Nummer BD2016-003815
Dienst rve grond en ontwikkel

Gemeente Amsterdam
Map wethouder van der Burg

Map Wethouder, 19 april 2016

MW 3

Wethouder Van der Burg

Onderwerp

Kennisnemen van de voortgang van twee lopende cassatieprocedures (5.1.2e en SEBA) bij de Hoge Raad

Gevraagde beslissing

Inzake de cassatieprocedure 'Pullens':

1. Kennis te nemen van de conclusie van de Advocaat-Generaal mr. G.R.B. van 5.1.2e d.d. 29 januari 2016 en de reactie daarop van de zijde van de gemeente (Borgersbrief)
2. Kennis te nemen van de voortgang van de procedure
3. Kennis te nemen van de mogelijke gevolgen van de conclusie van de Advocaat-Generaal

Inzake de cassatieprocedure 'SEBA':

4. Kennis te nemen van de conclusie van de Advocaat-Generaal mr. M.H. 5.1.2e d.d. 22 januari 2016
5. Kennis te nemen van de voortgang van de procedure
6. Kennis te nemen van de mogelijke gevolgen van de conclusie van de Advocaat-Generaal

Korte toelichting / samenvatting

Inleiding

Op initiatief van DJZ is op 7 maart 2016 de Burgemeester geïnformeerd over de stand van zaken in twee cassatieprocedures (5.1.2e en SEBA). Ook u bent in het verleden meerdere malen als wethouder Grondzaken (o.a. via de periodieke analyse van risico-dossiers van G&O en via de weekendmap en collegevoordrachten) geïnformeerd over de stand van zaken in deze dossiers. Voor de volledigheid informeert G&O u hierbij nogmaals over de stand van zaken. Deze flap is vrijwel gelijkluidend aan de flap die DJZ ter kennisname aan de Burgemeester zond.

5.1.2e

De canonherziening bij het einde van het tijdvak heeft geleid tot een rechtszaak met 5.1.2e. Onderwerp van deze procedure was de (on)duidelijkheid van de gemeentelijke aanbieding voor de nieuwe canon. Waar in eerste en tweede aanleg vooral geprocedeerd is over de vraag of 5.1.2e (oneigenlijk) had gedwaald over (de totstandkoming van) de grondwaarde en de aanspraak op een eventuele extra korting van 40%., staat in cassatie vooral de (on)duidelijkheid van de gemeentelijke aanbieding en met name de 'ingroeiregeling' ter discussie.

Op 28 oktober 2014 heeft het Hof Amsterdam een uitspraak gedaan met potentieel

verstrekkende (negatieve) gevolgen voor de gemeente (bijlage 1). Het Hof Amsterdam heeft partijen verrast door te oordelen dat het aanbod niet volledig duidelijk was en daarmee geen overeenkomst tot stand heeft kunnen komen. Bij de Rechtbank Amsterdam is de gemeente in deze zaak eerder in het gelijk gesteld. Op 26 januari 2015 heeft de Burgemeester het besluit genomen om in cassatie te gaan tegen dit arrest. Op 29 januari 2016 heeft de Advocaat-Generaal mr. G.R.B. van Peursem de conclusie genomen (bijlage 2). Hierop heeft de gemeente op 12 februari 2016 gereageerd middels de zogenaamde Borgersbrief (bijlage 3).

SEBA e.a.
Parallel aan deze procedure loopt ook een procedure tussen de gemeente enerzijds en de Stichting Erfpachtersbelangen Amsterdam (SEBA) en een aantal individuele erfpachters anderzijds. In deze zaak komen diverse aspecten van het Amsterdamse erfpachtstelsel aan de orde, in het bijzonder de procedure omtrent de canonherziening aan het einde van het tijdvak van een voortdurend recht van erfpacht.

