04738

To: 5.1.2e, 5.1.2e [5.1.2e @amsterdam.nl]; 5.1.2e, 5.1.2e [5.1.2e @amsterdam.nl]; 5.1.2e, 5.1.2e [5.1.2e @amsterdam.nl]; 5.1.2e, 5.1.2e [5.1.2e @amsterdam.nl]; 5.1.2e, 5.1.2e [5.1.2e @amsterdam.nl]
From: 5.1.2e
Sent: Mon 11/7/2016 7:15:31 AM
Subject: Aftopregeling
Received: Mon 11/7/2016 7:15:32 AM
20161028 eerste verkenning jur risicos bij aftopping tbv jur eff.doc

Beste allen,

Zoals aangegeven in de vorige Jur WG: ik denk dat de juridische risico's van de aftopregeling beperkt zijn. Het gebeurt heel zelden dat beleid wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel, willekeur, of het vertrouwensbeginsel tot (grote) juridische problemen leidt. Mijn gedachtegang op hoofdlijnen:

De gemeente heeft bij het beleid om erfpachtaanbiedingen te doen en al helemaal wanneer het om een optie gaat waar de erfpachter voor kan kiezen (de overstap), een ruime beleidsvrijheid. (Die ruimte is wat kleiner wanneer concrete gevallen aan dat beleid getoetst worden.) De beleidsvrijheid is niet onbeperkt. Ik ga onderstaande beperkingen langs.

1. De gemeente dient de **abbb** in acht te nemen (via schakelbepaling 3:14 BW).
    - **Gelijkheidsbeginsel**: Gelijke gevallen moeten gelijk behandeld worden. Ongelijke gevallen mogen verschillend behandeld worden zolang geen sprake is van (volstrekte) willekeur. Rechters toetsen dit marginaal. Er wordt wat minder marginaal getoetst als een onderscheid wordt gemaakt op grond van geslacht, ras etc maar dat is hier niet aan de hand.
    - **Evenredigheidsbeginsel** en verbod van **willekeur**: je kunt het criterium "X maal over de kop" voor een specifieke groep oneerlijk vinden, maar het criterium zelf is wel objectief te bepalen en ik denk dat er ook voldoende objectieve motiveringen voor te geven zijn (b.v. dat de meest extreme prijsstijgingen zo worden voorkomen en dat de Overstapregeling voldoende aantrekkelijk moet zijn). De vraag waar je de grens trekt (hoe vaak over de kop) zal een minder objectieve keus zijn, maar dat is heel vaak het geval bij het trekken van een grens. Bij het beleid dienen de belangen van de betrokken gewogen te worden en voor belanghebbenden mogen de *nadelige* gevolgen niet onevenredig zijn (3.4 lid 2 Awb). Bij het aftoppen gaat het niet om een nadeel, maar om een voordeel dat niet wordt genoten door sommigen. Een rechter zal pas ingrijpen als er een zodanige gebrekkige afweging van belangen heeft plaatsgehad dat in redelijkheid niet meer van een rechtmatige afweging kan worden gesproken. Kort gezegd: evident onevenredig en daarmee kennelijk onredelijk. Ook kan er sprake zijn van willekeur wanneer groepen om min of meer toevallige redenen anders worden behandeld. Ik denk dat dit ook niet aan de orde is.
    - **Vertrouwensbeginsel**: Jullie kennen de jurisprudentie beter dan ik, maar volgens mij is dit tot nu toe niet met veel succes ingeroepen bij grote stijgingen van canon. Bovendien geldt weer dat het gaat om een voordeel dat een niet overstapper in een specifieke situatie misschien misloopt ten opzichte van andere erfpachters. Het niet genoten voordeel vloeit uit beleid dat is aangepast/ingevuld. De vrijheid van de gemeente om haar beleid, vooral na inspraak, een volledig democratisch proces en aankondiging aan te passen is in beginsel groot.
2. Ook kan de ruimte beperkt worden door (precontractuele) **redelijkheid en billijkheid**. Maar voor de voortdurende erfpachters die niet overstappen verandert er niets ten nadele. Zij die niet overstappen en overstappers die niet in aanmerking komen voor het aftoppen ontgaat slechts een voordeel. De bestaande rechten worden gerespecteerd. Dat leidt er m.i. toe dat er niet snel sprake kan zijn van strijdigheid met de R&B.
3. Bedingen in algemene voorwaarden kunnen (vermoedelijk) **onredelijk bezwarend** zijn en daarmee nietig of vernietigbaar (art. 6:236 en 6:237 BW; dit was ook aan de orde in het SEBA arrest van HR 29-4-2016). Ik denk dat dat hier niet speelt. Uit mijn hoofd zeg ik dat er niet een bepaling staat in de artikelen 236 of 237 waarmee de gemeente in strijd zou handelen. Verder gaat het bij deze artikelen om consumenten en ik begrijp dat het aftoppen waarschijnlijk vooral speelt bij bedrijven (reflexwerking komt voor, maar dat zou wel weer een te nemen horde zijn voor een bedrijf dat dit argument wil inzetten).

De passage over de abbb heb ik snel met 2 juristen van DJZ besproken (civilist en bestuursrechtjurist). Hun mening kwam op hoofdlijnen overeen. Ik ben zelf niet gespecialiseerd in bestuursrecht noch erfpachtrecht, dus het kan zijn dat ik nog iets heb laten liggen.

Ik bedacht nog het volgende.
Ik denk wel dat het aftopbeleid door menigeen als onrechtvaardig zal voelen en dat dit de kans verhoogt dat de weg naar de rechter zal worden gezocht. Zoals hierboven aangegeven lijkt de kans op succes voor die erfpachters evenwel klein.

De aftop maakt erfpacht in Amsterdam nog complexer. Dat vergroot de kans op fouten, wat weer een juridische impact kan hebben.

60801

Als er eenmaal wordt afgetopt, dan kan de verwachting ontstaan dat dit in de toekomst weer zal gebeuren. Het lijkt mij op het eerste gezicht niet waarschijnlijk dat daar juridische rechten aan ontleend kunnen worden, maar het zou misschien kunnen. Het kan er wel toe leiden dat

sommige erfpachters ervoor zullen kiezen niet over te stappen en hopen op een volgende clementieregeling.

Misschien is er een issue met AB's/beleid waarin bepaald wordt dat deskundigen de hoogte van de canon vaststellen. De aftopping doorkruist dat in zekere zin- zij het dat dit in het voordeel van de erfpachter is. Ik denk dat dit geen probleem vormt voor het beleid, maar ik noem het zekerheidshalve. Misschien iets om nog eens over door te denken.

Er zal nogal wat tijd, energie en (politieke) discussie gaan zitten in (het zo goed mogelijk motiveren van) het aftopbeleid. Dat komt ook de complexiteit van de voorbereiding niet ten goede.

Al met al denk ik dat het team VES het bij opmerkingen op dit voorstel vooral van inhoudelijke argumenten moet hebben.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

Bestuur en Organisatie
Gemeente Amsterdam
Amstel 1, 5e Verdieping
Werkdagen ma t/m do
T 5.1.2e
M 5.1.2e
5.1.2e @amsterdam.nl