. Het grondbedrijf stelt immers de prijzen vast. Dat plaatst gemeenten potentieel in een situatie om vervolgens van waardeestijging te profiteren. Ik ben het ermee eens dat dit een punt van bijzondere aandacht is. *Wellicht is het ook een punt waarbij door de Consumentenautoriteit, de OPTA en de NMa gekeken kan worden in hoeverre gebruik wordt gemaakt van een positie met betrekking tot de economische activiteiten.* (curs. door ondergetekenden)" (voorlopig verslag van het Algemeen Overleg van de vaste kamercommissie voor binnenlandse zaken over erfpacht op 8 december 2011, p. 24)

1. De Economische machtspositie van de gemeente Amsterdam

De gemeente Amsterdam heeft een economische machtspositie als erfverpachter. Dit verstoort de concurrentieverhoudingen. De marktmacht van de gemeente Amsterdam wordt enerzijds bepaald door het marktaandeel (1.1), anderzijds door bijzondere voordelen die de gemeente geniet ten opzichte van andere erfverpachters (1.2).

1.1 De gemeente Amsterdam als eigenaar van de bebouwde grond

De gemeente Amsterdam is bloot-eigenaar van ongeveer 85 procent van de bebouwde grond binnen de gemeentegrenzen.² Dit grondeigendom is ondergebracht bij het Ontwikkelingsbedrijf Gemeente Amsterdam (OGA). Het merendeel van dit grondeigendom is door OGA in voortdurende erfpacht uitgegeven. Bij voortdurende erfpacht wordt de hoogte van de canon na het aflopen van een canontijdvak van 50 of 75 jaar opnieuw vastgesteld. De gemeente Amsterdam heeft 219.000 erfpachtrechten uitgegeven.

De gemeente Amsterdam heeft als hoofdstad van Nederland een unieke positie als vestigingsplaats voor organisaties en bedrijven. Dat geldt ook voor de woningmarkt. Het grondgebruik in de gemeente Amsterdam is in veel gevallen niet substitueerbaar door grondgebruik in andere gemeenten. Aangezien Amsterdam als hoofdstad een geografisch afgebakend gebied is en er geen alternatief is voor grondgebruik, is er sprake van een relevante markt in de zin van het mededingingsrecht.

Het gemeentelijke grondeigendom, dat is ondergebracht bij het gemeentelijke grondbedrijf OGA, brengt opbrengsten met zich mee. Erfpachters betalen voor de verpachte grond in de vorm van een jaarlijkse canon, of een afkoopsom voor een bepaald erfpachtijdvak, na afloop waarvan de canon opnieuw wordt vastgesteld.³ Erfpacht is een zakelijk recht, dat door private rechtspersonen of door particulieren kan worden gevestigd. Evenwel is de gemeente Amsterdam binnen het Amsterdamse grondgebied verreweg de grootste bloot-eigenaar van grond. Als eigenaar van 85% van de bebouwde grond, waarvan het merendeel in voortdurende erfpacht is uitgegeven, beschikt de gemeente Amsterdam over een economische machtspositie als grondeigenaar en erfverpachter. Omdat de gemeente in beginsel en in de praktijk grond niet verkoopt maar uitsluitend in voortdurende erfpacht uitgeeft, en daarnaast beleid voert om de resterende grond in eigendom te verwerven, is er eerder sprake van een versterking dan van een beperking van deze machtspositie. De consequentie is dat wie in Amsterdam grond wil gebruiken om te wonen of te ondernemen, dikwijls geen andere keuze heeft dan een erfpachtcontract met OGA aan te gaan of over te nemen.

1.2 De gemeente Amsterdam geniet als privaatrechtelijke grondeigenaar publiekrechtelijke voordelen

De economische dominantie van de gemeente Amsterdam als eigenaar van ongeveer 85% bebouwde grond wordt versterkt door een aantal voordelen die de gemeente geniet als overheidsinstelling.

2 "De gemeente Amsterdam (...) bezit de bloot-eigendom van ongeveer 85% van de gebouwde omgeving in Amsterdam.", aldus het College van B & W Amsterdam in beantwoording schriftelijke vragen van het raadslid de heer A.H. van Drooge van 6 oktober 2011 inzake nieuwe criteria voor de financiering van (particuliere) erfpacht, 2 december 2011, blz. 4.