De Rechtbank Amsterdam heeft in die procedure alleen de vorderingen van de betrokken individuele erfpachters tot vernietiging van de uitgebrachte taxatierapporten toegewezen. Deze rapporten gaven volgens de Rechtbank Amsterdam onvoldoende inzicht in de door de deskundigen concreet gehanteerde uitgangspunten en maatstaven en er blijkt niet uit dat partijen in de gelegenheid zijn gesteld opmerkingen te maken of vragen te stellen aan de deskundigen. De overige vorderingen van SEBA e.a. zijn door de Rechtbank Amsterdam afgewezen.
Het hiertegen door eisers aanhangig gemaakte hoger beroep is het Hof Amsterdam op 23 september 2014 (bijlage 4) op twee punten tot een ander oordeel dan de Rechtbank Amsterdam gekomen. Het Hof Amsterdam heeft de bepaling in de Algemene Bepalingen dat deze AB door de gemeente eenzijdig kunnen worden gewijzigd als een oneerlijk beding aangemerkt en een aantal vorderingen van SEBA aangemerkt als vorderingen in de zin van artikel 6:240 BW en de zaak op die punten doorverwezen naar het Hof Den Haag.
Tegen dit arrest hebben zowel eisers als de gemeente cassatie ingesteld. Op 22 januari 2016 heeft de Advocaat-Generaal mr. M.H. 5.1.2e de conclusie genomen (bijlage 5).

Ad 1) Conclusie A-G inzake 'Pullens' en reactie gemeente in Borgersbrief

- De A-G volgt de uitspraak van het Hof Amsterdam en concludeert tot afwijzing van het cassatieberoep. Ook de A-G meent dat er sprake is van een onvoldoende bepaalbaar aanbod omdat uit de gemeentelijke aanbieding niet direct de juiste hoogte van de afkoopsom is af te leiden.
- In de Borgersbrief is uiteengezet waarom de gemeente meent dat de conclusie van de A-G niet gevolgd kan worden en er wel degelijk sprake is van een voldoende bepaalbaar aanbod. Belangrijkste elementen daarbij zijn: de gemeente heeft 5.1.2e beleid gevolgd;
- Bij navraag c.q. lezen toepasselijke regelgeving was de precieze hoogte korting wel inzichtelijk geweest;
- Het gaat om een minimaal verschil; de korting bedraagt circa €1.000,= bij een afkoop som van circa € 32.000;
- Bepaalbaarheidsvereiste strekt er niet toe de rechtszekerheid van (één van de) partijen te waarborgen of beschermen;

- Onwenselijke (verstrekkende)gevolgen van de uitspraak voor het rechtsverkeer indien dit tot nietigheid zou leiden;
- Uitgangspunt dat een overeenkomst in voorkomende gevallen daar waar mogelijk wordt uitgelegd, c.q. aangevuld al dan niet door toepassing van aanvullende recht of redelijkheid en billijkheid
- Er is voor gekozen om in de Borgersbrief niet te wijzen op de conclusie in de SEBA-zaak om de gunstige conclusie in die zaak niet negatief te beïnvloeden.

Ad 2) Voortgang procedure Pullens
De verwachting is dat er over circa vier maanden arrest wordt gewezen door de Hoge Raad. Dit kan uiteraard ook langer duren. In hoeverre de Hoge Raad de conclusie van de A-G zal volgen is onduidelijk.

