MEMO

Aan	: Het college van burgemeester en wethouders
Van	: Sandra Mollema
Onderwerp	: Erfpachtovereenkomst Fort Sabina
Datum	: 14 februari 2022

Verantwoordelijke portefeuillehouder: A.M.J. Dingemans

Centrale vraag:
Wie is bevoegd de erfpachtovereenkomst met Staatsbosbeheer betreffende Fort Sabina af te sluiten/ aan te passen?

Algemeen
De bevoegdheid tot het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten vloeit rechtstreeks voort uit artikel 160 lid 1 sub d Gemeentewet, luidende:

Artikel 160. [Bevoegdheden college]
Bevoegdheid college
1.
Het college is in ieder geval bevoegd:
a. het dagelijks bestuur van de gemeente te voeren, voor zover niet bij of krachtens de wet de raad of de burgemeester hiermee is belast;
b. beslissingen van de raad voor te bereiden en uit te voeren, tenzij bij of krachtens de wet de burgemeester hiermee is belast;
c. regels vast te stellen over de ambtelijke organisatie van de gemeente, met uitzondering van de organisatie van de griffie;
d. tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente te besluiten;
e. te besluiten namens de gemeente, het college of de raad rechtsgedingen, bezwaarprocedures of administratief beroepsprocedures te voeren of handelingen ter voorbereiding daarop te verrichten, tenzij de raad, voor zover het de raad aangaat, in voorkomende gevallen anders beslist;
f. ten aanzien van de voorbereiding van de civiele verdediging;
g. jaarmarkten of gewone marktdagen in te stellen, af te schaffen of te veranderen.

Ondertekening van privaatrechtelijke overeenkomsten gebeurt door de burgemeester. Dit is geregeld in artikel 171 lid 1 Gemeentewet.

Artikel 171
1. *De burgemeester vertegenwoordigt de gemeente in en buiten rechte.*

De toelichting bij artikel 160 lid 1 sub d meldt hierover nog het volgende:

d. Rechtshandelingen
In dit onderdeel wordt een van de bestuursbevoegdheden geëxpliciteerd. Het betreft de bevoegdheid te besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente. Het is gewenst om in de Gemeentewet duidelijkheid te verschaffen over de vraag welk gemeentelijk bestuursorgaan bevoegd is privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten. In art. 171 lid 1 is bepaald dat de burgemeester de gemeente in en buiten rechte vertegenwoordigt. Hieronder valt ook het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen. Door het bij de Wet dualisering gemeentebestuur in art. 160 lid 1 opgenomen onderdeel d, werd ook het college bevoegd privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten. Om onduidelijkheid te voorkomen, is die toevoeging in art. 160 bij aanpassingswet (Stb. 2003, 56) geschrapt. Het college blijft bevoegd te besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen. Het verrichten van die handelingen blijft een bevoegdheid van de burgemeester (MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28243, 3, p. 7). Voor een specifieke categorie privaatrechtelijke rechtshandelingen, te

weten deelname van de gemeente in privaatrechtelijke rechtspersonen als vennootschappen en stichtingen, is het echter gewenst voorafgaand aan het (bestuursrechtelijke) besluit van het college om tot een dergelijke deelname over te gaan, de raad eerst te consulteren. Dit vanwege de mogelijk grote effecten van deelname op de gemeente (art. 160 lid 2). Na invoering van de dualisering is de bevoegdheid om te besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen weliswaar komen te liggen bij het college van burgemeester en wethouders maar staat het het college vrij ervoor te kiezen het gebruik van de bevoegdheid afhankelijk te stellen van de instemming van de gemeenteraad (Hof Den Haag 17 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV9617 , NJF 2012/256).

Bij de invoering van het duale stelsel is deze bevoegdheid bij het college komen te liggen. Het college is dus wettelijk bevoegd te beslissen tot het aangaan van overeenkomsten, ook indien in deze overeenkomsten financiële afspraken vermeld staan. De wet maakt daarop geen uitzondering.
Wel zal de gemeenteraad, in de voorkomende gevallen, om budget gevraagd moeten worden. Maar dit betekent niet dat de gemeenteraad de bevoegdheid heeft om een overeenkomst aan te gaan. De gemeenteraad kan de financiële kaders stellen die bij een dergelijke overeenkomst horen en de gemeenteraad kan om instemming gevraagd worden, maar zij besluit niet tot het aangaan van de overeenkomst.
Het vragen van instemming aan de gemeenteraad is geen verplichting voor het college maar een vrije keuze.

Fort Sabina:
Fort Sabina is in 1981 aan Staatsbosbeheer verkocht. Op 1 juni 1999 is het fort door Staatsbosbeheer in erfpacht uitgegeven aan de gemeente. Dit was voor de inwerkingtreding van de Wet dualisering gemeentebestuur (2022).
Met de vaststelling van het ontwikkelplan voor Fort Sabina dor de gemeenteraad in 2017 was het noodzakelijk de erfpachtovereenkomst aan te passen, omdat de overeenkomst uit 1999 niet passend was bij het ontwikkelplan.
Staatsbosbeheer en de gemeente hebben besloten de oude erfpachtovereenkomst in te trekken en een nieuwe, meer passende overeenkomst aan te gaan. Conform artikel 160 Gemeentewet is dit een collegebevoegdheid.
Deze, door beide partijen getekende erfpachtovereenkomst is vervolgens niet gepasseerd bij de notaris, maar in 2021 aangepast vanwege de nieuwe ontwikkelplannen rondom de botenloods. De aangepaste erfpachtovereenkomst is inmiddels gepasseerd bij de notaris.

De afspraken, gemaakt in de erfpachtovereenkomst hebben hun basis in het ontwikkelplan en zijn reguliere (wettelijke) afspraken bij erfpacht. In artikel 5:96 lid 1 Burgerlijk Wetboek staat:

Artikel 96

1. *Gewone lasten en herstellingen worden door de erfpachter gedragen en verricht. De erfpachter is verplicht, wanneer buitengewone herstellingen nodig zijn, aan de eigenaar van deze noodzakelijkheid kennis te geven en hem gelegenheid te verschaffen tot het doen van deze herstellingen. De eigenaar is niet tot het doen van enige herstelling verplicht.*

Oftewel: de gemeente (erfpachter) moet herstellen en mag restaureren. Staatsbosbeheer (eigenaar) hoeft beide niet op grond van de wet.

Andere voorbeelden:
Dat het sluiten van een erfpachtovereenkomst een collegebevoegdheid is blijkt ook uit de erfpachtovereenkomst die gesloten was met de Staat voor de Averijhaven in Willemstad (bijlage: voorblad notariële akte waarop collegebesluit vermeld wordt) en de erfpachtovereenkomst voor de golfbaan op de oude stortplaats (bijlage: besluitenlijst college 26 november 2013).