To: (10)(2e), (10)(2e) [(10)(2e)@amsterdam.nl]; (10)(2e), (10)(2e) [(10)(2e)@amsterdam.nl]; (10)(2e), (10)(2e) [(10)(2e)@amsterdam.nl]
Cc: (10)(2e), (10)(2e) (10)(2e) [(10)(2e)@amsterdam.nl]
From: (10)(2e), (10)(2e)
Sent: Mon 2/8/2016 5:57:51 AM
Subject: Fwd: Akte van vestiging/ algemene bepalingen
Received: Mon 2/8/2016 5:57:55 AM

Beste allen, deze is ook voor jullie van belang. Zelf heb ik m nog niet gelezen. Morgen even bespreken?
Groeten, (10)(2e)

Verstuurd vanaf mijn iPhone

Begin doorgestuurd bericht:

Van: "(10)(2e) <(10)(2e)@nautadutilh.com>
Datum: 5 februari 2016 11:29:57 CET
Aan: "(10)(2e), (10)(2e)" <(10)(2e)@amsterdam.nl>
Kopie: "(10)(2e) <(10)(2e)@nautadutilh.com>, "(10)(2e), (10)(2e), (10)(2e) <(10)(2e)@amsterdam.nl>
Onderwerp: Antw.: Akte van vestiging/ algemene bepalingen

Beste (10)(2e),
Zoals verzocht heb ik samen met (10)(2e) (10)(2e) en (10)(2e) nog eens gekeken naar het advies van 4 december 2015.
De kern van dit advies is dat onder de "akte van vestiging" in de relevante wettelijke bepalingen mede wordt verstaan de nadien op basis van wilsovereenstemming van beide partijen opgemaakte notariële akten. In geval van de wettelijke eis dat een bepaalde bepaling in de "akte van vestiging" moet worden opgenomen, dan is louter een opname daarvan in algemene bepalingen niet toereikend. Dat is volgens ons de heersende leer (zie ook Groene Serie Zakelijke rechter, aant.7 bij art. 5:85 BW).
In het advies wordt verder gewezen op de mogelijkheid dat bij een afwijking van het wettelijk stelsel in de akte wordt volstaan met een verwijzing naar een bepaling in de Algemene Bepalingen (hierna: "AB's") (Van Velten in "Erfpacht", preadvies KNB 1995, p.60). Van belang is daarbij dat in dat geval een grondslag in de bewuste akte is te vinden en dat sprake is van gepubliceerde en dus kenbare AB's. Dit is de praktijk waarnaar ook in de Asser (zoals opgenomen in jouw email hieronder; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008, nr. 216) wordt verwezen.
Het advies van 4 december 2015 is mede geschreven met in achtneming van de huidige praktijk in Amsterdam, waarbij de AB's eenzijdig door de gemeente worden herzien. Deze praktijk wijkt af van de in de Asser en door Van Velten genoemde praktijk van verwijzing naar de AB's bij de akte van vestiging, omdat sprake is een eenzijdige herziening van de AB's door de gemeente. Er is geen sprake van het voorafgaand kunnen kennis nemen van de AB's en evenmin van bereikte wilsovereenstemming.
In de email van 21 januari 2016 worden verschillende bronnen/stukken genoemd die wellicht op een ruimere uitleg/leer duiden, te weten dat daar waar de wet spreekt van "akte van vestiging" ook volstaan zou kunnen worden met het opnemen van de desbetreffende bepaling in de AB's. Deze bronnen/stukken zijn de volgende:
• het arrest van de Hoge Raad van 31 oktober 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3071);
• het artikel van (10)(2e) over dit arrest (JBN 2015 (9) 39);
• de parlementaire geschiedenis (Parl. Gesch. Boek 5, p. 306 en 335, en Parl. Gesch. Boek 5 (Inv. 3, 5 en 6), p.1061-1071);
• de conclusie van antwoord van de gemeente in de Seba-zaak.
Deze stukken leiden wat ons betreft niet tot wijziging of bijstelling van het advies van 4 december 2015.
Dat neemt niet weg dat deze stukken (althans onderdelen daaruit) mogelijk ingezet zouden kunnen worden bij een betoog dat het opnemen van een bepaalde bepaling in de AB's - in weerwil van het wettelijke vereiste opgenomen in de "akte van vestiging" - rechtsgeldig en toereikend is.
Wat ons betref dient de conclusie van antwoord in de Seba-zaak ook in dat licht te worden gezien. In die conclusie is een standpunt ingenomen in de desbetreffende zaak ter verweer van de vorderingen van de wederpartij. Een standpunt in een procedure kan niet zonder meer als de heersende leer worden beschouwd.
Het meest in het oog springen stuk is volgens ons het arrest van de Hoge Raad. Bij dit arrest stond de HR evenwel niet voor de vraag of onder de "akte van vestiging" in de relevante wettelijke bepalingen mede wordt verstaan de AB's die ook op een recht van erfpacht (dan wel opstal) van toepassing zijn. Deze vraag is niet aan de HR voorgelegd en deze vraag wordt door de HR dan ook niet beantwoord.
Het arrest heeft specifiek betrekking op de vraag of de mogelijkheid van een tussentijdse beëindiging van een opstalrecht door een lagere overheid (Hoogheemraadschap) een onaanvaardbare doorkruising van de Onteigeningswet meebrengt