3 Erfpacht. Brochure Ontwikkelingsbedrijf gemeente Amsterdam, oktober 2011.

1.2.a De gemeente Amsterdam houdt zich niet aan de eis van de NVB met betrekking tot transparantie van de canonverhoging

De gemeente Amsterdam voldoet niet aan twee van de vijf eisen die door de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) aan particuliere erfverpachters worden gesteld met betrekking tot erfpachtcontracten.⁴ De NVB formuleerde onlangs deze vijf voorwaarden in overleg met de sector, omdat banken het afgelopen jaar financiering weigerden voor hypotheeklen op door particuliere partijen verpachte grond.

De eerste eis waar de gemeente niet aan voldoet, is dat “de actuele canon bekend moet zijn en de (verwachte) lastenontwikkeling voor de erfpachter duidelijk en niet onaanvaardbaar moet zijn;”

Pas drie jaar voor het aflopen van een canontijdvak komt de gemeente Amsterdam met een indicatie van de nieuwe canon voor het volgende tijdvak. Dit leidt in veel gevallen tot onverwachte canonverhogingen waar de erfpachters zich slecht op kunnen voorbereiden, en waardoor sommige erfpachters ook in financiële problemen komen. De nieuwe canon is vaak een veelvoud van tientallen keren de oude canon, en in sommige gevallen wel tachtig keer de oude canon.⁵ Aan de eis dat canonverhoging bij einde tijdvak helder moet zijn wordt derhalve niet voldaan. De gemeente Amsterdam geniet dus een voordeel dat niet geldt voor particuliere erfverpachters.

1.2.b De gemeente Amsterdam houdt zich niet aan de eis van de NVB dat erfpachtvoorwaarden niet eenzijdig gewijzigd kunnen worden

De tweede eis van de NVB met betrekking tot erfpachtcontracten, waar de gemeente Amsterdam niet aan voldoet, is de eis dat de erfpachtvoorwaarden niet eenzijdig gewijzigd kunnen worden. De gemeente Amsterdam behoudt zich het recht voor om tijdens de contractperiode eenzijdig erfpachtvoorwaarden te wijzigen die van materiële invloed zijn op de waarde van het erfpachtrecht. De gemeenteraad kan namelijk de Algemene Bepalingen die zien op erfpachtvoorwaarden veranderen. Dit heeft met name invloed op de wijze waarop de grondwaarde bij herziening wordt vastgesteld. De gemeente heeft de Algemene Bepalingen dan ook regelmatig veranderd, het laatst in het jaar 2000.⁶

De gemeente Amsterdam heeft het standpunt dat zij niet aan deze eis is gebonden, omdat zij als overheid democratisch gelegitimeerd is, en gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De erfpacht is echter een privaatrechtelijke overeenkomst. Tijdens een expertmeeting georganiseerd door de commissie Bouwen, Wonen en Klimaat van de gemeenteraad van Amsterdam op 11 januari 2012, gaf een vertegenwoordiger van de Nederlandse Vereniging van Banken, drs. W.A. Flikweert, aan dat de gemeente wel aan dezelfde eisen zal moeten voldoen als particuliere erfverpachters. De Amsterdamse wethouder Van Poelgeest zei daarop al: “Ik kan u nu al voorspellen dat wij niet aan die voorwaarde kunnen voldoen, omdat er over twintig jaar een gemeenteraad kan zijn die toch eigenwijs is en de algemene bepalingen wil gaan vaststellen.” Toch is het juridisch gezien

4 "Het Amsterdamse erfpachtstelsel voldoet volledig aan drie van de vijf criteria van de NVB. Aan twee criteria voldoet het gemeentelijke stelsel niet volledig. Het betreft de criteria: - de actuele canon moet bekend zijn en de (verwachte) lastenontwikkeling voor de erfpachter moet duidelijk en niet onaanvaardbaar zijn; - de bloot eigenaar heeft niet het recht om eenzijdig erfpachtvoorwaarden te wijzigen die van materiële invloed zijn op de waarde van het erfpachtrecht", aldus College van B & W Amsterdam in beantwoording schriftelijke vragen van het raadslid de heer A.H. van Drooge van 6 oktober 2011 inzake nieuwe criteria voor de financiering van (particuliere) erfpacht, 2 december 2011, blz. 5.

5 "Canonverhoging schok voor Amsterdammers". Binnenlands Bestuur, 27-07-2011.

