vonnis In naam van de Koning

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer / rolnummer: C/13/645168 / HA ZA 18-289

Vonnis van 13 maart 2019

in de zaak van

de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE AMSTERDAM,
zetelend te Amsterdam,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat mr. P.L. Loeb te Amsterdam,

tegen

1. 5.1.2e 5.1.2e
wonende te Amsterdam,
2. 5.1.2e 5.1.2e 5.1.2e
wonende te Amsterdam,
gedaagden in conventie,
eisers in reconventie,
advocaat mr. 5.1.2e 5.1.2e te Amsterdam.

Partijen zullen hierna de Gemeente en erfpachters worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding van 12 maart 2018, met producties,
- de conclusie van antwoord in conventie, tevens eis in reconventie, met producties,
- de conclusie van antwoord in reconventie,
- het tussenvonnis van 17 oktober 2018 waarbij een comparitie van partijen is gelast,
- het proces-verbaal van comparitie van 11 januari 2019 met de daarin vermelde stukken,
- de brief van mr. 5.1.2e van 25 januari 2019 met daarin opmerkingen op het proces-verbaal.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Bij akte van 30 december 1937 heeft de Gemeente het terrein, gelegen aan Muzenplein 3 te Amsterdam in erfpacht uitgegeven. Op deze erfpacht zijn de Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 1937 (hierna: AB1937) van toepassing.

2.2. In de AB1937 is – voor zover van belang – het volgende bepaald:

"Art. 6

6 De herziening der pachtsommen geschiedt door deskundigen, die daarbij rekening zullen houden met de wijziging der bepalingen, opgenomen in de kennisgeving, bedoeld in het 3de lid van dit artikel; de deskundigen zullen van hun bevindingen een gemotiveerd proces-verbaal aan het Gemeentebestuur inzenden.

7 De nieuwe pachtsommen worden vastgesteld op het bedrag, door de deskundigen als resultaat der herziening te bepalen.

8. Het bedrag der pachtsom, voor den eerstvolgenden termijn vastgesteld, wordt zoo spoedig mogelijk ter kennis gebracht van den erfpachter en van de hypotheekhouders op het erfpachtsrecht en de opstallen, aan het door deze ingevolge art. 1231 jo. art. 1234 van het Burgerlijk Wetboek gekozen domicilie.

Art. 7

1 Binnen 6 maanden na dagteekening der kennisgeving, bedoeld in het 8ste lid van art. 6, worden de wijzigingen in de pachtsom en in de bepalingen, gelijk deze voor den eerstvolgenden termijn zullen gelden, bij akte, te verlijden ten overstaan van een van gemeentewege, na overleg met de wederpartij, aan te wijzen notaris, geconstateerd.

2 Tot het opmaken dezer akte zal de erfpachter medewerking verleenen; de kosten dier akte zullen voor de helft door hem, voor de andere helft door de Gemeente worden gedragen.

Art. 8

1 De erfpachter is bevoegd, de nog niet verschenen erfpachtstermijnen over een tijdvak van 75, onderscheidenlijk 50 jaren, als bedoeld in art. 6, geheel of gedeeltelijk af te koopen, met dien verstande, dat een canon van ten minste € 0,45 per jaar voor ieder erfpachtrecht verschuldigd blijft. (…)

2 De afkoopsom wordt door Burgemeester en Wethouders in overleg met den erfpachter bepaald op zoodanig bedrag als noodig is om de Gemeente schadeloos te stellen wegens derving van de canon."

2.3. Op 1 juni 2007 hebben erfpachters het erfpachtrecht geleverd gekregen. In de akte van levering is bij de beschrijving van het erfpachtrecht onder meer opgenomen dat de erfpachtcanon voor het eerst per 15 september 2012 kan worden herzien.

2.4. Op grond van de uitgifteakte is het eerste erfpachttijdvak van 75 jaar ingegaan op 16 september 1937. Dit tijdvak is geëindigd op 15 september 2012. Het daaropvolgende (tweede) tijdvak is op grond van artikel 6 lid 9 AB1937 aangevangen op 16 september 2012.

