01553

Nummer BD2014-010175
Directie directie sb
Dienst oga ontwikkelingsbedrijf gemeent

Gemeente Amsterdam
College van burgemeester en wethouders

B&W

Voordracht voor de collegevergadering van
11 november 2014

Kabinet

Portefeuille **32**
Agendapunt **A0**

Tekst van openbare besluiten wordt gepubliceerd

Onderwerp

Besluiten om in cassatie te gaan tegen de uitspraak van het Hof Amsterdam in de SEBA procedure en herbevestigen van het Collegebesluit van 11 februari 2014 tot het voortzetten van de met SEBA gemaakte afspraken.

Tekst van openbare besluiten wordt gepubliceerd

Het college van burgemeester en wethouders besluit

1. a. Kennis te nemen van de uitspraak van het Hof Amsterdam van 23 september 2014 in de zaak tussen de Stichting Erfpachter Belangen Amsterdam (SEBA) en de gemeente Amsterdam, waarin de gemeente op een belangrijk punt (de mogelijkheid om bij het einde van het tijdvak de canon te herzien) in het ongelijk is gesteld;

1.b. Kennis te nemen van het cassatie-advies van de gemeente-advocaat (NautaDutilh) van 9 oktober 2014, waarin de gemeente-advocaat concludeert dat er ruimschoots gronden zijn voor een voldoende kansrijk cassatieberoep tegen deze uitspraak van het Hof.

1.c. Kennis te nemen van het advies van OGA inzake de wenselijkheid om in cassatie te gaan.

1.d. Cassatie in te stellen tegen het arrest van het Hof Amsterdam;

2. Herbevestigen van het besluit van het (vorige) College van 11 februari 2014 tot het – gedurende het hoger beroep - verder voortzetten van de met Stichting Erfpachters Belangen Amsterdam (SEBA) gemaakte afspraken dat – in afwachting van de uitspraak van de rechter – de bij SEBA aangesloten erfpachters:

- nog niet hoeven mee te werken aan het passeren van de notariële akte inzake de Canon Herziening Einde Tijdvak (CHET);
- niet door de gemeente in een incassotraject"(of gerechtelijke procedure) zullen worden betrokken indien de erfpachters gedurende het tweede tijdvak de "oude" canon van het eerste tijdvak blijven betalen of de afkoopsom voor de canon voor het tweede tijdvak niet betalen;

en in geval de erfpachters kiezen voor verlenging van het tijdvak ("verlengde afkoop" onder de AB1994), de bij SEBA aangesloten erfpachters:

- niet hoeven mee te werken aan het passeren van de notariële akte inzake de verlenging van het tijdvak;
- niet door de gemeente in een incassotraject (of gerechtelijke procedure) zullen worden betrokken indien de erfpachters de afkoopsom voor het huidige en het verlengde tijdvak niet betalen.

Indien de gemeente ook in het hoger beroep in het gelijk wordt gesteld vervalt de afspraak en zal de gemeente, ongeacht een eventueel cassatieberoep, overgaan tot het innen van de achterstanden en erfpachters verplichten om de notariële canonherzieningsakte te tekenen.

3. Geheimhouding op te leggen op deze voordracht en op de bijlage

meegezonden bijlage (cassatie-advies gemeenteadvocaat) op grond van artikel 10 lid 2 onder g Wet Openbaarheid van Bestuur (WOB), vanwege het feit dat de inhoud van de voordracht en van het cassatie-advies bij openbaarmaking door de wederpartij in de cassatie-procedure tegen de gemeente kan worden gebruikt, danwel de strategische positie van de gemeente in het proces kan schaden.

