

Aangetekend

Gemeente Amsterdam

5.1.2.e

Postbus 79092

1070 NC AMSTERDAM

5.1.2.e

Advocaat | Counsel

T 5.1.2.e

M 5.1.2.e

E 5.1.2.e

Postbus 75505 1070 AM Amsterdam
Gustav Mahlerplein 50 Amsterdam

Tevens per e-mail: 5.1.2.e

Amsterdam, 1 februari 2022

Inzake: Prinses Irenestraat 59 || Erfpachtaanbieding

Onze ref: 230009636/27508365.4

Geachte 5.1.2.e,

Namens Cityhold Prinses Coöperatief U.A. ("**Cityhold**") reageer ik graag als volgt op uw brief van 13 januari 2022 voor zover die ziet op (het uitblijven van) de erfpachtaanbieding in het kader van de herontwikkeling van Prinses Irenestraat 59 in Amsterdam ("**PI59**"). Deze erfpachtaanbieding gaat zowel over het uitbreiden van het erfpachtperceel als over een uitbreiding van het toegestane aantal m² bebouwing op het huidige erfpachtperceel.

Standpunt Gemeente

In het kort stelt u dat de Gemeente niet gehouden is de erfpachtaanbieding te doen zolang de verstrekte omgevingsvergunning nog niet onherroepelijk is. Als de privaatrechtelijke toestemming wel al zou zijn gegeven – zo geeft u aan – "*zou de Gemeente in strijd handelen met het publiekrecht, met alle gevolgen van dien (vordering tot nakoming, schadevergoeding).*" Ter onderbouwing van voorgaande verwijst u naar het Beleid 'Bestemmings- en bebouwingwijziging' zoals vastgesteld bij besluit van 9 mei 2017 ("**Erfpachtbeleid**"). Eerder werd ook verwezen naar de van toepassing zijnde Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 1966 ("**Algemene Bepalingen 1966**").

Juridisch kader

Artikel 3 lid 2 onder a van het erfpachtbeleid stelt als voorwaarde voor het verkrijgen van privaatrechtelijke toestemming als de bestemmings- en/of bebouwingwijziging "*past binnen de dan geldende publiekrechtelijke regelgeving en er zich geen gemeentelijk belang tegen verzet.*" In de Algemene Bepalingen 1966 is in artikel 6 onder a en b opgenomen dat een voorafgaande schriftelijke vergunning van het college van burgemeester en wethouders benodigd is voor het wijzigen van het gebruik van de grond of de opstallen dan wel voor het aanbrengen van

veranderingen in of het slopen van opstallen. In voornoemd beleidskader is de *onherroepelijkheid* van de omgevingsvergunning geen specifiek wettelijk of anderszins voorgeschreven vereiste.

Dat sprake moet zijn van een publiekrechtelijke vergunning, zoals blijkt uit voornoemd juridisch kader, is begrijpelijk en past ook in het wettelijk kader van artikel 3:14 BW. Daarin is immers opgenomen dat *"een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht"*. Die vergunning hoeft echter niet onherroepelijk te zijn.

Uitgangspunt bij een omgevingsvergunning is dat deze – voor rekening en risico van de vergunninghouder – direct mag na ommekomst van de bezwaartermijn worden gebruikt ook als deze nog niet onherroepelijk is. Het instellen van bezwaar of beroep heeft geen schorsende werking. Dat is uitsluitend anders indien middels een voorlopige voorziening om schorsing is verzocht en deze wordt toegewezen (artikel 6.1 lid 3 Wabo jo. artikel 6:16 Awb). Het onthouden van privaatrechtelijke toestemming door middel van het onthouden van het doen en accepteren van een erfpachtaanbieding, maakt het feitelijk onmogelijk de publiekrechtelijk rechtmatig verleende omgevingsvergunning te gebruiken. Dat gaat (veel) verder dan de wetgever met de Awb en artikel 3:14 BW heeft willen bereiken.

Weigering in strijd met de Afsprakenbrief

In de afsprakenbrief van 13 november 2020 die de Gemeente heeft gesloten met Cityhold ("**Afsprakenbrief**") is die voorwaarde in lijn met voorgaande ook niet gesteld. Over de erfpachtaanbieding is in de Afsprakenbrief het volgende overeengekomen: *"De erfpachtaanbieding wordt opgesteld en verstuurd nadat de omgevingsvergunning is verleend."* De onherroepelijkheid van de vergunning is dus geen expliciete voorwaarde voor het doen van de erfpachtaanbieding. De erfpachtaanbieding moet in principe binnen vier weken door Cityhold zijn geaccepteerd.

Het instellen van bezwaar en beroep tegen de omgevingsvergunning is dus niet doorslaggevend voor het doen of accepteren van de erfpachtaanbieding. Dat blijkt uitdrukkelijk uit de afspraak dat indien *"de omgevingsvergunning niet tijdig onherroepelijk is, maar wel tijdig en volledig door [Cityhold] is ingediend en maximale inspanning door [Cityhold] is gepleegd om in bezwaarperiode voortvarend te handelen, partijen in overleg [traden] om de acceptatietermijn te verlengen."* Voorgaande uitzondering bevestigt allereerst dat de onherroepelijkheid geen voorwaarde is geweest voor het doen van de aanbieding, maar wel een reden voor Cityhold kan zijn om te verzoeken om de acceptatietermijn te verlengen. Daarnaast volgt hieruit dat uitsluitend Cityhold een beroep kan doen op verlenging van de acceptatietermijn door Cityhold.