(zogenoemde twee-wegenleer). Voor rechten van erfpacht is deze zaak relevant omdat daarin artikel 5:87 lid 3 BW aan de orde kwam. Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing bij rechten van opstal op de voet van artikel 5:104 BW.
De HR (in r.o. 3.8.2) gebruikt de omstandigheid dat de wetgever bij de parlementaire behandeling van artikel 5:87 lid 3 BW onder ogen heeft gezien dat lagere overheden de in de wet opgenomen opzeggingsbevoegdheid mogen hanteren, waarbij deze overheden veelal gebruik maken van algemene bepalingen en de bevoegdheid tot opzegging daarin kan worden opgenomen, als reden om - in het licht van de toets van de twee-wegenleer - te oordelen dat de mogelijkheid van onteigening van een recht van erfpacht/opstal op grond van de Onteigeningswet niet aan de mogelijkheid van opzegging door de overheid als grondeigenaar in de weg staat.
Als bijlage hecht ik aan de conclusie van de AG van 6 juni 2014 in deze zaak waaruit ook heel sterk blijkt dat de toetsing in die zaak beperkt was tot de vraag of de opzeggingsbevoegdheid van de overheid was aan te merken als een onaanvaardbare doorkruising van de Onteigeningswet (zie 3.66).
In de door de HR genoemde parlementaire geschiedenis wordt gerefereerd aan de praktijk van overheden en het hanteren algemene bepalingen. Deze referentie is echter niet gericht op de uitleg van de woorden de "akte van vestiging" in de relevante wettelijke bepalingen in geval van overheden en/of het hanteren van algemene bepalingen. In de parlementaire geschiedenis (slot p.306 van de Parlementaire Geschiedenis Boek 5) staat wordt de uitsluiting van de bevoegdheid van de erfpachter tot eenzijdig opzegging vrij expliciet in het kader van de akte van vestiging geplaatst. Wij lezen in deze parlementaire geschiedenis weinig aanknopingspunten om aan de tekst van de wet te derogeren (een kopie van de genoemde Parlementaire Geschiedenis is eveneens aangehecht aan deze email).
Deze achtergrond en context van het arrest brengt mee dat een ruime uitleg van het arrest, inhoudende dat daarin gelezen kan worden dat in geval van de wettelijke eis dat een bepaalde bepaling in de "akte van vestiging" moet worden opgenomen, kan worden volstaan met een opname in de AB's, (zeer) risicovol is.
De publicatie van (10)(2e) over het arrest werpt voor ons geen ander licht op de zaak. (10)(2e) herhaalt kort wat de HR besloten heeft en vestigt de aandacht op de helderheid omtrent de interferentie met de Onteigeningswet. (10)(2e) schrijft niet dat vanaf nu duidelijk is dat het opnemen van de bewuste bepaling in de AB's met dit arrest is gedekt.
Wat betreft de concept AB 2016 lijkt het ons verstandig de verwijzingen zoals opgenomen in artikel 3 te handhaven, opdat daarmee aansluiting wordt gezocht bij de tekst van de wet. Als wordt volstaan met het opnemen van de bewuste bepaling in de AB's, dan is er een procesrisico (zoals in onze adviezen uiteengezet).
Of een dergelijk procesrisico zich verwezenlijkt hangt mede af van de specifieke omstandigheden van het geval. In gevallen waarin erfpachters worden geconfronteerd met eenzijdig door de gemeente herziene AB's is het procesrisico het grootst. In gevallen waarin ten tijde van de uitgifte in erfpacht of een wijziging van het recht van erfpacht (bij notariële akte) en het bereiken van wilsovereenstemming wordt verwezen naar bestaande, gepubliceerde AB's dan kan worden aangeknoopt bij hetgeen de Asser staat opgenomen en is het procesrisico kleiner.
Met vriendelijke groet,

(10)(2e)
Nauta Dutilh N.V.
T: + (10)(2e)
F: + (10)(2e)
E: (10)(2e) @nautadutilh.com
NautaDutilh | 1724 - 2014
NautaDutilh | Legal Partner KidsRights
Law Firm of the Year: The Netherlands | IFLR Europe Awards 2012, 2014 and 2015
Law Firm of the Year: The Netherlands | Chambers Europe Awards 2013

From: (10)(2e), (10)(2e) [(10)(2e) @amsterdam.nl]
Sent: donderdag 21 januari 2016 15:01
To: (10)(2e)
Cc: (10)(2e) (10)(2e), (10)(2e) (10)(2e)
Subject: Akte van vestiging/ algemene bepalingen
Importance: High

Beste (10)(2e)
Naar aanleiding van het vraagstuk opnemen in akte van vestiging of volstaat opnemen in algemene bepalingen, zend ik jou onderstaande mail.
In jouw mail van 4 december 2015 (zie hieronder) zeg jij het volgende:
"*In onze email van 26 november 2015 schreven wij reeds (onder meer) dat onder de "akte van vestiging" in de relevante wettelijke bepalingen mede wordt verstaan de nadien op basis van wilsovereenstemming van beide partijen opgemaakte notariële akten. Dat kan worden aangemerkt als de heersende leer (zie ook Groene Serie Zakelijke rechter, aant.7 bij art. 5:85 BW).* ***In geval van de wettelijke eis dat een bepaalde bepaling in de "akte van vestiging" moet worden opgenomen, dan is louter een opname daarvan in algemene bepalingen aldus niet toereikend.***"
Naar aanleiding hiervan hebben wij artikel 3 van de algemene bepalingen 2016 als volgt geredigeerd:
"***artikel 3 Uitgifte in erfpacht***