2.5. Bij brief van 22 augustus 2008 heeft de Gemeente erfpachters de Algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht 2000 (hierna: AB2000) aangezegd. Erfpachters hebben zich hiertegen verzet, waarna de Gemeente erfpachters heeft aangeboden te kiezen

tussen de toepasselijkheid van de AB1937 of de AB2000. In 2010 heeft de Gemeente de herziening van de canon voor het tweede erfpachttijdvak in gang gezet.

2.6. Op 18 oktober 2010 hebben erfpachters de heer P.J. Besselaar aangewezen als deskundige op te treden. Bij brief van 25 november 2010 heeft de Gemeente de heer 5.1.2e 5.1.2e aangewezen als deskundige op te treden. Beide deskundigen hebben gezamenlijk de heer 5.1.2e als derde deskundige benoemd. De drie deskundigen vormden samen de deskundigencommissie. Omdat vóór aanvang van de opdrachtverlening aan de deskundigencommissie nog geen duidelijkheid bestond over de vraag welke AB van toepassing zouden zijn op het tweede erfpachttijdvak heeft de Gemeente de deskundigencommissie als opdracht gegeven de canon zowel op basis van de AB1937 als op basis van de AB2000 vast te stellen.

2.7. Bij e-mail van 14 september 2011 heeft de deskundigencommissie zowel aan de Gemeente als aan erfpachters een conceptrapport verzonden. Bij brieven van respectievelijk 25 en 27 juli 2011 hebben erfpachters en de Gemeente hierop gereageerd. Op 11 augustus 2011 is door de deskundigencommissie een nadere reactie op het conceptrapport ontvangen van erfpachters. Hierna heeft in september 2011 een e-mailwisseling plaatsgevonden tussen erfpachters en deskundige 5.1.2e. De gemeente heeft op 28 september 2011 nog een vijftal opmerkingen gemaakt.

2.8. Bij brief van 6 december 2011 heeft de deskundigencommissie het definitieve deskundigenrapport aan partijen doen toekomen (hierna: het deskundigenrapport). Ten aanzien van de e-mailwisseling met erfpachters heeft de deskundigencommissie hierin het volgende opgenomen:

"Op 27 september 2011 heeft P.J. Besselaar telefonisch contact gehad met erfpachter,mevrouw 5.1.2e 5.1.2e. Daarbij kwamen zij tot de conclusie dat er een geschil is ontstaan tussen de erfpachter en de deskundigencommissie welke uitsluitend terug te brengen is op vormgebreken. Inhoudelijk zijn de zaken duidelijk. Mede op grond van de gevoerde correspondentie zal de erfpachter zich in ieder geval blijven verzetten tegen de ingenomen stelling, dat er een hogere canon vastgesteld dient te worden bij toepassing van de AB1937 ten opzichte van de AB2000. Dit geschil zal zo nodig voorgelegd worden aan de Rechter."

2.9. In de brief van 6 december 2011 heeft de deskundigencommissie het volgende bericht aan erfpachters:

"(...) Bij punt 5 herhaal ik de opmerking van de heer 5.1.2e dat hij als derde deskundige in de commissie juist als taak heeft er op toe te zien dat de twee andere deskundigen zich onpartijdig opstellen. Hun onpartijdigheid trok hij ook niet in twijfel. (...)"

2.10. Ten aanzien van de berekening van de erfpachtcanon staat het volgende in het deskundigenrapport vermeld:

"BEREKENING CANON

De aanvangscanon wordt door deskundigen per 16 september 2012 vastgesteld op:

Bij toepassing van de jaarlijkse indexering volgens artikel 7 van de Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 2000:

3,29% van 5.1.2e zijnde:

5.1.2e **per jaar**

Bij toepassing van een vaste canon voor 10 jaar volgens artikel 8 van de Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 2000:

3,57% van 5.1.2e zijnde:

5.1.2e **per jaar**

Bij toepassing van een vaste canon voor 25 jaar volgens artikel 9 van de Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 2000:

Gelijk aan de getaxeerde grondwaarde , zijnde:
5.1.2e

Een uitgebreide berekening van deze bedragen is als bijlage opgenomen. (...)