Bestuurlijke achtergrond

Inleiding; Aanleiding rechtszaak SEBA
In januari 2010 is de gemeente Amsterdam door de SEBA en vier individuele erfpachters gedagvaard. SEBA is een stichting die tot doel heeft om de belangen van Amsterdamse erfpachters te behartigen. Het is een stichting als bedoeld in artikel 3:305a BW die namens de bij de stichting aangesloten erfpachters een collectieve actie bij de rechter kan initiëren. Dat heeft de SEBA in deze procedure dus ook gedaan. Begin 2010 waren er enkele tientallen erfpachters bij SEBA aangesloten. Inmiddels heeft de SEBA volgens opgave op haar website (www.erfpachtinamsterdam.nl) ruim 600 aangesloten erfpachters (stand medio november 2013). Ruim de helft van de aangesloten erfpachters woont in Bos & Lommer en zit op dit moment in een canonherzieningsprocedure. De andere aangesloten erfpachters zijn hoofdzakelijk afkomstig uit stadsdeel Zuid.
De vier individuele erfpachters hebben de procedure uit eigen naam en met betrekking tot hun eigen erfpachtrecht tegen de gemeente aangespannen.

In de dagvaarding werpt de SEBA een groot aantal (meer dan 10) bezwaren tegen het Amsterdamse erfpachtstelsel op. De bezwaren zien (vrijwel) allemaal op de Canon Herziening Einde Tijdvak (CHET). De belangrijkste bezwaren zijn kort gezegd:
- de gemeente is niet bevoegd om aan het einde van het tijdvak de canon te herzien op basis van de actuele grondwaarde maar herziening zou moeten plaatsvinden op basis van de historische kostprijs van de grond;
- de gemeente is niet bevoegd om aan het einde van het tijdvak eenzijdig de Algemene Bepalingen te wijzigen; en
- de deskundigenrapporten in het kader van de canon herziening einde tijdvak zijn niet zorgvuldig tot stand gekomen omdat ze onvoldoende zijn gemotiveerd en niet (voldoende) is voldaan aan het beginsel van hoor en wederhoor.

Uitspraak van de Rechtbank
Op 5 juni 2013 heeft de Rechtbank Amsterdam na 3,5 jaar uiteindelijk een uitspraak in de SEBA zaak gedaan. Reden voor het feit dat de uitspraak zo lang op zich heeft laten wachten is het feit dat de SEBA zeer veel argumenten en bezwaren heeft aangevoerd. Ter illustratie, het gehele procesdossier bij de Rechtbank beslaat ongeveer 1000 pagina's. Een kopie van de uitspraak is ter kennisname bij deze voordracht gevoegd. De uitspraak is tevens ter kennisname naar commissie BWK van 27 juni 2013 gezonden (nr. BD2013-006741).

Wel heeft de rechtbank geoordeeld dat de deskundigenrapporten van de 4 individuele erfpachters van onvoldoende kwaliteit zijn. Deze rapporten zijn vernietigd en er zullen voor deze erfpachters nieuwe rapporten moeten worden gemaakt. Daarbij heeft de rechter ook aangegeven dat andere erfpachters (zowel de bij SEBA aangesloten erfpachters, maar ook andere erfpachters in Amsterdam) die ook van mening zijn dat

ze een deskundigenrapport hebben dat van slechte kwaliteit is zich alleen op nietigheid van het rapport kunnen beroepen als ze nog niet hebben meegewerkt aan het tekenen van de canonherzieningsakte.

Op 28 augustus jl. heeft SEBA bij het gerechtshof hoger beroep tegen het vonnis van de rechtbank ingesteld. Dit lag in de lijn der verwachtingen omdat SEBA op alle inhoudelijk tegen het erfpachtstelsel gerichte punten in het ongelijk werd gesteld.