1 Vestiging erfpachtrecht
De uitgifte in eeuwigdurende erfpacht vindt plaats bij akte van vestiging. De akte wordt verleden door een notaris die in de gemeente Amsterdam is gevestigd. De gemeente kiest de notaris na overleg met de erfpachter.
2 Inhoud akte van vestiging
In de akte van vestiging staat in ieder geval:
a. de oppervlakte van het perceel, de kadastrale aanduiding en, voor zover bekend, de plaatselijke aanduiding van het perceel;
b. een verwijzing naar de Algemene Bepalingen;
c. de bijzondere bepalingen, die op het erfpachtrecht van toepassing zijn, waaronder:
· de aanvaarding van het perceel;
· de bestemming, het toegestane gebruik en de maximaal toegestane vloeroppervlakte;
· de datum waarop, of de termijn waarbinnen, de bebouwing klaar moet zijn;
*· **mededeling van het verbod van artikel 11 (splitsen), artikel 12 (ondererfpacht) en de niet opzegbaarheid zoals bedoeld in artikel 23;***
· de bevoegdheid van de gemeente zoals genoemd in artikel 32, ontruiming op grond van de grosse van de erfpachtakte;
……."

Na het ontvangen van onderstaande mail las ik een artikel geschreven door de heer W.G. (10)(2e) in het tijdschrift Juridische Berichten Notariaat (JBN 2015/9) waardoor ik toch weer aan het denken werd gezet over de term "akte van vestiging", welke term diverse malen is opgenomen in de wetsartikelen met betrekking tot erfpacht. Ik heb het onderwerp nogmaals intern aan de orde gebracht en één en ander op een rij gezet.
Het volgende komt hier uit.

Artikel (10)(2e) JBN en uitspraak Hoge Raad d.d. 31 oktober 2014

Het artikel van (10)(2e) in het JBN gaat over de uitspraak van de Hoge Raad van 31 oktober 2014 waarin door de Hoge Raad is bepaald dat erfpacht- of opstalvoorwaarden die bepalen dat het beperkte recht kan worden opgezegd op gronden ontleend aan het algemeen belang in beginsel geen onaanvaardbare doorkruising van publiekrecht opleveren.
In de uitspraak van de Hoge Raad staat woordelijk het volgende:
"*3.8.1*
Onderdeel 7 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 45 dat, anders dan SBOH c.s. hebben aangevoerd, de in art. 8.2 AV2007 voorziene mogelijkheid van tussentijdse beëindiging van het recht van opstal door het Hoogheemraadschap niet een onaanvaardbare doorkruising van het stelsel van de Onteigeningswet oplevert.
3.8.2
*Ook dit onderdeel is ongegrond. In het voor de erfpacht geschreven art. 5:87 lid 3 BW, dat op grond van art. 5:104 lid 2 BW ook geldt voor het recht van opstal, **voorziet de wet uitdrukkelijk in de mogelijkheid van opzegging door de grondeigenaar; de bevoegdheid daartoe kan worden opgenomen in de akte van vestiging. Bij de parlementaire behandeling van deze bepalingen is onder ogen gezien dat de grondeigendom bij erfpacht- en opstalrechten vaak in handen is van de overheid, dat bij de vestiging van erfpacht- en opstalrechten in de regel door de overheid opgestelde algemene voorwaarden worden gehanteerd en dat de bevoegdheid tot opzegging, waarin deze bepalingen voorzien, in die voorwaarden kan worden opgenomen** (Parl. Gesch. Boek 5, p. 306 en 335, en Parl. Gesch. Boek 5 (Inv. 3, 5 en 6), p.1061-1071). Daarbij is geen aanleiding gevonden voor een bijzondere regeling met betrekking tot het geval dat de overheid het recht van erfpacht of opstal wenst op te zeggen in het algemeen belang of voor gebruik ten algemene nutte. Hieruit volgt dat naar de bedoeling van de wetgever de mogelijkheid tot onteigening van een recht van erfpacht of opstal op grond van art. 4 Onteigeningswet niet in de weg staat aan de mogelijkheid van opzegging van dat recht door de overheid als grondeigenaar. Reeds om deze reden levert de mogelijkheid van tussentijdse beëindiging van art. 8.2 AV2007 geen onaanvaardbare doorkruising van de Onteigeningswet op."*

In het artikel van (10)(2e) schrijft (10)(2e) als commentaar op deze uitspraak woordelijk het volgende:
"*Allereerst merk ik op dat – zeker voor een goederenrechtelijk recht – de regelingen van de rechten van erfpacht en opstal in hoge mate het karakter van regelend recht dragen. Uit de titels 5.7 en 5.8. BW blijkt dat vrijwel bij iedere wetsbepaling inzake erfpacht en opstal staat dat er in de **akte van vestiging anders kan worden bepaald**. In casu is de relevante bepaling artikel 5:87 lid 3 BW dat op grond van artikel 5:104 lid 2 BW eveneens voor opstal geldt. Artikel 5:87 lid 3 BW komt erop neer dat **in de akte van vestiging bij opstal en erfpacht allerlei opzeggingsgronden kunnen worden opgenomen** mits die opzeggingsgronden niet zien op een tekortschieten in zijn verplichtingen door de erfpachter jegens de erfverpachter, want dan geldt de dwingendrechtelijke bepaling van artikel 5:87 lid 2 BW. Kortom, als opzeggingsgrond in erfpacht- en opstalbepalingen kan, indien de erfverpachter een overheidslichaam is, ook worden opgenomen dat de erfverpachter de hier bedoelde beperkte rechten kan opzeggen op gronden ontleend aan het algemeen belang. **Dit geldt temeer gezien het feit dat in de Parlementaire Geschiedenis van de hier bedoelde bepalingen expliciet aan de orde is geweest dat erfpacht- en opstalrechten vaak zijn ontstaan door uitgifte door een overheidslichaam en dat die vaak bijzondere***

opzeggingsgronden in de algemene voorwaarden voor erfpacht respectievelijk opstal opnemen."