De Afsprakenbrief biedt geen ruimte voor de Gemeente om eenzijdig de erfpachtaanbieding uit te stellen totdat de omgevingsvergunning onherroepelijk is. Indien de Gemeente de onherroepelijkheid voorwaarde had willen maken, had zij dat in de Afsprakenbrief moeten overeenkomen. Door

dat na te laten is de weigering tot het doen van een erfpachtaanbieding in strijd met de privaatrechtelijke afspraken tussen de Gemeente en Cityhold en schiet de Gemeente toerekenbaar tekort in de nakoming van die afspraken.

Weigering in strijd met de Awb en het BW

Het standpunt van de Gemeente dat het nu doen van een erfpachtaanbieding in strijd zou zijn met het publiekrecht zolang de omgevingsvergunning niet onherroepelijk is, doet daar niet aan af en mist ook een juridische grondslag. De Gemeente lijkt zich te willen beroepen op de doorkruisingsleer zoals neergelegd in artikel 3:14 BW, maar dat artikel verbiedt de Gemeente juist haar privaatrechtelijke bevoegdheden (het al dan niet doen van een erfpachtaanbieding) in te zetten om een publiekrechtelijk recht (het gebruik maken van de omgevingsvergunning) te beperken. Dat de omgevingsvergunning door bezwaar en beroep (op onderdelen) nog kan worden aangepast, doet niet af aan het feit dat een verstrekte omgevingsvergunning na afloop van de bezwaartermijn op grond van de wet bruikbaar is. Het zal ook om die reden zijn dat de onherroepelijkheid niet als uitdrukkelijke voorwaarde is opgenomen in het Erfpachtbeleid. De mogelijkheid van bezwaar en beroep vormde kennelijk ook geen aanleiding om de onherroepelijkheid op voorhand schriftelijk overeen te komen in de Afsprakenbrief. Zoals de Gemeente in haar reactie van 13 januari 2022 heeft aangegeven, was de kans dat bezwaar en beroep zou worden ingesteld op voorhand al groot. De omstandigheden zijn in dat opzicht niet veranderd.

De eventuele gevolgen die door de Gemeente worden aangekaart (vorderingen tot nakoming, schadevergoeding), hebben weliswaar ook een wettelijke grondslag maar zijn als zodanig geen publiekrechtelijke rechten en vinden hun oorsprong in het privaatrecht. De Gemeente maakt ook niet duidelijk jegens wie de Gemeente schadeplichtig zou handelen en op welke grondslag. Dat bezwaar is gemaakt, biedt op zichzelf geen grondslag voor (privaatrechtelijke) schadevergoeding. Wel staat vast dat de Gemeente door het uitblijven van de erfpachtaanbieding schadeplichtig handelt jegens Cityhold.

Weigering in strijd met het gelijkheidsbeginsel

Vanuit onze betrokkenheid bij verschillende projecten in de Gemeente Amsterdam, zijn wij bekend met meerdere voorbeelden waarin een erfpachtaanbieding wordt gedaan zelfs voorafgaand aan het verstrekken van de omgevingsvergunning. De acceptatietermijn van die aanbieding vervalt dan meestal een korte periode na afgifte van de omgevingsvergunning en zonder voorbehoud voor onherroepelijkheid ervan. De weigering tot het doen van een erfpachtaanbieding is daarmee ook in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Dat in andere gevallen partijen vrijwillig instemmen met deze voorwaarde, maakt dat niet anders. Die afspraak is hier ook niet gemaakt.

Conclusie

Door geen erfpachtaanbieding te doen, handelt de Gemeente niet alleen in strijd met de gemaakte privaatrechtelijke afspraken zoals die zijn neergelegd in de Afsprakenbrief, maar handelt


de Gemeente tevens in strijd met het BW, de Awb en andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Op grond van voorgaande verzoekt – en zo nodig sommeert – Cityhold de Gemeente om uiterlijk een week na dagtekening van deze brief (9 februari 2022) schriftelijk aan te geven of de Gemeente alsnog een erfpachtaanbieding zal doen op grond waarvan direct uitvoer kan worden gegeven aan de omgevingsvergunning een en ander overeenkomstig de Afsprakenbrief. Die erfpachtaanbieding ontvangen wij vervolgens graag zo snel mogelijk maar uiterlijk drie weken na dagtekening van deze brief (23 februari 2022).

Indien de gevraagde reactie uitblijft of de Gemeente vasthoudt aan het standpunt dat pas een erfpachtaanbieding wordt gedaan na onherroepelijk worden van de vergunning, zal Cityhold besluiten tot het treffen van nadere rechtsmaatregelen. Gelet op de samenwerking tot op heden en het gedeelde belang de herontwikkeling op de Prinses Irenestraat tot een succes te maken, gaan wij ervan uit dat het zover niet hoeft te komen.

Uiteraard ben ik beschikbaar voor overleg.

Vriendelijke groet,
Houthoff



5.1.2.e