Bijlage 1 **KABINET**
Advies NautaDutilh

Van: (10)(2e) (10)(2e)
Verzonden: donderdag 25 augustus 2016 11:45
Aan: (10)(2e) , (10)(2e)
CC: (10)(2e) (10)(2e)
Onderwerp: RE: Adviesverzoek Nauta

Onder verwijzing naar jouw adviesaanvraag van gistermiddag en de daarbij gevoegde stukken, alsmede de e-mail met bijlagen van gisteren berichten we je als volgt. Gelet op de zeer korte termijn die beschikbaar was voor het opstellen van dit advies betreft dit slechts een voorlopige/eerste beoordeling.

Jullie hadden de volgende vragen gesteld:

1. Kan de gemeente de berekeningswijze van het canonpercentage bij bestaande AB2000 rechten wijzigen (omdat het gemeentelijk beleid is en de gemeente haar beleid kan wijzigen) of kunnen we dit voor bestaande AB2000 rechten niet wijzigen omdat de gemeente gebonden is aan een in de AB's vastgelegde berekeningswijze?
2. Hoe groot is de kans dat de gemeente bij een beleidswijziging in een eventuele gerechtelijke procedure hierover in het ongelijk wordt gesteld?
3. Als de gemeente haar beleid kan wijzigen is ze dan geheel (10)(2e bij het inhoudelijk invullen van de berekeningswijze/wijziging? Kan er een koppeling gemaakt worden met (eventueel fluctuerende) percentages en berekeningsmethodieken die er in het nieuwe eeuwigdurende erfpachtstelsel gebruikt worden? Is het mogelijk om een vaste bodem in het te hanteren canonpercentage te leggen?
4. Als we het kunnen wijzigen is het dan wenselijk en/of noodzakelijk een overgangsperiode te hanteren? En zo ja welke?

Ad 1 wijziging berekeningswijze canonpercentage

Wij stellen voorop dat de gemeente en de erfpachter gebonden zijn aan de desbetreffende akte en de toepasselijke AB's (in dit geval gaat het om de AB 2000). De bewuste akte en de bepalingen van de AB 2000 kunnen niet eenzijdig door de gemeente (middels beleid) worden gewijzigd, tenzij de desbetreffende bepalingen daarin uitdrukkelijk voorzien. Daar waar ingevolge de toepasselijke AB een bepaalde wijze van berekening van de canon is voorgeschreven, is eenzijdige afwijking door de gemeente in beginsel niet toegestaan. In de artt. 7.1, 8.2 en 9.2 van de AB 2000 is nader uitgewerkt hoe het canonpercentage dient te worden berekend. Deze wijze van berekening kan niet worden gewijzigd bij gemeentelijk beleid.

In de artt. 11 en 12 van de AB 2000 wordt met betrekking tot het toepasselijke canonpercentage bepaald: "(...) canonpercentages, geldende in het desbetreffende kwartaal van het jaar van kennisgeving als bedoeld in lid 1". Niet is nader uitgewerkt hoe de canonpercentages dienen te worden berekend. Evenmin is uitdrukkelijk verwezen naar de canonpercentages (of de wijze van berekening genoemd in artikelen. 7.1, 8.2 of 9.2 AB 2000). De vraag is of de term "canonpercentage" in artt. 11 en 12 van de AB 2000 is ingevuld met c.q. gekoppeld aan de artikelen

7, 8 en 9 (voor respectievelijk jaarlijkse canonaanpassing, 10 jaarlijkse aanpassing en 25 jaarlijkse aanpassing) of niet. Dit is in de eerste plaats een vraag naar de uitleg van de desbetreffende bepalingen.

In het Haviltex-arrest[1] heeft de Hoge Raad bepaald dat het bij de uitleg van overeenkomsten niet enkel aankomt op een taalkundige uitleg van de bepalingen van die overeenkomst, maar ook op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en op hetgeen ze te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De Haviltex-norm is ook van toepassing op algemene voorwaarden. Latere arresten van de Hoge Raad kleuren de Haviltex-norm verder in. Zo spelen bij de uitleg van een overeenkomst alle omstandigheden van het geval een rol, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.[2] In feite is er sprake is van een 'glijdende schaal'[3] bij de uitleg van overeenkomsten, met aan de ene kant de bedoeling van partijen en aan de andere kant de tekst van de overeenkomst. Onder meer de volgende omstandigheden zijn in dat kader relevant: (a) de aard van de transactie; (b) de omvang en de gedetailleerdheid van de overeenkomst; en (c) de wijze van totstandkoming van de overeenkomst.