EXTRA OPDRACHT

Indien de Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 1937 van toepassing blijven, geldt het volgende:

De herziening van de pachtsom (canon) per 16 september 2012, volgens artikel 6 van de Algemene Bepalingen, is gebaseerd op de staat en omstandigheden van het bouwblok in het jaar voorafgaande aan het laatste jaar van het tijdvak dus van 16 september 2010 tot en met 15 september 2011.

BEREKENING CANON

De aanvangscanon wordt door deskundigen per 16 september 2012 vastgesteld op:

4,03% van 5.1.2e zijnde:

5.1.2e **per jaar** (...)"

2.11. Na december 2011 heeft veelvuldig contact en overleg plaatsgevonden tussen partijen over de hoogte van de nieuw vast te stellen erfpachtcanon.

2.12. Bij brief van 29 juni 2012 heeft de Gemeente erfpachters op hun verzoek een voorstel tot afkoop van de erfpacht toegestuurd. De afkoopsom van de erfpachtcanon bedraagt – na aftrek van korting vanwege de ingroeiregeling – een bedrag van 5.1.2e

2.13. Bij brief van 12 november 2012 hebben erfpachters de Gemeente bericht niet te zullen meewerken aan het passeren van de notariële akte.

2.14. Op 22 augustus 2013 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen de Gemeente en erfpachters.

2.15. Bij brief van 3 oktober 2013 heeft de Gemeente erfpachters bericht dat zij niet in aanmerking komen voor verlengde afkoop op grond van de Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 1994 (AB1994) en dat zij niet in onderhandeling zal treden over de hoogte van de nieuwe erfpachtcanon. Wel heeft de Gemeente een voorstel gedaan tot het benoemen van een nieuwe deskundigencommissie, die op de voet van artikel 6 AB1937 zou overgaan tot het opstellen van een nieuwe bindende taxatie en vaststelling van de erfpachtcanon. Erfpachters hebben de Gemeente bij brief van 11 februari 2014 bericht zich niet te kunnen verenigen met dit voorstel.

2.16. In de periode van maart 2014 tot en met augustus 2015 heeft verder overleg plaatsgevonden tussen partijen. Bij e-mail van 25 augustus 2015 heeft de Gemeente erfpachters als volgt bericht:

"(...) De rechten van erfpacht ter zake van Herman Heijermansweg 1,2 en Herman Heijermansweg 1,2 onderscheiden zich van het recht van erfpacht ter zake Muzenplein 1,2 Hoewel bij de uitgifte in erfpacht van deze rechten de Algemene Bepalingen 1937 daarop van toepassing zijn verklaard, zijn op deze rechten nadien andere algemene bepalingen van toepassing geworden. Wat betreft Herman Heijermansweg 1,2 is die verandering tot stand gekomen bij de splitsing in appartementsrechten in 202, waarbij de Algemene Bepalingen 1994 van toepassing zijn verklaard. Ten aanzien van Herman Heijermansweg 1,2 zijn de Algemene Bepalingen 1994 bij de splitsing in appartementsrechten in 2004 van toepassing verklaard.

Dat bij de splitsing de meest recente Algemene Bepalingen van toepassing worden verklaard is vast beleid van de gemeente. Aan deze e-mail is een kopie gehecht van het beleid dat van toepassing was ten tijde van de splitsing van de voormelde rechten van erfpacht (vastgesteld bij besluit van 12 januari 1999). Tevens aangehecht is een kopie van het huidige beleid (vastgesteld bij besluit van 6 september 2011). Het staat de gemeente niet vrij om daar ten gunste van u van af te wijken. De gemeente is er via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel, toe gehouden om te handelen overeenkomstig het gevoerde beleid.

Bij de splitsingen van de rechten van erfpacht ter zake van Herman Heijermansweg 1,2 en Herman Heijermansweg 1,2 was voorts de door de gemeente gehanteerde overgangsregeling tussen de Algemene Bepalingen 1994 en de Algemene Bepalingen 2000 van belang. Op de voet van deze overgangsregeling zijn op splitsingsverzoeken die vóór 1 januari 2001 zijn ingediend nog de Algemene Bepalingen van 1994 van toepassing verklaard (bij de splitsing). Op verzoeken tot splitsing die ná 1 januari 2001 zijn ingediend zijn de Algemene Bepalingen van 2000 van toepassing verklaard. Als bijlage aan deze email is een kopie gehecht van het besluit van de gemeenteraad van 15 november 2000 met de daarin opgenomen overgangsregeling (besluit IV onder a).