6 Artikel 1 lid 2 Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 2000, gemeente Amsterdam: "De Algemene Bepalingen kunnen te allen tijde door de Gemeenteraad worden herzien. Zij treden bouwbloksgewijs in werking telkenmale op het tijdstip waarop een tijdvak is verlopen."

merkwaardig dat de gemeente Amsterdam eenzijdig bestaande contracten kan wijzigen.⁷ Zolang de gemeenteraad niet voldoet aan dezelfde eisen als particuliere erfverpachters, bevestigt dit dat de gemeente Amsterdam ten aanzien van het private middel van erfverpachting een speciale machtspositie bezit.

1.2.c Gemeente beschikt over boetemogelijkheden die particuliere erfverpachter niet heeft
Ten derde beschikt de gemeente over de mogelijkheid om een boete op te leggen van tienmaal de canon ingeval een erfpachter zijn verplichtingen niet nakomt.⁸ Een dergelijk hoog boetebeding is ongebruikelijk in contracten tussen particuliere partijen.

1.2.d Gemeente kan grondwaarden beïnvloeden door bouwproductie te reguleren
Ten vierde beschikt de gemeente over publiekrechtelijke instrumenten die de hoogte van de grondwaarden, en daarmee de canonbetalingen, beïnvloeden. Amsterdam kan de grondwaarden op twee manieren omhoog stuwen. Enerzijds door te investeren in het stedelijk milieu, waardoor de waarde van het onroerend goed en ook de waarde van de grond stijgt. Anderzijds kan zij de grondwaarde doen stijgen door schaarste in stand te houden dan wel te bevorderen. Dit is mogelijk door in bepaalde marktsegmenten groei te beperken of krimp te bevorderen, bijvoorbeeld via instrumenten zoals bestemmingsplannen, vergunningen en de gemeentelijke woonruimteverdeling. In dit licht is het opmerkelijk dat Amsterdam enerzijds een overschot aan kantoren⁹ en anderzijds een overmaat aan sociale woningbouw heeft. Er zijn namelijk veel meer sociale huurwoningen voor de lagere inkomensgroepen dan correspondeert met hun aandeel in de bevolkingsopbouw. Anderzijds worden veel sociale huurwoningen bewoond door mensen met inkomens voor wie deze woningen eigenlijk niet bedoeld zijn (scheefwoners). Zij hebben evenwel onvoldoende mogelijkheden om door te stromen naar betaalbare huur- of koopwoningen in de vrije sector. Tegenover het hoge aantal sociale huurwoningen staat immers een groot tekort aan woningen voor midden- en hogere inkomens, waardoor de prijzen daarvan enorm gestegen zijn. De gemeente Amsterdam profiteert direct van deze waardeinstijgingen via de erfpachtinkomsten. Als gevolg van de erfpacht is het voor middengroepen dus moeilijker om huisvesting in de stad te vinden. Middeninkomens zijn dan ook minder sterk aanwezig in de stad dan in de regio, en het gemiddelde inkomen ligt in Amsterdam lager dan het landelijke gemiddelde, wat ongebruikelijk is voor een hoofdstad.¹⁰ Deze discrepantie heeft mogelijk negatieve consequenties voor de economie.

1.2.e Ontwikkelingsbedrijf Amsterdam stelt grondprijzenbrief voor
Jaarlijks stelt het ontwikkelingsbedrijf van de gemeente Amsterdam het grondprijzenbeleid voor in de Grondprijzenbrief.¹¹ Daarin worden bandbreedtes aangegeven voor de

7 Juridisch expert de heer Wilod Versprille zei tijdens de genoemde expertmeeting op 11-01-2012 hierover: "Waar het niet op neerkomt, is dat u [de gemeente Amsterdam] geen nieuwe erfpachtvoorwaarden mag opstellen, maar die gelden dan voor de nieuwe gevallen en niet voor de bestaande gevallen. Daar zit een van de wezenlijke probleempunten in, namelijk dat de gemeente Amsterdam op dit moment kan zeggen dat zij eenzijdig de erfpachten wijzigt en die gelden niet alleen voor de nieuwe gevallen, maar die gelden ook voor de bestaande gevallen. Dat is in het contractrecht – daar heeft dit mee te maken – best bijzonder."

8 Artikel 29 lid 1 Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 2000, gemeente Amsterdam: "Wegens het niet, niet tijdig of niet behoorlijk voldoen aan enige verplichting uit de algemene of de bijzondere bepalingen, kunnen Burgemeester en Wethouders besluiten de erfpachter een boete op te leggen van ten hoogste tienmaal het bedrag van de alsdan geldende canon. De boete moet worden betaald binnen een maand na ontvangst van het schrijven waarin de boete is opgelegd."