In het arrest MeyerEurope/PontMeyer oordeelde de Hoge Raad bijvoorbeeld dat in geval van een zeer omvangrijke en gedetailleerde commerciële transactie, waarbij uitvoerig was onderhandeld bij de totstandkoming, het Hof beslissend gewicht toe mocht kennen aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de woorden in de overeenkomst.[4] Het arrest Derksen/Homburg zag op een zuiver commerciële transactie waarbij de partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst waren bijgestaan door (juridisch) deskundige raadslieden. Ook hier oordeelde de Hoge Raad dat het Hof terecht een taalkundige uitleg voorop had gesteld.[5] Ondanks bovenstaande geldt dat ook wanneer groot gewicht toegekend moet worden aan de bepalingen van de overeenkomst, de overige omstandigheden van het geval gewaardeerd naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat een andere (dan de taalkundige) betekenis aan de bepalingen van de overeenkomst moet worden toegekend. De Haviltex-maatstaf blijft dus ook in die gevallen beslissend.[6]

Naar wij begrijpen is tot op heden in de praktijk bij de berekening van het canonpercentage als bedoeld in de artt. 11 en 12 van de AB 2000 tot dusver altijd aansluiting gezocht bij het canonpercentage als bedoeld in artikel 7 van de AB 2000 (er is kennelijk geen onderscheid gemaakt voor de 10 en/of 25 jaarlijkse canon). Dat de gemeente tot dusver voor het canonpercentage als bedoeld in artikel 11 en 12 altijd (zonder vastgesteld beleid) heeft aangeknoopt bij de methodiek van artikel 7 van de AB 2000 zou kunnen worden gezien als een aanwijzing dat met de term "canonpercentage" kennelijk het canonpercentage als bedoeld in die bepaling. Het opstellen van beleid voor het vaststellen van het canonpercentage als bedoeld in artikel 11 en 12 is tot dusver niet nodig/wenselijk geacht. Een andere aanwijzing is dat in de AB2000 (of elders) geen wijze van berekening voor het canonpercentage als bedoeld in artikelen 11 en 12 heeft opgenomen. In dit verband is van belang dat in de raadsvoordracht van 15 november 2000 waarbij de AB2000 zijn vastgesteld in de toelichting bij artikel 5 is opgenomen:

" De wijzigingen vloeien voort uit de gewijzigde financiële systematiek, waartoe is besloten bij raadsbesluit van 26 januari 2000, nr. 19. De canonpercentages zullen door Burgemeester en Wethouders worden vastgesteld en niet door de Gemeenteraad. De achtergrond hiervan is dat in de nieuwe artikelen 8, 9 en 10 is vastgelegd hoe de percentages berekend moeten worden. De vaststelling daarvan is dan ook in feite een mechanische toepassing van deze artikelen zodat het meer voor de hand ligt Burgemeester en Wethouders hiermee te belasten."

Hieruit zou a-contrario kunnen worden afgeleid dat als het inderdaad de bedoeling was dat een afwijkend canonpercentage zou kunnen worden vastgesteld voor de situaties genoemd in artikel 11 en 12 en daarvoor geen berekeningswijze zou zijn voorgeschreven, dit een bevoegdheid van de Gemeenteraad zou moeten zijn. Het betreft dan in ieder geval geen "mechanische toepassing" van bepaalde artikelen, wat als reden wordt opgevoerd om B&W met vaststelling te belasten. Wij merken op dat we dit onderdeel uit de raadsvoordracht gezien de beschikbare tijd op "face value" hebben beoordeeld en derhalve de bevoegdheidsverdeling en de achtergronden daarvan niet nader hebben onderzocht. Bij een eerste analyse op dit punt van een aantal stukken die betrekking hebben op de totstandkoming van de AB2000 (zoals gevoegd bij de e-mail van @@) zien wij voorshands geen specifieke aanwijzingen dat bij de totstandkoming van de AB2000 mogelijk bedoeld was dat de canonpercentages genoemd in artikel 11 en 12 zouden kunnen afwijken van de canonpercentages genoemd in artikel 7, 8 en 9 AB 2000.

Er zijn ook argumenten om te betogen dat er kennelijk niet één vaste wijze van berekening van het "canonpercentage" voor de verschillende gevallen (van artikel 11 en 12) is vastgelegd. In artikel 5 lid 2 van de AB 2000 staat dat het college van B&W de canonpercentages vaststelt, dat er meerdere, verschillende canonpercentages in de AB 2000 staan opgenomen (artt. 7.1, 8.2 en 9.2) en dat met artikel 11 lid 5 AB 2000 de mogelijkheid bestaat dat deskundigen een canonpercentage vaststellen.. Artikel 5 van de AB 2000 is evenwel gericht op de vaststelling van de canonpercentages bij uitgifte (mede gelet op de leden 1 en 3 van de bepaling) (de "mechanische toepassing", zoals hiervoor aangehaald) en lijkt niet te zijn bedoeld als concrete grondslag van de bevoegdheid om de canonpercentages voor de artikelen 11 en 12 van de AB 2000 te bepalen. Daarnaast is relevant dat in de letterlijke tekst van de desbetreffende bepalingen geen verbinding wordt gemaakt tussen het canonpercentage genoemd in artikel 11 en 12 en de berekeningswijze genoemd in artikel 7, 8 en 9. Hierbij kan erop worden gewezen dat in de besluiten waarbij de canonpercentages worden vastgesteld sprake is geweest van een aparte vaststelling voor artikel 11 van de AB 2000, hetgeen indiceert dat de verschillende canonpercentages kennelijk als iets verschillends werden gezien.