Ad 3) Potentiele gevolgen conclusie 5.1.2e

- De conclusie van de A-G is openbaar. Op dit moment is de conclusie niet gepubliceerd en is de conclusie niet ter beschikking gesteld aan de advocaat van 5.1.2e heeft zich niet gesteld in de procedure bij de Hoge Raad en beschikt dus niet automatisch over deze conclusie. Wel is 5.1.2e advocaat eerder in de procedure op zijn verzoek geïnformeerd over de voorgang van de procedure. Indien hij daarom verzoekt zal de conclusie uiteraard aan hem ter hand worden gesteld.
- Het proactief delen van dit stuk met de advocaat van 5. 5.1.2e, lijkt gelet op potentiele rechtsonzekerheid die bij erfpachters kan ontstaan ten aanzien van de gevolgen van de uitspraak niet verstandig. Nog niet bekend is immers in hoeverre de HR de conclusie van de A-G zal volgen en in hoeverre dit invloed heeft op welke erfpachtdossiers.
- Indien de conclusie openbaar wordt zal gecommuniceerd worden dat de gemeente pas na de eventuele bevestiging hiervan door de Hoge Raad consequenties hieraan zal verbinden en uiteraard zal handelen in overeenstemming met uitspraken van de Hoge Raad.
- Voor het overige rechtsverkeer kan een dergelijke uitspraak ook gevolgen hebben. Er zijn legio voorbeelden te bedenken van aanbiedingen die een overeenkomst tot gevolg hebben waarvan niet alle (prijs)voorwaarden direct inzichtelijk zijn (gemaakt).

Ad 4) Conclusie A-G in 'SEBA' zaak en Borgersbrief van de SEBA
In de procedure die ook wel wordt aangeduid als 'de SEBA-zaak' heeft een week voor de conclusie in de zaak 5.1.2e, een andere A-G zijn conclusie gegeven. In de zaak 5.1.2e ging het in hoofdzaak over de bepaalbaarheid van een concreet aanbod dat de gemeente aan een erfpachter had gedaan in het zicht van het einde tijdvak. In de SEBA-zaak komen meer erfpachtgerelateerde aspecten en diverse vragen aan de orde. Die worden hierna weergegeven, gevolgd door de kern van de conclusie van de A-G.

Moet de canonherzieningsbepaling in de erfpachtakte staan?
Hierover concludeert de A-G (nr. 5.15):

> *'Naar mijn mening is aan artikel 767 (oud) BW respectievelijk art. 5:85 lid 2 BW voldaan indien in de vestigingsakte een aanvangscanon is opgenomen en de*

> *vestigingsakte op correcte wijze verwijst naar in de openbare registers ingeschreven algemene voorwaarden waarin een canonherzieningsbepaling is opgenomen.'*

Is de canonherzieningsbepaling in de AB voldoende bepaald?
Hierover concludeert de A-G (nr. 5.30):

> *'Ik kom tot de slotsom dat er onvoldoende aanknopingspunten zijn voor de opvatting dat de eisen van bepaalbaarheid of bepaaldheid zich verzetten tegen de canonherzieningsbepalingen in de AB-en.'*

Zijn de AB-en onredelijk bezwarend?
Bij de beantwoording van deze vraag oordeelt de A-G dat het Hof ten onrechte de bepaling in de AB-en 1915, 1934 en 1937 die de gemeenteraad de mogelijkheid tot wijziging geeft, als een oneerlijk beding heeft aangemerkt. Kern daarvoor is dat de richtlijn waar het Hof aan heeft getoetst slechts ziet op na 31 december 1994 gesloten overeenkomsten. De rechter is daarom niet verplicht het Nederlands recht richtlijnconform toe te passen bij voor 1 januari 1995 gesloten overeenkomsten. Hij is ook niet bevoegd tot ambtshalve toetsing nu de bepalingen niet van openbare orde zijn.

Welke maatstaven gelden voor de bepaling van de herziene canon?
SEBA wenste dat het Hof aan deskundigen een richtlijn geeft voor de vaststelling van toekomstige canons. Het hof heeft geoordeeld dat het dat niet kan doen omdat (1) volgens de AB-en de deskundigen in beginsel vrij zijn in het vaststellen van de canon, mits hun vaststelling voldoende wordt gemotiveerd en (2) dat zelfs indien de rechter de AB-en wel zou mogen aanpassen, zulks niet is gevorderd. Het middel dat SEBA hiertegen richt moet volgens de A-G falen.

Zijn de vier uitgebrachte taxatierapporten geldig?
Hierover wordt in cassatie geen debat meer gevoerd.