Daar de verzoeken ten aanzien van het recht van erfpacht van Herman Heijermansweg 1,2 en Herman Heijermansweg 1,2 vóór 1 januari 2001 zijn ingediend, zijn de Algemene Bepalingen van 1994 van toepassing zijn verklaard. Dat het nog tot 2000, respectievelijk 2004 heeft geduurd voordat de verzochte splitsingen zijn uitgevoerd heeft te maken gehad met het grote aantal verzoeken dat voor 1 januari 2001 is ingediend en met de soms trage uitvoering die met aan de splitsing heeft gegeven. (...)"

Voorts heeft de Gemeente in deze periode erfpachters opnieuw aangeboden een nieuwe deskundigencommissie te benoemen, welk aanbod zij heeft herhaald op 11 december 2015. Erfpachters hebben dit aanbod bij e-mail van 11 maart 2016 afgeslagen.

2.17. Hierna heeft tot en met december 2017 uitgebreid overleg plaatsgevonden tussen partijen. Zij zijn niet tot overeenstemming gekomen.

3. Het geschil

in conventie

3.1. De Gemeente vordert – samengevat – dat de rechtbank
I. erfpachters gelast binnen veertien dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis, de Akte (zoals gedefinieerd in randnummer 100 van de dagvaarding) door een notaris van hun keuze te laten passeren en een afschrift van de Akte in te laten schrijven ten kantore van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers;
II. bepaalt dat, voor het geval erfpachters niet binnen voormelde veertien dagen medewerking verlenen aan het laten passeren van de Akte (zoals gedefinieerd in randnummer 100 van de dagvaarding) en de inschrijving van een afschrift daarvan ten kantore van voormelde openbare registers, de Akte zal worden verleden ten overstaan van een door de Gemeente aan te wijzen notaris, waarbij het in dezen te wijzen vonnis in de plaats zal treden van de medewerking van erfpachters en/of volmachtverlening van erfpachters aan voormelde notaris voor het passeren van de Akte;
III. bepaalt dat op de hiervoor onder I en II genoemde termijn van veertien dagen de Algemene Termijnenwet van toepassing is;
IV. erfpachters veroordeelt de helft van de kosten van de notaris van het opmaken en passeren van de Akte te dragen;
V. erfpachters veroordeelt in de kosten van deze procedure, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf veertien dagen, althans vanaf een door de rechtbank redelijk geachte termijn, na het in dezen te wijzen vonnis, indien en voor zover erfpachters deze kosten niet voordien hebben voldaan;
VI. erfpachters veroordeelt in de nakosten, vermeerderd met de wettelijke rente.

3.2. [redacted] c.s. voert verweer.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in reconventie

3.4. [redacted] c.s. vordert – samengevat en na wijziging van eis – dat de rechtbank
I. vernietigt het bindend advies 'Taxatie Canonherziening Einde Tijdvak' dossiernummer E1761/2 betreffende Erfpachtperceel Muzenplein [redacted], met dien verstande dat de bepaling van de grondwaarde in stand kan blijven;
II.
Primair:
bepaalt dat de canon voor het erfpachtrecht van erfpachters voor de komende 50 jaar zal vaststellen op 2,37% (canonpercentage) x [redacted] per jaar (zonder indexering);

Subsidiair:
de erfpachtcanon vaststelt zoals onder primair vermeld, althans bepaalt dat drie nieuw te noemen deskundigen de hoogte van de erfpachtcanon dient vast te stellen, a) op basis van de reeds vastgestelde grondwaarde van [redacted] met een b) canonpercentage vast te stellen