Ad 2 risico beleidswijziging

Welke van deze twee voormelde mogelijkheden prevaleert in het geval een erfpachter dit in een juridische procedure aan de orde zou stellen is niet bij voorbaat te voorspellen. Het is een vraag van uitleg van de bewuste bepalingen van de AB 2000. Wij menen evenwel dat een nadere vaststelling van het "canonpercentage" als bedoeld in artt. 11 en 12 van de AB 2000 door het college van B&W (op de voet van vastgesteld beleid) op zich bepleitbaar is, maar dat er zonder meer een procesrisico bestaat. Hierbij dient in beschouwing te worden genomen dat met de voorgenomen uitleg en uitoefening van de bevoegdheid de gemeente eenzijdig bij besluit de inhoud van de erfpachtrelatie stuurt. Nader onderzocht zou moeten worden of er nog andere aanknopingspunten zijn (in de praktijk of eerdere besluitvorming) op grond waarvan een erfpachter kan betogen dat hij erop heeft mogen vertrouwen dat het canonpercentage als bedoeld in artikel 7 van de AB 2000 ook gehanteerd moet worden bij toepassing van artikel 11 en 12 van de AB 2000.

Ad 3 beleidsvrijheid

Nieuw beleid zal, zoals gebruikelijk bij aanpassing van beleid (in dit geval de vast gedragslijn) goed onderbouwd en gemotiveerd moeten worden. Wij zien op basis van een eerste beoordeling geen principiële bezwaren tegen een invulling van het beleid met fluctuerende percentages en/of methodieken die in het nieuwe eeuwigdurende erfpachtstel worden gebruikt. Het beleid dient uiteraard wel redelijk te zijn, met gelet op de (al dan niet indirecte) toetsing daarvan.

Ad 4 overgangsperiode

Bij inwerkingtreding van nieuw beleid is het veelal noodzakelijk een overgangsperiode te hanteren, opdat men daarop kan anticiperen. Ook aan beleid kan men een bepaald gerechtvaardigd vertrouwen ontlenen (maar men dient uiteraard ook rekening te houden met de mogelijkheid van wijziging van aanpassing van beleid). Wat betreft de canonherziening einde tijdvak kan men zich afvragen of het hanteren van een termijn zinvol is. De datum van de herziening ligt immers per geval vast en een erfpachter kan daar niets aan veranderen. Een erfpacht kan uiteraard wel indirect anticiperen (bv. vrij houden van fondsen, wellicht uitstel van investeringen). Wat betreft conversie en wijziging van het recht van erfpacht zijn de mogelijkheden van een erfpachter om te anticiperen uiteraard veel groter. De gemeente zou kunnen overwegen gemotiveerd een onderscheid tussen de verschillende bepalingen/gevallen aan te brengen. Een termijn van tenminste zes maanden lijkt ons in algemene zin voorshands niet onredelijk. Wij raden de gemeente echter aan een langere termijn (bijvoorbeeld van twaalf maanden) te nemen, opdat het procesrisico dienaangaande wordt beperkt.

Overige

Verder dient bezien te worden of het besluit van de gemeenteraad van oktober 2014 gedeeltelijke intrekking behoeft. Uit de stukken leiden wij af dat de gemeenteraad indertijd heeft besloten om voor wijzigingen van bestaande erfpachtrechten het ongewijzigde canonpercentage conform de artikelen 7.1, 8.2 en 9.2 van de AB 2000 te hanteren. Het is verstandig om (eventuele) strijdigheid van nieuw beleid van het college met een eerder besluit van de gemeenteraad te vermijden.

Zoals gezegd betreft het bovenstaande gezien de zeer beperkte tijd voor het opstelling van dit advies slechts een eerste beoordeling. Graag overleggen we met je of jullie wensen dat wij na deze e-mail nog een meer diepgaander analyse uitvoeren.

Voor overleg over het bovenstaande kunnen jullie ons natuurlijk bellen.

Groet, (10)(2e) en (10)(2e)

(10)(2e) (10)(2e)
NautaDutilh N.V.
Advocaat | Partner
T: + (10)(2e))(2e)
F: + (10)(2e)
M: (10)(2e) (10)(2e) (10)(2e) (10)(2e)
E: (10)(2e) @nautadutilh.com
Amsterdam | Brussels | London | Luxembourg | New York | Rotterdam
Legal partner of KidsRights