9 "De kantorenleegstand - in Amsterdam in 2011 circa 17% van de totale kantorenvorraad - is niet van de laatste jaren en heeft al sinds 2003 een min of meer structureel karakter.", aldus voortgangsrapportage Aanpak leegstand kantoren, Ontwikkelingsbedrijf gemeente Amsterdam, 20 oktober 2011, blz. 7.

10 "Amsterdam Vitale Stad." Dienst Onderzoek en Statistiek Gemeente Amsterdam. Oktober 2011.

11 "Jaarlijks stelt het Ontwikkelingsbedrijf van de gemeente Amsterdam het grondprijzenbeleid op in de Grondprijzenbrief.", Grondprijzenbrief 2011, Ontwikkelingsbedrijf gemeente Amsterdam, blz. 4.

grondwaarden. Het gaat hier om zeer ruime brandbreedtes. Zo vermeldt de grondprijzenbrief 2011 voor kantorenlocaties in Amsterdam-Oost als bandbreedte € 220 tot € 1.230 euro. In de praktijk heeft het ontwikkelingsbedrijf dus een grote speelruimte om grondprijzen te bepalen. Daarenboven kan het college van B & W afwijken van de grondprijzen uit de grondprijzenbrief.

Bij canonherziening kan een bewoner bezwaar maken tegen de door de gemeente vastgestelde grondwaarde. In dat geval wordt de grondwaarde bepaald door drie deskundigen waarvan één door de gemeente, één door de bewoner en één door deze beide deskundigen wordt gekozen. Evenwel zal ook deze commissie rekening houden met de grondprijzen zoals vastgesteld door de gemeente. Het bepalen van de grondwaarde is veelvuldig onderwerp van meningsverschil omdat er heel verschillende methoden van grondwaardebepaling zijn, zoals de residuele grondwaardebepaling en de kostprijsbepaling. Daarbij speelt ook een rol dat er geen eenduidige of algemene manier bestaat om de waarde van de grond te scheiden is van de waarde van de opstal. Die twee waarden zijn immers nauw met elkaar verbonden. Daarnaast speelt de depreciatiefactor een grote rol. Ook onder experts is veel onenigheid over de juiste methode. Dit maakt het voor veel erfpachters, die immers geen expert zijn in het bepalen van grondwaarden, bijzonder ingewikkeld en ondoorzichtig om de juistheid van de canonherziening te beoordelen. Over het geheel genomen is het vaststellen van de grondwaarde een ondoorzichtig proces. Met name de gewone huizenbezitter of ondernemer is vaak slecht opgewassen tegen het professionele apparaat van de gemeente Amsterdam als erfverpachter. Veel bewoners kiezen ervoor om door de gemeente voorgestelde canonherzieningen te accepteren. Maar in veel andere gevallen heeft dit tot rechtszaken geleid, waarbij de rechter vaststelde dat de gemeente Amsterdam te hoge canonverhogingen had opgelegd.¹²

1.2.f Gemeente Amsterdam bepaalt eenzijdig de canon- en afkooppercentages

De grondprijzen leiden via de canon- en afkooppercentages die door het college van Burgemeester en Wethouders worden vastgesteld tot de erfpachtsommen. De gemeente bepaalt dus eenzijdig de percentages aan de hand waarvan de erfpacht wordt berekend. Tegen canon- en afkooppercentages is geen bezwaar mogelijk. De percentages die de gemeente Amsterdam hanteert zijn omstreden omdat zij gebaseerd zijn op rentetarieven bij eigen grond. Evenwel profiteert de erfpachter niet van de waardestijging van de grond, waardoor volgens sommigen de door de gemeente bepaalde percentages structureel te hoog zijn in verhouding tot het genoten grondgebruik.¹³

2. GEMEENTE AMSTERDAM STREEFT NAAR MEEROPBRENGSTEN UIT ERFPACHT

De jaarrekening van de gemeente Amsterdam 2010 noemt als doelstelling van het erfpachtsysteem het actief in stand houden van het erfpachtstelsel om de waardestijging van de grond en de structurele revenuen ten gunste van de gemeente te laten komen.¹⁴

12 Hof Amsterdam, 20 september 2011, LJN: BT6895 (Honnebier); Rechtbank Amsterdam, 17 augustus 2011, LJN: 462393/HA ZA 10-1975 (Renault-garage), Rechtbank Amsterdam, 25 maart 2009 (Nietigverklaring taxatierapporten)

13 Aldus dr. P.C.J.P. Nelisse, gepromoveerd op stedelijke erfpacht en auteur van de monografie "Stedelijke erfpacht", op de expertmeeting van de raadscommissie Bouwen, Wonen en Klimaat, van de gemeente Amsterdam, op 11 januari 2012.