op basis van de kapitaalmarktrente gedurende een nader te bepalen periode en volledig gecorrigeerd voor inflatie en c) zonder correctie of toeslag voor het niet indexeren van de hoogte van de canon in de toekomst;
Meer subsidiair:
bepaalt dat de hoogte van de erfpachtcanon, met inachtneming van hetgeen in het ten deze te wijzen vonnis zal worden overwogen, door drie nieuw te benoemen deskundigen zal dienen te worden vastgesteld;
III. bepaalt dat de nieuwe erfpachtcanon pas is verschuldigd vanaf het verlijden van de notariële akte ter zake en/of dat een redelijke ingroeiregeling in acht moet worden genomen waarvan de inhoud in goede justitie door deze rechtbank wordt vastgesteld;
IV. bepaalt dat erfpachters zijn gerechtigd de erfpachtcanon over een periode van 50 jaar af te kopen, waarbij een schadeloosstelling voor de Gemeente is verschuldigd die dient te worden berekend primair op basis van de oude canon van 5.1.2e per jaar en subsidiair op basis van de nieuwe, in het kader van deze procedure vast te stellen erfpachtcanon;
V. de Gemeente veroordeelt aan erfpachters te voldoen een bedrag van 5.1.2e plus btw) als vergoeding voor de kosten van de accountant FSV;
VI. de Gemeente veroordeelt in de proceskosten.

3.5. De Gemeente voert verweer.

3.6. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling in conventie en in reconventie

4.1. De vorderingen in conventie en in reconventie vertonen een zodanige samenhang dat de rechtbank beide vorderingen gelijktijdig zal behandelen.

4.2. De rechtbank stelt voorop dat op het erfpachtrecht van erfpachters de AB1937 van toepassing zijn. Erfpachters zijn in beginsel op grond van het bepaalde in artikel 7 lid 1 en 2 AB1937 in samenhang bezien met artikel 6 lid 8 AB1937 gehouden mee te werken aan het passeren van een notariële akte met daarin de nieuwe erfpachtcanon voor het tweede tijdvak (zie 2.2). De rechtbank is met de Gemeente van oordeel dat de herziening van de erfpachtcanon door de deskundigencommissie – zoals neergelegd in het deskundigenrapport van 6 december 2011 (zie 2.10) – is aan te merken als een bindende vaststelling van een tussen partijen bestaande onzekerheid als bedoeld in artikel 7:900 Burgerlijk Wetboek (BW). Met het verstrijken van de termijn van zes maanden als bedoeld in artikel 7 lid 1 AB1937 is voldaan aan de voorwaarden voor het passeren van de notariële akte als bedoeld in dit artikel en dus zijn erfpachters in beginsel verplicht hieraan mee te werken (artikel 7 lid 2 AB1937).

4.3. Erfpachters weigeren echter medewerking te verlenen aan het passeren van de notariële akte. Zij stellen – kort gezegd – dat zij hiertoe niet zijn gehouden omdat het deskundigenrapport niet op de juiste wijze is tot stand gekomen en omdat zij de erfpachtcanon wensen af te kopen op grond van artikel 8 AB1937. Zij wensen vernietiging van de deskundigenrapport.

Ten aanzien van het deskundigenrapport
4.4. Op grond van het bepaalde in artikel 7:904 lid 1 BW is het deskundigenadvies eerst vernietigbaar indien gebondenheid daaraan in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en

billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Wat betreft de wijze van totstandkoming van het bindend advies (het deskundigenrapport) geldt dat daarbij in beginsel de fundamentele regels van het procesrecht in acht moeten zijn genomen. Of een gebrek in de totstandkomingsfase gebondenheid aan het bindend advies onaanvaardbaar maakt moet marginaal worden getoetst. Wat betreft de inhoud van het bindend advies geldt dat de beslissing slechts dan aantastbaar is wanneer de deskundigencommissie, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, in redelijkheid niet tot haar beslissing heeft kunnen komen. De beslissing is onaantastbaar als de grenzen waarbinnen redelijk denkende mensen van mening kunnen verschillen, niet zijn overschreden. Ook hier dient een marginale toetsing te worden toegepast.

