(10)(2e), (10)(2e) [(10)(2e) @amsterdam.nl]; (10)(2e), (10)(2e) [(10)(2e) @amsterdam.nl]
From: (10)(2e), (10)(2e) (10)(2e)
Sent: Wed 1/20/2016 10:08:54 AM
Subject: Fwd: Akte van vestiging/ algemene bepalingen
Received: Wed 1/20/2016 10:08:56 AM

Verstuurd vanaf mijn iPhone

Begin doorgestuurd bericht:

Van: "(10)(2e), (10)(2e)" <(10)(2e) @amsterdam.nl>
Datum: 6 januari 2016 17:10:36 CET
Aan: "(10)(2e), (10)(2e) (10)(2e)" <(10)(2e) @amsterdam.nl>
Onderwerp: Akte van vestiging/ algemene bepalingen

Hoi (10)(2e), onderstaande mail zou ik graag willen bespreken om voor te leggen aan Nauta. (10)(2e) (10)(2e) heeft 'm ook gelezen.
Groeten, (10)(2e)
****
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 (10)(2e). (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?
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 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.
Ik kopieer (10)(2e) in omdat hij destijds bij de expertsessie van het notariaat aanwezig was en (mede)schrijver is van de algemene bepalingen (onder)erfpacht van de Haven.
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 met (10)(2e) te bespreken. 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.
Dank en groet, (10)(2e) (10)(2e)
(10)(2e) (10)(2e)

Senior Jurist
Grond en Ontwikkeling
Gemeente Amsterdam
T (10)(2e) (10)(2e)
M (10)(2e)

(06)(12) [redacted]@amsterdam.nl
Weesperplein 8, 1018 XA Amsterdam
Postbus 1104, 1000 BC Amsterdam
Aanwezig: ma, di, woe en do