Onderbouwing besluit

5.1.2e. 1.a. Uitspraak van het Hof Amsterdam
In hoger beroep heeft SEBA nauwelijks echte nieuwe standpunten naar voren gebracht. De zaak is opnieuw volledig bekeken door het Hof en de argumenten van SEBA en de gemeente zijn wederom gewogen Ook bij het Hof wordt de vordering van SEBA op alle onderdelen afgewezen, met uitzondering van de vraag of het artikel in de Algemene Bepalingen – dat ziet op de aanpassing van de canon bij einde tijdvak – voor de erfpachter onredelijk bezwarend is in het licht van de wetgeving die betrekking heeft op het opnemen van Algemene Voorwaarden in overeenkomsten. Als deze canonherzieningsbepaling in strijd wordt geacht dan is het gevolg daarvan mogelijk dat de gemeente aan het einde van het tijdvak de canon niet mag herzien. Deze rechtsvraag dient echter uitsluitend door het Hof in Den Haag te worden beoordeeld. Het Hof in Amsterdam is ter zake niet bevoegd. Gelet op de eerdere uitspraak die de rechtsbank op dit punt deed (canonherziening is toegestaan) en het gedegen verweer van de gemeente in deze, acht de gemeenteadvocaat de kans groot dat de gemeente ook in die zaak wint. Een uitspraak van het Hof Den Haag op dit onderdeel kan echter nog zeker een jaar op zich laten wachten. Op dit onderdeel is er dus nog geen einduitspraak. JZ: Verwachte tijdpad einduitspraak?

Ondanks het feit dat alle vorderingen van SEBA (met uitzondering van de in de vorige alinea genoemde vordering omtrent de canonherzieningsbepaling) zijn afgewezen heeft het Hof Amsterdam toch ambtshalve, dat wil zeggen zonder dat SEBA dat heeft gevorderd, de Algemene bepalingen van 1915, 1934 en 1937 - met name het artikel dat de gemeente het recht verschaft om de Algemene Bepalingen bij einde tijdvak eenzijdig aan te passen - getoetst aan de Europese Richtlijn 93/13/ EEG. Op grond van deze toetsing concludeert het Hof dat de betreffende bepaling uit AB 1915, 1934 en 1937, en in wezen elke latere AB met artikelen van gelijksoortige strekking, strijdig is met de Richtlijn en dus mag en zal worden vernietigd.

De vernietiging van dit beding heeft vergaande consequenties. Na vernietiging wordt het beding geacht nooit te hebben gegolden, dus een recht dat bijvoorbeeld onder AB 1915 is uitgegeven zou tot op heden in principe nog steeds onder AB 1915 vallen. Recentere AB's die in het kader van einde tijdvak van toepassing zijn verklaard, worden dan geacht zonder recht of titel te zijn opgelegd. Als onder deze recentere AB bijvoorbeeld voor het eerst indexeringen zijn doorgevoerd dan zou de op basis daarvan uitgevoerde prijsverhoging als onverschuldigde betaling teruggevorderd kunnen worden.

OGA is het niet eens met het oordeel van het Hof op dit laatste punt. Derhalve is aan de gemeente-advocaat advies gevraagd over de mogelijkheden om cassatie in te stellen tegen het oordeel van het Hof. De gemeente-advocaat is van mening dat er ruimschoots gronden zijn voor een voldoende kansrijk cassatieberoep tegen deze

uitspraak van het Hof. Dit wordt hierna nader toegelicht.

[redacted]. 1.b. Cassatie-advies gemeente-advocaat
@@
Aanvullen JZ svp. Graag ook risico incidenteel cassatieberoep van SEBA en tijdpad dat verwacht wordt benoemen.

[redacted]. 1.c. Advies OGA
Gezien het bovenstaande adviseert OGA om tegen de uitspraak van het Hof Amsterdam cassatie in te stellen. JZ graag aanvullen.

[redacted]. 2. Herbevestigen van het Collegebesluit van 11 februari 2014 tot het voortzetten van de met SEBA gemaakte afspraken

Afspraken die zijn gemaakt tussen de gemeente en de SEBA

Voorafgaand aan de start van de SEBA procedure heeft de gemeente op verzoek van SEBA met SEBA om de tafel gezeten om een aantal afspraken te maken. Aangezien het belangrijkste bezwaar van SEBA tegen de canon herziening einde tijdvak was gericht, is in november 2009 met SEBA een drietal afspraken gemaakt:

1. bij SEBA aangesloten erfpachters zullen hangende de rechtszaak wel medewerking verlenen aan de deskundigenprocedure ter bepaling van de hoogte van de canon na herziening;
2. bij SEBA aangesloten erfpachters zullen hangende de rechtszaak niet worden gedwongen om de notariële CHET akte, waarin de nieuwe canon en de nieuwe algemene bepalingen worden vastgelegd, te tekenen;
3. bij SEBA aangesloten erfpachters zullen hangende de rechtszaak niet in een incassotraject (of gerechtelijke procedure) worden betrokken als ze – ondanks het feit dat het tweede tijdvak al is ingegaan en een hogere canon verschuldigd is – de oude canon (die in het eerste tijdvak verschuldigd was) blijven betalen. Hetzelfde geldt voor de afkoopsom ingeval van keuze voor afkoop.

De gemeente heeft wel als voorwaarde gesteld dat alleen erfpachters die zich
- formeel, door middel van een schriftelijke volmacht; en
- tijdig, voor de datum van de uitspraak van de Rechtbank

hadden aangesloten, een beroep op bovenstaande afspraken konden doen. Daarnaast heeft de gemeente aangegeven dat indien de erfpachters uiteindelijk in het ongelijk worden gesteld, eventuele achterstallige canon (of afkoopsom) inclusief wettelijke rente alsnog bij de erfpachters zal worden verhaald.

In de loop van 2011 heeft SEBA nog een aanvullend verzoek gedaan met betrekking tot erfpachters met een erfpachtrecht waarop de AB 1994 van toepassing zijn en die nog de mogelijkheid hebben om eenmalig hun tijdvak te verlengen onder de verplichting om de canon voor het lopende en verlengde tijdvak vooruit te betalen ("verlengde afkoop"). SEBA heeft aangegeven dat ook deze erfpachters een beroep zouden willen doen op de met SEBA gemaakte afspraak om erfpachters die hun oude canon willen blijven betalen (en dus in geval van verlengde afkoop de afkoopsom nog niet willen betalen) niet in een incassotraject te betrekken, zolang de rechtszaak nog loopt. Ook willen deze erfpachters niet meewerken aan de notariële akte waarin de

verlenging van het tijdvak wordt geconstateerd, gedurende de rechtszaak.
De gemeente heeft ingestemd met dit verzoek. Wel is aangegeven dat de keuze voor verlengde afkoop voor deze erfpachters definitief is, en dat niet alsnog op een later moment alsnog voor een canonherziening einde tijdvak kan worden gekozen. Van de keuze van de erfpachters is een notariële verklaring opgesteld en ingeschreven in het kadaster zodat voor een ieder duidelijk is dat de erfpachter zich heeft verplicht tot de verlengde afkoop.

Reden voor het maken van afspraken met SEBA
De erfpachters die bij SEBA zijn aangesloten hebben door middel van een brief en volmacht aan SEBA (waarvan de gemeente een kopie toegezonden heeft gekregen) allemaal aangegeven zich te verzetten tegen de gemeentelijke canonherziening. Ze betwisten dat de gemeente de bevoegdheid heeft om de canon te herzien. Daarom betaalt een gedeelte van de erfpachters de nieuwe, hogere canon (of afkoopsom) niet en werken ze niet mee aan het vastleggen van de canonherziening en wijziging van de algemene bepalingen in een notariële akte.

De enige manier om deze aangesloten erfpachters te dwingen om de nieuwe canon te betalen en mee te werken aan het passeren van de notariële akte – een verplichting die de erfpachters op grond van hun erfpachtcontract gewoon hebben – is het starten van een gerechtelijke procedure. Het starten van dergelijke procedures tegen individuele erfpachters is tijdrovend en brengt aanzienlijke kosten met zich mee. Daar komt nog bij dat, indien de gemeente dit al zou doen, de kans vrij groot is dat deze aangesloten erfpachters in die individuele procedures exact dezelfde verweren en argumenten zullen aanvoeren als de SEBA in de door SEBA opgestarte procedure. In dat geval is de kans groot dat de rechters die deze individuele zaken behandelen de zaken op de zogenaamde “parkeerrol” zullen plaatsen, in afwachting van de uitkomst van de SEBA procedure[1]. OGA heeft gezien het bovenstaande eind 2009 de genoemde afspraken met de SEBA en haar aangesloten erfpachters gemaakt.