Onafhankelijkheid van de deskundigencommissie

4.5. De rechtbank is van oordeel dat erfpachters hun stelling dat de deskundigencommissie niet onafhankelijk is en/of heeft gehandeld, onvoldoende met concrete feiten en omstandigheden, integendeel, slechts met vage verwijten heeft onderbouwd. Hiertoe acht de rechtbank van belang dat de deskundigencommissie is samengesteld uit drie deskundigen, waarvan zowel erfpachters als de Gemeente een deskundige hebben aangewezen, die gezamenlijk deskundige 5.1.2e hebben aangewezen als derde deskundige. De rechtbank is niet gebleken dat 5.1.2e anders dan erfpachters stellen, ongeoorloofde contacten heeft onderhouden met de Gemeente, anders dan noodzakelijk voor het voldoen aan zijn taak als deskundige. Dat 5.1.2e in e-mails spreekt over 'uw deskundige', refererend aan 5.1.2e maakt dit niet anders, integendeel: dit is eerder een aanwijzing van het tegenovergestelde, namelijk dat de beide partijdeskundigen eventueel voor de uitoefening van hun opdracht noodzakelijk contact met partijen onderhouden en dat 5.1.2e zich daar juist buiten wil houden. Voorts is op geen enkele wijze gebleken van een doorslaggevende invloed van 5.1.2e op de vaststelling van de nieuwe erfpachtcanon. Daarbij komt dat de rechtbank niet is gebleken dat erfpachters bij aanvaarding van de deskundigencommissie van hun opdracht navraag heeft gedaan naar de achtergrond van 5.1.2e als deskundige, zoals zij makkelijk had kunnen doen, maar klaarblijkelijk heeft nagelaten. Bovendien heeft de Gemeente erfpachters voorgesteld een nieuwe deskundigencommissie te benoemen teneinde de bezwaren van erfpachters weg te nemen, hetgeen zij hebben geweigerd. Dat de Gemeente een extra opdracht heeft gegeven aan de deskundigencommissie wordt niet betwist, maar hangt samen met het verzet van erfpachters tegen de aanzegging van de toepasselijkheid van de AB2000 (zie 2.5 en 2.6). De Gemeente heeft daarop de deskundigencommissie als extra opdracht gegeven de erfpachtcanon (ook) te berekenen op basis van de AB1937. Dit is naar het oordeel van de rechtbank niet ongeoorloofd maar juist wenselijk voor de voortgang van de procedure. Gelet op al het voorgaande valt niet in te zien waarom het deskundigenrapport (op deze grond) zou moeten worden vernietigd.

Hoor en wederhoor

4.6. Volgens erfpachters heeft de deskundigencommissie het beginsel van hoor en wederhoor niet (of niet juist of niet volledig) toegepast en het deskundigenrapport niet goed gemotiveerd, door op het gemotiveerde commentaar dat erfpachters op het conceptrapport hebben gegeven slechts te reageren met de alinea zoals verwoord in 2.8. De Gemeente stelt zich op het standpunt dat geen sprake is van schending van het beginsel van hoor en wederhoor omdat erfpachters voldoende in de gelegenheid zijn gesteld op het conceptrapport te reageren. De rechtbank is van oordeel dat uit het deskundigenrapport blijkt dat de deskundigencommissie kennis heeft genomen van de stukken en commentaren die erfpachters hebben toegezonden. Tevens staat vast dat de deskundigencommissie

erfpachters in de gelegenheid heeft gesteld te reageren op het conceptrapport. Van die gelegenheid hebben erfpachters gebruik gemaakt. Onder die omstandigheden is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van een schending van het beginsel van hoor en wederhoor. Zowel de Gemeente als erfpachters zijn voldoende in de gelegenheid gesteld hun standpunten naar voren te brengen. Ook op dit punt leidt hetgeen erfpachters hebben aangevoerd niet tot de conclusie dat sprake is van (ernstige) gebreken aan het deskundigenrapport die vernietiging daarvan zouden rechtvaardigen. De wijze waaróp de deskundigencommissie in het deskundigenrapport heeft gereageerd op de reactie van erfpachters op het conceptrapport is niet relevant in het kader van hoor en wederhoor, maar heeft betrekking op de vraag of het bindend advies al dan niet deugdelijk is gemotiveerd. Dat aspect zal de rechtbank hierna aan de orde stellen.