Parlementaire geschiedenis

De parlementaire geschiedenis, zoals deze is genoemd in de uitspraak van de Hoe Raad, gaat steeds uit van algemene bepalingen.

Expertsessie notariaat

Tijdens een expertsessie met het notariaat op 16 juni 2015 in het kader van de Vernieuwing van het erfpachtstelsel is ook gesproken over de akte van vestiging en het opnemen in de algemene bepalingen, in een intern verslag van de gemeente dat naar aanleiding van dit overleg is opgesteld, staat het volgende vermeld:

"*Vervolgens is de volgende vraag gesteld; als in de wet staat dat in de akte van vestiging mag worden afgeweken van een bepaald artikel, is het dan voldoende dat het in de Algemene Bepalingen wordt opgenomen? Volgens* (10)(2e) (10)(2e) *en* (10)(2e) (10)(2e) *is het voldoende om het op te nemen in de AB. Dit is volgt volgens hen ook uit de literatuur. Dit geldt onder voor de artikelen over ondererfpacht en opzegging door de erfpachter."*

Seba-zaak

In de Seba-zaak gaat de gemeente in haar verdediging (conclusie van antwoord, rolnummer 2010/0284, zitting 2 juni 2010, documentnummer Nauta: 50082680 M 2420961 / 5) er vanuit dat wanneer er wordt gesproken over akte van vestiging, verwezen kan worden naar algemene voorwaarden die in het Kadaster zijn ingeschreven.

In de conclusie van antwoord staat woordelijk het volgende:

"*5.13 Nu de canonherziening is geregeld in artikel 6 AB 1915, 1934 en 1937, maakt deze onderdeel uit van de erfpachtrechten in kwestie. In dit verband verwijst de gemeente naar Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008, nr. 216:*

"Overheidslichamen die regelmatig grond in erfpacht uitgeven, zoals gemeenten en havenschappen, hebben veelal erfpachtsvoorwaarden in algemene voorwaarden neergelegd. Daarnaast worden met het oog op het concrete geval bijzondere voorwaarden van toepassing verklaard. De algemene en de bijzondere voorwaarden vormen dan gezamenlijk de inhoud van het recht van erfpacht. Zie bijv. HR 28 mei 1976, NJ 1977, 449, m.nt. W.H. HEEMSKERK (Amsterdam/Kuijper), in verband met de algemene voorwaarden van de gemeente Amsterdam.

(...)

De algemene voorwaarden kunnen in de openbare registers worden ingeschreven (art. 46 Kadasterwet). Het inschrijven heeft als voordeel dat zij niet in iedere akte van vestiging behoeven te worden herhaald, maar dat in die akte naar de reeds ingeschreven algemene voorwaarden kan worden verwezen. Dit geldt ook als de wet aangeeft dat 'in de akte van vestiging' een afwijkende regeling kan worden opgenomen."

(onderstrepingen, advocaat).

5.14 Meer subsidiair blijkt hieruit bovendien dat, indien de canonherzieningsbepalingen wel onder de reikwijdte van art. 5:85 lid 2 BW zouden vallen, voldoende is dat deze bepalingen zijn opgenomen in de AB 1915, 1934 en 1937. Voor zover van belang merkt de gemeente voorts op dat canonherziening op grond van algemene erfpachtvoorwaarden vaste notariële praktijk is, en in rechtspraak en doctrine niet ter discussie staat."

De volledige tekst van de Asser die hiervoor in de conclusie van antwoord wordt aangehaald, heb ik er op na geslagen, deze luidt woordelijk als volgt:

"*De algemene voorwaarden kunnen in de openbare registers worden ingeschreven (art. 46 Kadasterwet). Het inschrijven heeft als voordeel dat zij niet in iedere akte van vestiging behoeven te worden herhaald, maar dat in die akte naar de reeds ingeschreven algemene voorwaarden kan worden verwezen. Dit geldt ook als de wet aangeeft dat 'in de akte van vestiging' een afwijkende regeling kan worden opgenomen. Terhandstelling van de ingeschreven erfpachtsvoorwaarden aan de erfpachter blijft overigens van groot belang, mede gelet op het bepaalde in art. 6:233 aanhef sub b BW en 6:234 BW. Terughoudender is VAN VELTEN, preadvies, p. 60, die meent dat men afwijkingen van het wettelijke stelsel in beginsel niet mag 'verstoppen' in de in algemene termen van toepassing verklaarde algemene voorwaarden. Hij acht het wel mogelijk dat afwijkingen kort worden opgenomen in de akte van uitgifte met verwijzing naar een met name genoemd artikel van de algemene bepalingen waar de desbetreffende materie nader wordt uitgewerkt. VAN VELTEN is gevolgd door Zakelijke rechten (PLEYSIER), Titel 5.7.Alg., aant. 2.21. Zie voor dezelfde kwestie bij het recht van hypotheek ASSER/VAN VELTEN, Goederenrecht III, nr. 238."*

Hier wordt het standpunt Van Velten ook genoemd, dit noemt de gemeente (logischerwijs) niet in de SEBA-zaak.

Naar mijn weten heeft de Rechtbank of het Hof niet geoordeeld dat indien er sprake is van slechts een verwijzing naar de algemene bepalingen waarin deze bepalingen zijn opgenomen, dit niet voldoende is.