Voorstel herbevestigen Collegebesluit van 11 februari 2014
Gezien het bovenstaande heeft het vorige College besloten om de met SEBA gemaakte afspraken ook in Hoger Beroep voort te zetten. Nu over de fraag of de gemeente aan het einde van het tijdvak de canon mag herzien nog geen einduitspraak is – de zaak is immers doorverwezen naar Hof Den Haag – stelt OGA voor om het Collegebesluit van 11 februari 2014 te herbevestigen.

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat alle bij SEBA aangesloten erfpachters in mei 2014 een brief hebben ontvangen waarin is aangegeven of er met betrekking tot het desbetreffende recht sprake was van achterstanden in de betaling van de canon. Dit zal jaarlijks worden herhaald tot het moment dat er op alle in de SEBA zaak aanhangige punten een definitieve einduitspraak is.

§ 1.2§. 3. Geheimhouding voordracht en cassatieadvies
Geheimhouding op te leggen op deze voordracht en op de meegezonden bijlage

[1] Iets soortgelijks deed zich voor in de Honnebier zaak. Daar werden ruim 25 soortgelijke zaken die de gemeente had aangespannen door de rechter op de parkeerrol geplaatst, in afwachting van een uitspraak in de zaak Honnebier.

cassatie-advies gemeenteadvocaat) op grond van artikel 10 lid 2 onder g Wet Openbaarheid van Bestuur (WOB), vanwege het feit dat de inhoud van de voordracht en van het cassatie-advies bij openbaarmaking door de wederpartij in de cassatie-procedure tegen de gemeente kan worden gebruikt, danwel de strategische positie van de gemeente in het proces kan schaden.

Uitkomsten advies

Binnen de gemeente

SB: @@

Buiten de gemeente

De gemeente heeft zich zowel bij de Rechtbank als bij het Hof bij laten staan door de gemeente-advocaat (NautaDutilh). Aan de gemeente-advocaat is gevraagd om advies te geven over de vraag of er voldoende aanleiding is om tegen (onderdelen) van het arrest van het Hof in cassatie te gaan. De gemeente-advocaat is van mening dat hij ruimschoots reden ziet voor een voldoende kansrijk cassatieberoep.

Uitkomsten inspraak en/of maatschappelijk overleg

n.v.t.

Behandeling in raadscommissie

n.v.t.

Datum van behandeling in gemeenteraad

n.v.t.

Financiële paragraaf

Toelichting

Financiële consequenties afspraak met SEBA
De afspraak met SEBA leidt er toe dat er erfpachters zijn die, hoewel het tweede tijdvak al is ingegaan en er dus eigenlijk een hogere canon verschuldigd is, de oude canon blijven betalen. Ook kan het zo zijn dat erfpachters die kiezen voor de mogelijkheid van afkoop van de canon voor het tweede tijdvak, die afkoopsom (nog) niet betalen. Hierdoor ontstaat er een betalingsachterstand bij deze erfpachters. Naarmate de juridische procedure voortduurt worden ook de achterstanden groter. Per 20 november 2013 waren er 91 bij SEBA aangesloten erfpachters met een achterstand in de betaling van de canon. In totaal staat er bij deze erfpachters ruim € 500.000,- aan canon open. Dit bedrag is exclusief wettelijke rente. Het gaat hier alleen om canonbetalende rechten en niet om niet betaalde afkoopsommen. Indien wordt besloten om de afspraak met SEBA ook gedurende het verdere verloop van het hoger beroep voort te zetten dan zal de achterstand van deze erfpachters aanzienlijk oplopen.