14 Jaarrekening 2010 Gemeente Amsterdam, blz. 360: "De doelstellingen van Erfpachtsysteem zijn: 1. het actief in stand houden van het erfpachtstelsel om de waardestijging van de grond en de structurele revenuen ten gunste van de gemeente te laten komen, 2. de maatschappelijke acceptatie van het stelsel te bevorderen, door het aanbieden van eigentijdse condities en een adequate communicatie met de betrokken partijen."

Wanneer een erfpachttijdvak afloopt of wanneer de bestemming verandert, wordt de canon herzien. Na afloop van de eerste termijn van erfpachtbetalingen, waarbij *grosso modo* de verkoopwaarde van de grond is afgelost, vallen de inkomsten uit de tweede termijn toe aan de Algemene Middelen¹⁵. In bedrijfsmatige termen kan men dit beschouwen als winst uit grondeigendom. In 2010 ging het hierbij om een bedrag van € 53,0 miljoen dat toeviel aan de Algemene Middelen. In de jaarrekening 2010 van het gemeentelijke grondbedrijf OGA wordt dit als een maatschappelijke doelstelling omschreven.¹⁶

De gemeente Amsterdam heeft een economische machtspositie als het gaat om erfpacht en streeft daarbij dus meeropbrengsten na. De erfpacht moet méér opbrengen dan wat het grondeigendom kost. Het doel is het genereren van structurele revenuen ten gunste van de gemeenschap, dus ten gunste van de gemeente Amsterdam, maar ten laste van de gebruikers van de in erfpacht uitgegeven grond.

Daarnaast is het winstoogmerk ook op andere wijze in het erfpachtstelsel aanwezig. Het totaal van nieuwe grondexploitaties mag niet verliesgevend zijn. Dat betekent dat middels het zogenaamde Vereveningsfonds meeropbrengsten uit bijvoorbeeld kantorenbouw en koopwoningen toevloeien naar de kunstmatig lage grondprijzen die door de gemeente in rekening gebracht worden voor sociale huurwoningen. Ook binnen het erfpachtstelsel bij nieuwe grondexploitaties wordt er dus in bepaalde sectoren meeropbrengsten nagestreefd om de verliezen in andere sectoren te kunnen dekken.

In onze ogen vraagt deze economische machtspositie om regulering en onderzoek door de NMa. Het feit dat de gemeente Amsterdam daarbij tevens een expliciet winstoogmerk heeft, onderstreept het belang daarvan.

3. ECONOMISCHE MACHTSPOSITIE VAN AMSTERDAM ALS ERFVERPACHTER VRAAGT OM REGULERING EN ONDERZOEK

Wij zouden de Nederlandse Mededingingsautoriteit derhalve willen vragen te onderzoeken hoe de Amsterdamse marktactiviteiten met betrekking tot erfpacht zich verhouden tot het Nederlands en Europees mededingingsrecht.¹⁷ Het gaat hier om de bepalingen uit de Mededingingswet en het Werkingsverdrag van de Europese Unie, maar ook om de wijzigingen op deze wet die voortvloeien uit het wetsvoorstel *Markt en Overheid*, die op 1 januari 2012 van kracht gingen.

3.1 Onderzoek naar wenselijkheid en noodzaak van regulering

In het jaarverslag van de NMa staat dat de NMa wettelijk verplicht is om regulerend op te

15 De erfpachtopbrengsten na de eerste termijn van de vrije sector woningen en kantoren vloeien naar de Algemene Middelen. De opbrengsten bij sociale huurwoningen gaan echter naar het Stimuleringsfonds Volkshuisvesting.

16 Jaarrekening 2010 Ontwikkelingsbedrijf gemeente Amsterdam, versie 2.0, p. 128

17 Het verbod op misbruik van economische machtspositie is kort geformuleerd in art. 24 lid 1

Mededingingswet : "*Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.*" Een uitgebreide omschrijving is te vinden in art. 102 van het Werkingsverdrag van de Europese Unie:

"Onverenigbaar met de interne markt en verboden, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan. Dit misbruik kan met name bestaan in: a) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden; b) het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers; c) het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging; d) het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten."

treden bij monopolisten op het gebied van netwerkbeheer, omdat zij monopolisten zijn.¹⁸ Ook ten aanzien van een aantal semi-publieke vervoerbedrijven zoals ProRail en luchthaven Schiphol treedt de NMa regulerend op.¹⁹ De vraag is of het gegeven dat de gemeente Amsterdam eigenaar is van ongeveer 85% van de bebouwde grond voldoende grondslag vormt om een regulerende rol door de NMa noodzakelijk te maken.