Motivering

4.7. Ten aanzien van de motivering van het deskundigenrapport stellen erfpachters zich op het standpunt dat het niet aan de deskundigencommissie is om criteria vast te stellen voor de vaststelling van een canonpercentage. Het gaat volgens hen om de uitleg van de betreffende erfpachtvoorwaarden die niet aan de deskundigen is voorbehouden. Volgens erfpachters is de deskundigencommissie uitgegaan van onjuiste criteria, die geen deel uitmaken van hetgeen waarover zij bindend had moeten adviseren, zodat dit deel van het deskundigenrapport buiten beschouwing moet blijven. Erfpachters stellen dat bij de vaststelling van het canonpercentage aansluiting dient te worden gezocht bij de canonpercentages die worden gehanteerd in de AB2000, maar dan zonder aanpassingscoëfficient omdat de AB1937 geen indexering of inflatiecorrectie kent. Voorts is volgens erfpachters van belang dat de nieuwe erfpachtcanon pas kan ingaan op de dag van het verlijden van de akte en dat een ingroeiregeling in acht moet worden genomen. De rechtbank overweegt als volgt. Op de vraag in hoeverre een deskundigenrapport (bindend advies) dient te worden gemotiveerd is geen algemeen antwoord te geven. In beginsel heeft te gelden dat naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft (het onzuiver bindend advies), de beslissing van bindend adviseurs meer en beter behoort te worden gemotiveerd. Omgekeerd is het zo dat naarmate de opdracht aan bindend adviseurs meer het karakter heeft dat zij een niet (volledig) bepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dient vast te stellen (het zuiver bindend advies), en het gevraagde oordeel meer op intuïtief inzicht berust, aan dat oordeel lagere motiveringseisen worden gesteld. Dit neemt niet weg dat ook bij een zuiver bindend advies voor partijen inzichtelijk dient te worden gemaakt hoe de bindend adviseur tot een bepaald resultaat is gekomen. Indien bij de totstandkoming van een bindend advies procedurele fouten zijn gemaakt, is voor de beantwoording van de vraag of een partij haar wederpartij aan een bindend advies mag houden mede van belang of, en zo ja in welke mate, door de procedurefout nadeel aan de wederpartij is toegebracht (zie Hoge Raad 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2015:AS5890).

4.8. In het onderhavige geschil hebben partijen op grond van artikel 7 AB1937 aan een deskundigencommissie opgedragen het canonpercentage voor het tweede erfpachttijdvak vast te stellen. In het deskundigenrapport wordt dus een niet bepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen vastgesteld, zodat sprake is van een zuiver bindend advies. De bepaling van een erfpachtcanon(percentage) berust, zo hebben erfpachters ook erkend, voor een deel op intuïtief inzicht.

4.9. De rechtbank overweegt – marginaal toetsend – dat het de deskundigencommissie vrijstaat te kiezen op welke manier zij de nieuwe erfpachtcanon vaststelt. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de deskundigencommissie in haar rapport voldoende duidelijk en

inzichtelijk gemaakt hoe zij tot de vaststelling van de erfpachtcanon is gekomen (zie de uitleg op pagina's 3 tot en met 6 en ook de bijlage bij het deskundigenrapport 'Grondwaarde- en Canonberekening alsmede toelichting hoekwoning'). Erfpachters zijn een andere mening toegedaan over de (juiste) wijze van vaststelling van de erfpachtcanon. Volgens erfpachters is het onnavolgbaar hoe de deskundigencommissie is gekomen tot een percentage van 4,03% en is de toelichting ondoorgrondelijk. Zoals hiervoor reeds is geoordeeld heeft de deskundigencommissie voldoende inzichtelijk gemaakt op welke wijze zij op het percentage is uitgekomen die zij in het rapport heeft vastgesteld. Die motivering leidt er tevens toe dat zij niet is uitgekomen op het percentage dat erfpachters graag zouden zien (te weten maximaal 3%). Erfpachters hebben overigens niet toegelicht waarom een canonpercentage van maximaal 3% zou mogen worden gehanteerd; artikel 6 AB1937 kent een dergelijke maximering niet. Gelet op het voorgaande kan het feit dat de deskundigencommissie niet gemotiveerd heeft gereageerd op het commentaar van erfpachters op het conceptrapport niet worden gezien als (ernstig) gebrek in de motivering. Daarbij merkt de rechtbank op dat erfpachters in hun commentaar telkens (in andere bewoordingen) herhalen dat sprake is van het ten onrechte hanteren van een inflatiecorrectie. Ook om die reden was geen aanvulling van de motivering nodig naar aanleiding van het commentaar van erfpachters op het conceptrapport.