De conclusie van antwoord is mede opgesteld door Bernard, hij heeft ook meegelezen met de AB2016, wellicht was hij niet meer betrokken bij de mails/ discussie van de akte van vestiging.

Samenvattend

Het artikel van (10)(2e) en de uitspraak van de Hoge Raad gaat over artikel 5:87 lid 3 BW en het beëindigen van het recht van erfpacht door de erfverpachter met als opzeggingsgrond het algemeen belang. Hierin wordt ook gesproken over de akte van vestiging.

Als ik jouw redenering en die (10)(2e) volg dan dient de mogelijkheid voor de gemeente om het recht van erfpacht te beëindigen om redenen van algemene belang toch ook opgenomen te worden in de akte van vestiging (of een andere akte waar wilsovereenstemming over is bereikt)? En dus ook opgenomen te worden in artikel 3 lid 2 onder c aandachtsstreepje 5 AB2016?

Echter naar aanleiding van hetgeen is opgenomen in:
∀ het artikel van (10)(2e),
∀ de uitspraak van de Hoge Raad van oktober 2014,
∀ de parlementaire geschiedenis,
∀ de conclusie van antwoord van de gemeente in de Seba-zaak,
twijfel ik (weer/ nog steeds) of artikel 3 lid 2, onder c, aandachtsstreepje 5 AB2016 en de expliciete vermelding in de akte van vestiging van de betreffende algemene bepalingen wel opgenomen dienen te worden.
Voor de goede orde merk ik op dat een passage zoals nu opgenomen in artikel 3 lid 2, onder c, aandachtsstreepje 5 AB2016 niet is opgenomen in de algemene bepalingen (onder)erfpacht van de Haven, welke (mede) zijn opgesteld door NautaDutilh ((10)(2e)).
Zoals eerder aangegeven in mijn mail van 2 december 2015 is het voor de gemeente van uiterst belang hier duidelijkheid over te hebben mede in verband met het feit dat de gemeente in eerdere algemene bepalingen de betreffende artikelen niet expliciet heeft genoemd (waarvoor ik verwijs naar de SEBA-zaak). Daarom aan jou het verzoek om nogmaals jouw gedachte hier over te laten gaan en dit ook met (10)(2e) te bespreken gezien zijn uitspraak bij de expertsessie van het notariaat en zijn betrokkenheid bij de bepalingen van de Haven. Ook zijn wij benieuwd hoe Nora van Oosterom hierover denkt gezien haar kennis op het gebied van onroerend goed recht en haar notariële achtergrond.
Ik hoor graag nader. Is het mogelijk uiterlijk 5 februari van jou een reactie te ontvangen? De stukken worden namelijk nu voorbereid voor de inspraak, mocht er nog een wijziging aan de AB2016 moeten plaatsvinden willen wij dit doorvoeren voordat de stukken gefinaliseerd worden voor de inspraak.
Kan jij ook inschatten hoeveel tijd – in verband met de kosten - jij/jullie aan dit vraagstuk kwijt zullen zijn?
Dank en groet, (10)(2e) (10)(2e)

Van: (10)(2e) [(10)(2e)@nautadutilh.com]
Verzonden: vrijdag 4 december 2015 17:28
Aan: (10)(2e), (10)(2e)
CC: (10)(2e), (10)(2e) (10)(2e), (10)(2e), (10)(2e), (10)(2e)
Onderwerp: RE: Concept versie AB2016 ND van 26 november 2015

Beste (10)(2e),
Zoals telefonisch besproken sturen we je hierbij een mark-up van de door jullie opgestelde concept notitie aangaande onze advisering. Met onze opmerkingen hebben wij duidelijk willen maken dat de notitie een samenvatting van onze advisering bevat. Voor onze volledige advisering verwijzen we naar de verschillende concept, emails en overleggen.
Wij hebben verder geen opmerkingen op de tekstuele aanpassingen in de concept AB 2016 van 1 december 2015.
Wat betreft de vragen in het onderstaande deel van je email (hieronder) met betrekking tot het wettelijke vereiste van opname in de "akte van vestiging" het volgende.
In onze email van 26 november 2015 schreven wij reeds (onder meer) dat onder de "akte van vestiging" in de relevante wettelijke bepalingen mede wordt verstaan de nadien op basis van wilsovereenstemming van beide partijen opgemaakte notariële akten. Dat kan worden aangemerkt als de heersende leer (zie ook Groene Serie Zakelijke rechter, aant.7 bij art. 5:85 BW). In geval van de wettelijke eis dat een bepaalde bepaling in de "akte van vestiging" moet worden opgenomen, dan is louter een opname daarvan in algemene bepalingen aldus niet toereikend.
Van Velten heeft dienaangaande geschreven (Erfpacht, preadvies KNB 1995, p.60) dat het vereiste van "in de akte" in zoverre letterlijk genomen moet worden dat afwijkingen van het wettelijke stelsel niet verstopt mogen worden in met algemene bewoordingen van toepassing verklaarde algemene erfpachtbepalingen. Wel zou aanvaardbaar zijn dat deze afwijkingen kort in de akte worden opgenomen, met een verwijzing naar een met name genoemd artikel van de algemene bepalingen.
Wij achten niet waarschijnlijk dat aan deze benadering, c.q. formulering in de wet, voorbij kan worden gegaan door de betogen dat de algemene bepalingen reeds onderdeel van de akte uitmaken als gevolg van het van toepassing verklaren van de algemene bepalingen in de akte en dat daarmee is voldaan aan het wettelijke vereiste van opname in de "akte van vestiging". Of dit gevolgen heeft, en zo ja welke, voor bepaalde bepalingen uit de AB 2000 zou nader onderzocht kunnen worden.
Zo sprake is van een stijlbreuk meer eerdere ABs, dan is daarmee niet direct sprake van een erkenning van de gemeente. Deze stijlbreuk zou natuurlijk wel als argument gebruikt kunnen worden in een betoog, (bijvoorbeeld) inhoudende dat de gemeente kennelijk zelf ook van mening is dat vereist is dat een bepaalde bepaling in de akte moet worden opgenomen en dat louter een grondslag in de ABs niet toereikend is. Wij achten een eventuele stijlbreuk echter geen valide reden om niet aan het wettelijke vereiste te voldoen.
Wat betreft de werkwijze voor het van toepassing verklaren van nieuwe ABs dient de SEBA procedure te worden afgewacht. De meeste zekere methode is uiteraard het bereiken van wilsovereenstemming over de toepasselijkheid van nieuwe algemene bepalingen en de overeengekomen toepasselijkheid van de nieuwe ABs op te nemen in een notariële akte. Op die wijze wordt de zakelijke werking van de afspraak in ieder geval veilig gesteld. Ook indien de gemeente bevoegd wordt geacht de toepasselijkheid van nieuwe algemene bepalingen eenzijdig aan te zeggen geldt het wettelijke vereiste van opname in de "akte van vestiging" in het voorkomende geval. Voor de bepalingen waarvoor een deze eis geldt, is het hiervoor uiteengezette ook van toepassing.