3.2 Onderzoek naar misbruik van machtspositie

Daarnaast is te onderzoeken of de gemeente Amsterdam haar economische machtspositie gebruikt in strijd met relevante bepalingen uit Nederlands en Europees mededingingsrecht. Het opleggen van "*het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarde*" wordt ex art. 102 sub a Werkingsverdrag EU aangemerkt als een mogelijke vorm van misbruik van economische machtspositie. Het eenzijdig door de gemeente wijzigen van de erfpachtvoorwaarden lopende een erfpachtcontract kan als onbillijke contractuele voorwaarde worden aangemerkt, zeker aangezien de bezitter van een huis op gemeentelijke erfpacht niet voor een andere erfverpachter kan kiezen. Daarnaast is de vraag of de economische machtspositie van Amsterdam leidt tot marktverstoringen. Enerzijds is er schade voor de consument die mogelijk geconfronteerd wordt met te hoge kosten voor grondgebruik. Anderzijds zijn er beperkingen voor particuliere ondernemingen die het door de gemeente Amsterdam vrijwel onmogelijk wordt gemaakt om te investeren in vormen van grondeigendom. Gezien de unieke positie van de hoofdstad kan dit een negatieve uitwerking op de economie sorteren.

3.3 Onderzoek naar verstoring van concurrentieverhoudingen door functiemenging

Ook willen wij vragen of de gemeentelijke marktactiviteiten met betrekking tot grondeigendom leiden tot verstoring van concurrentieverhoudingen. De Memorie van Toelichting bij de Wet *Markt en Overheid* stelt:

“Beoogd wordt zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen enerzijds overheidsorganisaties en ondernemingen met een van overheidswege verleende positie en anderzijds (andere) particuliere ondernemingen tot stand te brengen. Meer gelijke concurrentieverhoudingen tussen marktpartijen voorkomt oneerlijke concurrentie op de markt.”

Dit komt in de wet zelf onder andere tot uiting in een verbod op functiemenging:

Artikel 25k

Een bestuursorgaan gebruikt gegevens die hij heeft verkregen in het kader van de uitvoering van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden alleen voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van de publiekrechtelijke bevoegdheden, indien deze gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld.

Artikel 25l

Indien een bestuursorgaan een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die door hetzelfde of een ander bestuursorgaan van de desbetreffende publiekrechtelijke rechtspersoon worden verricht, wordt voorkomen dat dezelfde personen betrokken kunnen zijn bij zowel de uitoefening van de bevoegdheid als bij het verrichten van de economische activiteiten.

Het Ontwikkelingsbedrijf Gemeente Amsterdam, dat grond in erfpacht uitgeeft en canonopbrengsten int, maar ook de grondprijzen voorschrijft, en de Dienst, Milieu en

¹⁸ "De NMa heeft de wettelijke taak om de beheerders van netwerken te reguleren omdat zij monopolisten zijn.", jaarverslag NMa, 2010, blz. 42.

¹⁹ "De NMa reguleert en houdt toezicht op de spoorbeheerders ProRail en Keyrail, luchthaven Schiphol, het Nederlands Loodswezen en de gemeentelijke openbaarvervoerbedrijven in Amsterdam, Rotterdam, Den Haag en Utrecht. Op deze vervoermarkten bestaat weinig tot geen concurrentie."

Bouwtoezicht, de Dienst Wonen zijn zeer met elkaar verweven. Al deze diensten ressorteren immers onder het College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amsterdam en zijn aan ditzelfde College verantwoording schuldig. De vraag is in hoeverre er voldoende waarborgen zijn om te voorkomen dat de gemeente als grondeigenaar toegang heeft tot gegevens die niet aan derden beschikbaar zouden worden gesteld. Kortom, de publiekrechtelijke bevoegdheden van de gemeente Amsterdam zijn onvoldoende gescheiden van haar privaatrechtelijke activiteiten als grondeigenaar. Dat ondermijnt gelijke concurrentieverhoudingen.