Heeft de gemeente onrechtmatig gehandeld?
Eisers menen dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door hen te houden aan door deskundigen vastgestelde canons 'terwijl zij hen niet tijdig en voldoende heeft geïnformeerd over de wijziging van de canonberekeningsgrondslag'. De stelling is voornamelijk gebaseerd op het element van de in de ogen van eisers gebrekkige voorlichting van de kant van de gemeente. Het hof meende dat van gebrekkige voorlichting geen sprake is: de gemeente weet op voorhand niet wie zij precies zou moeten voorlichten omdat zij niet weet wie precies van plan is een erfpachtrecht te gaan kopen. Bovendien stelde het Hof dat de particuliere kopers zich kunnen en veelal laten bijstaan door ter zake kundige Amsterdamse makelaars. De klachten die zich tegen de oordelen van het Hof richten moeten volgens de A-G falen.

Profiteren ook erfpachters die de herzieningsakte al hebben getekend van een uitspraak ten gunste van SEBA c.s.?
Rechtbank en Hof beantwoorden deze vraag ontkennend. In cassatie komt deze vraag niet meer aan de orde.

De Borgersbrief van SEBA is vrij omvangrijk (hetgeen ongebruikelijk is bij een Borgersbrief) en gaat in op een groot aantal punten uit de conclusie van de A-G.

Ad 5) Voortgang procedure SEBA zaak
De verwachting is dat er over circa vier maanden arrest wordt gewezen door de Hoge Raad. Dit kan uiteraard ook langer duren. In hoeverre de Hoge Raad de conclusie van de A-G zal volgen is onduidelijk.

Ad 6) Kennis te nemen van de mogelijke gevolgen van de conclusie van de Advocaat-Generaal

- De conclusie van de A-G is openbaar en gepubliceerd.
- De AG concludeert onder meer dat de bepaling in de Amsterdamse erfpachtvoorwaarden dat deskundigen de erfpachtcanon na 75 jaar zullen herzien is geldig. Dat oordeelt advocaat-generaal 5.1.2e vandaag in een advies aan de Hoge Raad. De advocaat-generaal meent ook dat het gerechtshof Amsterdam ten onrechte een streep heeft gezet door de bepaling die de gemeente het recht geeft om de erfpachtvoorwaarden eenzijdig te wijzigen.
- Pas na de eventuele bevestiging van de conclusies van de AG door de Hoge Raad kunnen hieraan consequenties worden verbonden en uiteraard zal de gemeente daarna handelen in overeenstemming met uitspraken van de Hoge Raad.

Stukken

Meegezonden stukken

1. Arrest van Hof Amsterdam van 28 oktober 2014 in de zaak 5.1.2e
2. Conclusie A-G 5.1.2e in de zaak 5.1.2e 29 januari 2016
3. Borgersbrief Gemeente in de 5.1.2e zaak van 12 februari 2016
4. Arrest van Hof Amsterdam van 23 september 2014 in de zaak SEBA
5. Conclusie A-G Wissink in de zaak SEBA van 22 januari 2016
6. Borgersbrief SEBA in de zaak SEBA van 4 februari 2016

Verdere procedurestappen met data

Ander overleg:

Publiciteit / communicatie

n.v.t.

Wijze van voorbereiding

Afstemming met andere dienst: n.v.t.
Resultaat overleg met directie/bestuursdienst: BA: akkoord
Ander overleg: n.v.t.

Productinformatie

Opdracht verleend: n.v.t.
Financiering/budget: n.v.t.
Tijd: n.v.t.

Gemeente Amsterdam
Map wethouder van der Burg
Map Wethouder, 19 april 2016

MW

Kwaliteit n.v.t.

Beslissing

Voor kennisgeving aangenomen

Behandelend ambtenaar

rve grond en ontwikkeling; [redacted] – [redacted]; [redacted]@amsterdam.nl