Daar komt nog bij dat een aanzienlijk deel van de aangesloten erfpachters (ongeveer de helft, met name de in Bos en Lommer woonachtige erfpachters) in een canonherzieningsprocedure zit. Bij deze erfpachters gaat op korte termijn het nieuwe tijdvak in (of is deze kort geleden ingegaan) waardoor ze een hogere canon verschuldigd worden (zijn). Ter illustratie: voor het overgrote deel van de erfpachters

in Bos en Lommer geldt dat er per appartement in het eerste tijdvak ongeveer € 30,- per jaar aan canon werd betaald. Na herziening komt dit bedrag gemiddeld rond de € 700,- te liggen. Bij aangesloten erfpachters die in stadsdeel Zuid wonen gaat het echter om aanzienlijk hogere canonsprongen. Ter illustratie: daar gaat het canonverhogingen voor het tweede tijdvak van € 94,- naar € 2.231,-, van € 44,- naar € 1.580,- en van € 166,- naar € 4.404,-. De achterstanden voor deze erfpachters lopen dus in geval van opschorting van de betaling van de verhoogde canon aanzienlijk harder op.

Als ook de erfpachters die nu in de herziening zitten besluiten om lopende de procedure de oude canon te blijven betalen, zal de groep van 91 erfpachters met een achterstand toenemen. Ook het totale bedrag aan uitstaande canon (en afkoopsommen) zal hierdoor toenemen.

Zoals hiervoor is aangegeven zijn er ook erfpachters (34) die een erfpachtrecht hebben waarop de AB 1994 van toepassing zijn en die hebben gekozen voor verlenging van het tijdvak en afkoop van de canon. Deze erfpachters dienen veelal in het eerste kwartaal van 2014 hun afkoopsom te voldoen. Op 20 november 2013 waren er nog geen bij SEBA aangesloten erfpachters die hun afkoopsom niet hadden betaald.
Ook deze erfpachters zullen mogelijk hun betaling echter opschorten. De gemiddelde afkoopsom voor deze rechten bedraagt ongeveer € 18.000 per erfpachtrecht. Hier schuilt dus ook een potentieel incassorisico. Indien al deze erfpachters besluiten om hun afkoopsom niet te betalen hangende de rechtszaak dan gaat het hier om een bedrag van ruim € 600.000,- exclusief de wettelijke rente vanaf de datum van verschuldigd zijn tot aan de datum van algehele betaling.

Zoals opgemerkt staat er per 20 november 2013 een bedrag van € 500.000 open bij in totaal 91 erfpachters. OGA zal – zolang de rechtszaak voortduurt - jaarlijks aan het College (en de raadscommissie) een actueel overzicht toezenden van de achterstanden op dat moment. Daarbij zal inzichtelijk worden gemaakt welke achterstanden verband houden met erfpachtrechten die hun jaarlijks canon niet betalen en de gevallen waarin afkoopsommen niet zijn betaald.

Geheimhouding

Geheimhouding op te leggen op deze voordracht en op de meegezonden bijlage (cassatie-advies gemeenteadvocaat) op grond van artikel 10 lid 2 onder g Wet Openbaarheid van Bestuur (WOB), vanwege het feit dat de inhoud van de voordracht en van het cassatie-advies bij openbaarmaking door de wederpartij in de cassatie-procedure tegen de gemeente kan worden gebruikt, danwel de strategische positie van de gemeente in het proces kan schaden.

Voorlichting en communicatie

Binnen de gemeente: n.v.t.

Buiten de gemeente: n.v.t.

Stukken

Meegestuurd: **KABINET** Cassatie-advies van de gemeenteadvocaat (NautaDutilh) de dato 8 oktober 2014.

Portefeuille 32
Agendapunt A0

Gemeente Amsterdam
Burgemeester en Wethouders
Voordracht voor de collegevergadering van <datum onbekend>

B&W

Ter inzage gelegd

1. Uitspraak Rechtbank Amsterdam in de SEBA procedure van 5 juni 2013; en
2. Arrest van het Hof Amsterdam de dato 23 september 2014.

Behandelend ambtenaar (naam, telefoonnummer en e-mailadres)

mr. B.A.G.P. 5.1.2e (OGA); 5.1.2e @oga.amsterdam.nl; 5.1.2e

Besluit college van burgemeester en wethouders