4. GRONDBEDRIJF VAN DE GEMEENTE AMSTERDAM VERDIENT GEEN UITZONDERINGSPOSITIE TEN OPZICHTE VAN ANDERE BEDRIJVEN

Hierboven is beschreven dat de gemeente Amsterdam een economische machtspositie nastreeft als erfverpachter. Dit streven is onder andere ingegeven door het streven naar structurele revenuen.

De gemeente Amsterdam is actief op de markt voor grondeigendom en erfverpachting en streeft daarbij winst uit onderneming na, onder meer door het stelsel van voortdurende erfpacht. Naar onze opvatting behoort Amsterdam bij die marktactiviteiten aan de regels van mededinging te voldoen, gelijk iedere andere onderneming. Toch hoort men vaak dat de regels die voor andere ondernemingen gelden, niet voor het grondbedrijf van de gemeente Amsterdam zouden opgaan. De gronden die men hiertoe aanvoert, zullen wij hieronder weerleggen.

Verdedigingsgrond 1. Erfpacht genereert inkomsten om publieke taken te financieren. Het is derhalve in het algemene belang en behoeft dus niet aan de mededingingsregels te voldoen. Deze verdedigingsgrond is in strijd met een van de uitgangspunten van de *Wet Markt en Overheid*, zoals genoemd in de Memorie van Toelichting:

“één van de uitgangspunten van dit wetsvoorstel, [is] namelijk dat bij het verrichten van marktactiviteiten sprake dient te zijn van de behartiging van een bepaald publiek belang. Het verrichten van marktactiviteiten gericht op het verwerven van inkomsten ten behoeve van andere publieke taken kan niet als zodanig worden aangemerkt. Uitgangspunt bij bekostiging van de publieke taak is dat overheidsorganisaties hun inkomsten primair verwerven door middel van de voor dat doel gebruikelijke middelen, zoals belastingen, heffingen en retributies.”

Aangezien van het erfpachtresultaat het overgrote deel niet wordt besteed aan het beheren of ontwikkelen van de grond, maar via de Algemene Middelen worden besteed aan heel andere publieke taken van de gemeente Amsterdam, staan de marktactiviteiten van de gemeente Amsterdam op gespannen voet met dit uitgangspunt van de *Wet Markt en Overheid*.²⁰ In dit kader is bijvoorbeeld Schiphol, dat eigendom is van de Nederlandse staat en de gemeenten Amsterdam en Rotterdam, onderworpen aan de regulering van de NMa. Men wil niet dat Schiphol misbruik maakt van haar machtspositie en te hoge prijzen rekent.

Verdedigingsgrond 2. Sturing van het grondgebruik vereist erfpacht

Ook deze verdedigingsgrond gaat niet op. Inderdaad is erfpacht in de negentiende eeuw ingevoerd met het doel om de gemeente een middel in handen te geven om het gebruik van de grond te sturen. Toen erfpacht werd ingevoerd bestond er nog niet de mogelijkheid om

20 "Het erfpachtstelsel geeft de gemeente niet alleen een belangrijk sturingsinstrument in handen, maar levert ook een aanzienlijke bijdrage aan de gemeentebegroting. Het erfpachtresultaat bedraagt momenteel ongeveer € 70 à 80 mln per jaar, waarvan zo'n € 50 mln naar de algemene middelen gaat..." (Raadsvoordracht van het College van Burgemeester en Wethouders van Amsterdam voor de raadsvergadering van 15 februari 2012, *Herbevestigen van de uitgangspunten van het Amsterdamse erfpachtstelsel en opdracht geven tot onderzoek naar actualisatie van het erfpachtstelsel*, p. 4)

het grondgebruik met bestemmingsplannen en vergunningen te regelen. Dat kan nu wel. Kosten bij (her)ontwikkeling van grond kunnen bovendien via de Grondexploitatiewet verhaald worden op degene die hiervan profiteren. Daarom is erfpacht niet meer vereist als instrument om grondgebruik te kunnen sturen of grondexploitaties mogelijk te maken.

Verdedigingsgrond 3. Sturing van het grondgebruik middels erfpacht kan nu eenmaal niet zonder meeropbrengsten.