Als jullie nadere vragen of opmerkingen hebben, dan vernemen wij die graag.

Met vriendelijke groet,

Mede namens (10)(2e)

(10)(2e)
Nauta Dutilh N.V.
T: + (10)(2e)
F: + (10)(2e)
E: (10)(2e) @nautadutilh.com
NautaDutilh | 1724 - 2014
NautaDutilh | Legal Partner KidsRights
Law Firm of the Year: The Netherlands | IFLR Europe Awards 2012, 2014 and 2015
Law Firm of the Year: The Netherlands | Chambers Europe Awards 2013

From: (10)(2e), (10)(2e) [(10)(2e) @amsterdam.nl]
Sent: woensdag 2 december 2015 21:51
To: (10)(2e)
Cc: (10)(2e), (10)(2e) (10)(2e) (10)(2e), (10)(2e)
Subject: RE: Concept versie AB2016 ND van 26 november 2015
Importance: High

Beste (10)(2e)

Wederom dank voor jullie werkzaamheden.

Wij komen nu tot een finaal stuk van de AB2016 dat wij aan het bestuurlijk team, bestaande uit de drie verantwoordelijke wethouders, gaan voorleggen. De AB2016 hecht ik aan waarbij nog een aantal tekstuele wijzigingen hebben plaatsgevonden.

Bij het aanbieden van de tekst van AB2016 aan het bestuurlijk team willen wij een toelichting meegeven met betrekking tot de adviezen die wij van jullie hebben gekregen. Deze toelichting hecht ik ook als bijlage aan.

Het bestuurlijk team hecht erg veel waarde aan jullie advies en inbreng op de AB2016. Zoals blijkt uit de versie van de AB2016 in de bijlage en eerdere versies die wij aan jullie hebben voorgelegd, hebben wij bijna al jullie punten overgenomen. De punten die we niet hebben overgenomen hebben wij weloverwogen niet overgenomen en motivatie hiervan staat omschreven in bijgevoegde notitie. Graag ontvangen wij van jullie een samenvattend oordeel of jullie de AB 2016 zo juridisch houdbaar vinden. En zien jullie nog procesrisico's? Aan jullie dan ook het verzoek de notitie aan te passen met jullie bevindingen/ adviezen. Zijn de door jullie gemaakte kanttekeningen/ adviezen in dit stuk volledig en juist verwoord? Graag zouden wij uiterlijk maandag 7 december 2015 dit stuk van jullie ontvangen zodat het doorgezet kan worden aan het bestuurlijk team.

Los daarvan hebben wij nog een openstaande vraag met betrekking tot het feit dat er in de wet in een aantal gevallen wordt gesproken over "akte van vestiging" en de werking van de algemene bepalingen.

Eerder gaven jullie aan dat indien er in de wet wordt gesproken over de akte van vestiging (bijvoorbeeld bij ondererfpacht), het opnemen in de algemene bepalingen niet volstaat. In mijn mail van 19 november hieronder geef ik het dilemma aan wanneer er wordt overgestapt (geen akte van vestiging). Als reactie hierop geven jullie aan dat onder de akte van vestiging ook kan worden verstaan latere notariële akten die op basis van wilsovereenstemming tot stand zijn gekomen.

Naar aanleiding hiervan zet ik nog één en ander op een rij om het geheel duidelijk te hebben.

∀ Akte van vestiging en latere notariële akten waarbij wilsovereenstemming is bereikt kunnen als gelijkwaardig kunnen worden gezien;

∀ Hetgeen hiervoor is gesteld brengt met zich mee dat indien de gemeente nieuwe (?) bepalingen (die niet in eerdere algemene of bijzondere bepalingen van het betreffende recht zijn opgenomen?) op wil nemen en de geldigheid hiervan zeker wil stellen, met de wederpartij expliciet de betreffende algemene en bijzondere bepalingen moet overeenkom.

Kan dan geconcludeerd worden dat – bij bestaande erfpachtrechten - beoogde werking/ toepasselijkheid alleen maar bereikt kan worden als er sprake is van vrijwillige overstap? En zo ja, hoe verhoudt dit zich tot de SEBA-procedure als het de algemene bepalingen betreft?