Ook dit is niet juist. Zelfs wanneer men vasthoudt aan erfpacht als middel om grondgebruik te sturen, dan hoeft men niet noodzakelijkerwijs vast te houden aan voortdurende erfpacht. Men kan ook kiezen voor eeuwigdurende erfpacht, waarbij de canons niet na 50 of 75 jaar worden verhoogd. Bovendien kan men bij eeuwigdurende erfpacht de canon eeuwigdurig afkopen. In de gemeente Den Haag is men een aantal jaren gelden overgegaan op eeuwigdurende erfpacht. In de gemeente Amsterdam houdt men vast aan voortdurende erfpacht, want dat levert de gemeente het meeste op. Meeropbrengsten zijn dus niet een toevallig bijproduct van erfpacht, maar een bewust gevolg van de erfpachtvariant waar de gemeente Amsterdam voor kiest.

Verdedigingsgrond 4. De gemeente Amsterdam heeft het recht om erfpacht te innen als belasting op het grondwaardesurplus.²¹

Deze verdedigingsgrond gaat evenmin op. Het privaatrecht is niet bedoeld als een alternatieve route om belasting te heffen. Wanneer het grondbedrijf OGA belasting zou mogen heffen, dan zou deze gebaseerd moeten zijn op een wet in de formele zin. Dat is niet het geval. Bovendien voldoet erfpacht niet aan de inhoudelijke criteria voor belastingen: ze dienen af te hangen van draagkracht en profijt. Erfpacht treft alleen Amsterdammers die op erfpacht wonen of ondernemen. Kopers worden zwaarder belast dan huurders. Voor sociale huurwoningen gelden weer lagere erfpachttarieven. Bovendien wordt de hoogte van de erfpacht in zeer hoge mate bepaald door het moment waarop de canon voor het laatst is bijgesteld of afgekocht. Tenslotte ontbreekt, zoals hierboven betoogd, transparantie. In de gemeentelijke stukken is bijvoorbeeld onduidelijk hoeveel erfpacht per marktsegment of per stadsdeel binnenkomt en welk deel dit vormt van het belastbaar inkomen van bewoners. Belastingen dienen inzichtelijk en transparant te zijn en onderhevig te zijn aan wettelijke beperkingen.²² Erfpacht kan derhalve niet als een alternatieve weg om belasting te heffen worden gerechtvaardigd. Dat staat de wet niet toe.

Aldus kan het gemeentelijke grondbedrijf OGA het algemeen belang niet inroepen als rechtvaardiging om in haar bedrijfsmatige activiteiten als erfverpachter niet te hoeven voldoen aan mededingingsregels die ook voor andere ondernemingen gelden.

21 "De gemeente Amsterdam is één van de weinige gemeenten die, binnen de Nederlandse wettelijke mogelijkheden, over het benodigde instrumentarium beschikt om haar ontwikkelingen te financieren uit het door inwoners en bedrijven gerealiseerde grondwaardesurplus." (Raadsvoordracht van het College van Burgemeester en Wethouders van Amsterdam voor de raadsvergadering van 15 februari 2012, *Herbevestigen van de uitgangspunten van het Amsterdamse erfpachtstelsel en opdracht geven tot onderzoek naar actualisatie van het erfpachtstelsel*, p. 5)

22 Het College van Burgemeester en Wethouders van Amsterdam erkent zelf dat erfpacht minder wettelijke beperkingen kent dan bijvoorbeeld de Onroerende Zaak Belasting (OZB): "De OZB is weliswaar ook een heffing op vastgoedwaarde (incl. grondwaarde), maar heeft niet de mogelijkheden die het erfpachtstelsel biedt, mede omdat de OZB-heffing onderhevig is aan allerlei wettelijk vastgelegde beperkingen." (Raadsvoordracht van het College van Burgemeester en Wethouders van Amsterdam voor de raadsvergadering van 15 februari 2012, *Herbevestigen van de uitgangspunten van het Amsterdamse erfpachtstelsel en opdracht geven tot onderzoek naar actualisatie van het erfpachtstelsel*, p. 6)

CONCLUSIE: VERZOEK OM ONDERZOEK

Op grond van de hierboven beschreven economische machtspositie van de gemeente Amsterdam als erfverpachter, verzoeken wij de NMa om te onderzoeken of de gemeente Amsterdam handelt in strijd met het mededingingsrecht en of regulering door de NMa of een andere bevoegde instantie gewenst dan wel noodzakelijk is.

Met vriendelijke groet,

namens de leden van de CDA-fractie Amsterdam,


L.D. Blommers

c.c. De Minister van Binnenlandse Zaken
c.c. College van Burgemeester en Wethouders, gemeente Amsterdam

L.D. Blommers
p.a. CDA fractie, Stadhuis Amsterdam, kamer 2227
Amstel 1, 1011 PN Amsterdam