Voor ons speelt nog het vraagstuk dat in de wet wordt gesproken over "akte van vestiging".

Bij de artikelen over "verbod op beëindiging door de erfpachter" en "ondererfpacht" hebben jullie aangegeven dat omdat er in de wet wordt gesproken over "akte van vestiging" het niet volstaat om dit in de algemene bepalingen op te nemen. Betekent dit dan dat jullie in twijfel trekken of de algemene bepalingen wel onderdeel uitmaken van de akte van vestiging (ofwel een latere notariële akte waarbij sprake is van overeenstemming)?

Indien dit inderdaad het geval is, levert dit dan ook niet problemen op bij eerdere bepalingen die bijvoorbeeld zijn opgenomen in de AB2000?

Zoals:

∀ Artikel 22, splitsen (5:91 BW);

∀ Artikel 25 waarbij de beëindigingmogelijkheid van de erfpachter wordt ingeperkt (5:87 BW),

hadden deze bepalingen dan ook niet expliciet moeten worden opgenomen in de akte van vestiging?
De gemeente is van mening dat wanneer een passage is opgenomen in de algemene bepalingen en deze algemene bepalingen worden in de uitgifteakte van toepassing verklaard, dat deze algemene bepalingen onderdeel uitmaken van de akte van vestiging.
Het expliciet opnemen in artikel 3 van de AB2016 van bijvoorbeeld verbod op beëindiging door erfpachter om te bewerkstelligen dat dit ook in de bijzondere bepalingen (en dus in de akte van vestiging expliciet wordt opgenomen) is een stijlbreuk ten opzichte van eerdere AB's. Bestaat bij het opnemen van dergelijke passages in de akte van vestiging niet het risico dat de gemeente erkent dat bij rechten die onder oudere AB's zijn gevestigd (waar de betreffende passages niet expliciet in de akte van vestiging zijn genoemd), de werking van de betreffende artikelen in twijfel wordt getrokken?
Naar aanleiding van bovenstaande rijst ook de vraag of er bij het van toepassing verklaren van nieuwe algemene bepalingen bij het einde van een tijdvak zoals we dat nu bij de huidige werkwijze doen :

1. Die nieuwe bepalingen op basis van wilsovereenstemming overeengekomen hadden moeten worden (SEBA-procedure?); EN
2. Expliciet in de notariële akte, waar de nieuwe AB's van toepassing worden verklaard, hadden moeten worden benoemd?

Het is voor ons van uiterst belang dat wij hier duidelijkheid over hebben.
Mochten jullie nog vragen en/ of opmerkingen hebben ben ik morgen (donderdag 3 december) bereikbaar en vrijdag kunnen jullie contact opnemen met (10)(2e) (10)(2e) ((10)(2e)).
Groeten,

(10)(2e) (10)(2e)
Senior Jurist
Grond en Ontwikkeling
Gemeente Amsterdam
T (10)(2e)
M (10)(2e)
(10)(2e) @amsterdam.nl
Weesperplein 8, 1018 XA Amsterdam
Postbus 1104, 1000 BC Amsterdam
Aanwezig: ma, di, woe en do

Van: (10)(2e) [(10)(2e) @nautadutilh.com]
Verzonden: donderdag 26 november 2015 17:29
Aan: (10)(2e), (10)(2e), (10)(2e)
CC: (10)(2e), (10)(2e) (10)(2e) (10)(2e), (10)(2e)
Onderwerp: Concept versie AB2016 ND van 26 november 2015

Allen,

Hierbij sturen we jullie een nieuw concept van de AB 2016 met onze aanpassingen en commentaar van 26 november 2015.

Zoals voorheen hebben wij de aanvaarde wijzigingen en comments niet meer opgenomen in dit nieuwe concept.

Wat betreft de aanvullende vraag: onder de "akte van vestiging" in de relevante wettelijke bepalingen wordt mede verstaan de nadien op basis van wilsovereenstemming van beide partijen opgemaakte notariële akten (zie bijvoorbeeld art. 5:89 BW en de wijziging van de bestemming die in latere akten worden gewijzigd).
Met vriendelijke groet,
mede namens (10)(2e)
(10)(2e)

Nauta Dutilh N.V.
T: + (10)(2e)
F: + (10)(2e)
E: (10)(2e) @nautadutilh.com
NautaDutilh | 1724 - 2014
NautaDutilh | Legal Partner KidsRights
Law Firm of the Year: The Netherlands | IFLR Europe Awards 2012, 2014 and 2015
Law Firm of the Year: The Netherlands | Chambers Europe Awards 2013

From: (10)(2e), (10)(2e) [(10)(2e) @amsterdam.nl]
Sent: donderdag 19 november 2015 23:44
To: (10)(2e)
Cc: (10)(2e), (10)(2e) (10)(2e) (10)(2e), (10)(2e)
Subject: RE: Concept versie AB2016 ND van 17 november 2015

Beste (10)(2e)
Wederom dank voor jullie aanpassingen en input.

Wij zijn er weer door heen gelopen en hebben geaccepteerd waar we het mee eens zijn. Er blijven een aantal punten/ vragen open.
Deze hebben met name betrekking op: erfpachtakte, boete, integriteit, beeindigingsartikel en geschillencommissie/ deskundigen.
Zouden jullie deze willen bekijken?
Verder is nog een aanvullende vraag:
Hoe gaan we om met de bepalingen waarvan in de wet is opgenomen dat zij in de akte van vestiging (bijvoorbeeld uitsluiting opzegging door de erfpachter) moeten worden opgenomen, bij een overstap? Hier is geen sprake van een nieuwe uitgifte maar hoogstens een wijziging van het recht, dus er is geen uitgifteakte/ akte van vestiging. Als de wet inderdaad zo strikt uitgelegd moet worden , moeten we een truc verzinnen om er voor te zorgen dat er toch sprake is van een akte van vestiging. Ik hoor graag jullie gedachte hierover.
Morgen ben ik afwezig maar indien nodig kunnen wij maandag of dinsdag even telefonisch contact hebben.
Dank en groet, (10)(2e)

Van: (10)(2e) [(10)(2e)@nautadutilh.com]
Verzonden: dinsdag 17 november 2015 17:56
Aan: (10)(2e), (10)(2e); (10)(2e), (10)(2e), (10)(2e), (10)(2e), (10)(2e), (10)(2e)
CC: Ee, (10)(2e)
Onderwerp: Concept versie AB2016 ND van 17 november 2015

Allen,

Hierbij sturen we jullie een nieuw concept van de AB 2016 met onze aanpassingen en commentaar van 17 november 2015.

Zoals besproken op 11 november 2015 hebben wij de aanvaarde wijzingen en comments niet meer opgenomen in dit nieuwe concept.

Bij artikel 3 zijn wij kort ingegaan op de mogelijke ontruiming op grond van een grosse van de akte.

Als er nadere vragen of opmerkingen zijn, dan vernemen wij die uiteraard graag.

Met vriendelijke groet,

mede namens (10)(2e)

(10)(2e)
Nauta Dutilh N.V.
T: + (10)(2e)
F: + (10)(2e)
E: (10)(2e)@nautadutilh.com

NautaDutilh | 1724 - 2014
NautaDutilh | Legal Partner KidsRights
Law Firm of the Year: The Netherlands | IFLR Europe Awards 2012, 2014 and 2015
Law Firm of the Year: The Netherlands | Chambers Europe Awards 2013

NautaDutilh N.V.
Advocaten Notarissen Belastingadviseurs
Lawyers Civil law notaries Tax advisers
Strawinskylaan 1999, 1077 XV Amsterdam, the Netherlands
P.O. Box 7113, 1007 JC Amsterdam, the Netherlands.
www.nautadutilh.com

NautaDutilh N.V.; corporate seat Rotterdam; trade register no. 24338323; further information available at www.nautadutilh.com/info. This e-mail, including attachments, is confidential and may be subject to professional privilege. It may not be used, disclosed, copied, distributed or retained by anyone other than the intended addressee. If you have received this e-mail by mistake, please notify us immediately and return it to us without retaining a copy. Electronic communications are not secure and may be intercepted, manipulated, infected, delayed or misdirected, e.g. by viruses and spam filters. NautaDutilh N.V. is not liable on any legal ground for damage resulting from any such event.
All legal relationships are subject to NautaDutilh N.V.'s general terms and conditions (see www.nautadutilh.com/terms), which include a limitation of liability clause, have been filed with the Rotterdam District Court and will be provided free of charge upon request. Dutch law is applicable and disputes shall be submitted exclusively to the Amsterdam District Court. For information concerning the processing of your personal data we refer to our privacy policy: www.nautadutilh.com/privacy.
Please consider the environment before printing this e-mail.

De informatie verzonden in dit e-mail bericht is uitsluitend bestemd voor de geadresseerde. Gebruik van deze informatie door anderen dan de geadresseerde is verboden. Indien u dit bericht ten onrechte ontvangt, wordt u verzocht de inhoud niet te gebruiken maar de afzender direct te informeren door het bericht te retourneren en het

00500

daarna te verwijderen. Openbaarmaking, vermenigvuldiging, verspreiding en/of verstrekking van de in de e-mail ontvangen informatie aan derden is niet toegestaan. De gemeente Amsterdam staat niet in voor de juiste overbrenging van een verzonden e-mail, noch voor de tijdige ontvangst daarvan. Externe e-mail wordt door de gemeente Amsterdam niet gebruikt voor het aangaan van verplichtingen.

De informatie verzonden in dit e-mail bericht is uitsluitend bestemd voor de geadresseerde. Gebruik van deze informatie door anderen dan de geadresseerde is verboden. Indien u dit bericht ten onrechte ontvangt, wordt u verzocht de inhoud niet te gebruiken maar de afzender direct te informeren door het bericht te retourneren en het daarna te verwijderen. Openbaarmaking, vermenigvuldiging, verspreiding en/of verstrekking van de in de e-mail ontvangen informatie aan derden is niet toegestaan. De gemeente Amsterdam staat niet in voor de juiste overbrenging van een verzonden e-mail, noch voor de tijdige ontvangst daarvan. Externe e-mail wordt door de gemeente Amsterdam niet gebruikt voor het aangaan van verplichtingen.

De informatie verzonden in dit e-mail bericht is uitsluitend bestemd voor de geadresseerde. Gebruik van deze informatie door anderen dan de geadresseerde is verboden. Indien u dit bericht ten onrechte ontvangt, wordt u verzocht de inhoud niet te gebruiken maar de afzender direct te informeren door het bericht te retourneren en het daarna te verwijderen. Openbaarmaking, vermenigvuldiging, verspreiding en/of verstrekking van de in de e-mail ontvangen informatie aan derden is niet toegestaan. De gemeente Amsterdam staat niet in voor de juiste overbrenging van een verzonden e-mail, noch voor de tijdige ontvangst daarvan. Externe e-mail wordt door de gemeente Amsterdam niet gebruikt voor het aangaan van verplichtingen.