4.10. Op basis van de marginale toets die de rechtbank dient aan te leggen kan gelet op het voorgaande niet worden geoordeeld dat de motivering van het deskundigenrapport apert onjuist is en aldus (ernstig) gebrekkig is in die mate dat het beroep op vernietiging daarvan door erfpachters terecht is. Naar het oordeel van de rechtbank zijn de grenzen waarbinnen redelijk denkende mensen (redelijk denkende deskundigen) van mening kunnen verschillen niet overschreden en heeft de deskundigencommissie in redelijkheid het deskundigenrapport kunnen vaststellen.

4.11. Het voorgaande betekent dat de rechtbank uitgaat van (de juistheid van) hetgeen in het deskundigenrapport is vastgesteld. Er is dan ook geen reden tot vernietiging van het deskundigenrapport of het vaststellen van een erfpachtcanon anders dan al is vastgesteld in het deskundigenrapport. Evenmin is reden tot het benoemen van een nieuwe deskundigencommissie, temeer ook nu erfpachters die kans al hebben gehad. De rechtbank ziet voorts geen enkele reden af te wijken van het door de Gemeente bepaalde moment dat erfpachters de nieuwe erfpachtcanon zijn verschuldigd of opnieuw een ingroeiregeling te laten plaatsvinden anders dan die al door de Gemeente is vastgesteld. Dit betekent dat de vorderingen van erfpachters zoals verwoord in 3.4 onder I, onder II en onder III zullen worden afgewezen.

Afkopen van het erfpachtrecht / gelijkheidsbeginsel / verbod op willekeur

4.12. Op grond van artikel 8 AB1937 (zie 2.2) zijn erfpachters bevoegd de erfpachtcanon voor het tweede tijdvak geheel of gedeeltelijk af te kopen. Erfpachters wensen van deze mogelijkheid gebruik te maken. De Gemeente heeft erfpachters een voorstel tot afkoop gedaan van 5.1.2e (zie 2.12). Erfpachters hebben dit voorstel geweigerd en de Gemeente gevraagd op dit punt gelijk te worden behandeld met de bewoners van Herman Heijermansweg 5.1.2e (hun buren). De Gemeente heeft dit geweigerd op de grond dat op het erfpachtrecht van de panden Herman Heijermansweg 5.1.2e de AB1994 van toepassing zijn, zodat van gelijke behandeling geen sprake kan zijn. Erfpachters bestrijden dat de AB1994 de rechtsgrond heeft gevormd op basis waarvan die afkoop is tot stand gekomen. Voorts stellen zij dat de toepasselijkheid van de beide AB geen rechtens relevant verschil in behandeling rechtvaardigt, nu de AB1937 de mogelijkheid biedt tot een gelijke uitkomst te

komen: zij bieden immers beide de mogelijkheid van verlengde afkoop, aldus erfpachters. De rechtbank oordeelt als volgt. De Gemeente heeft erfpachters onder meer bij e-mail van 25 augustus 2015 (zie 2.16) uitvoerig uitgelegd dat de rechten van erfpacht ter zake Herman Heijermansweg 5.1.2e zich onderscheiden van het recht van erfpacht van erfpachters: hoewel bij de uitgifte in erfpacht van deze rechten de AB1937 van toepassing zijn verklaard zijn op deze rechten nadien de AB1994 van toepassing geworden. De rechtbank is met de Gemeente van oordeel dat, zoals erfpachters betogen, met de artikelen 8 en 26 van de AB1937 mogelijk hetzelfde kan worden bereikt als met de artikelen 10 en 11 AB1994, niet ter zake doet. Het gaat er namelijk om dat wilsovereenstemming ontbreekt en dat erfpachters het door hen gewenste resultaat niet tegen de wil van de Gemeente kunnen afdwingen. Daarbij komt, aldus de Gemeente, dat artikel 11 AB1994 niet vergelijkbaar is met artikel 26 AB1937: op basis van artikel 11 AB1994 heeft een erfpachter een directe aanspraak op afkoop van de erfpachtcanon en verlenging van een tijdvak op basis van de in deze bepaling opgenomen voorwaarden terwijl artikel 26 AB1937 een dergelijke aanspraak niet biedt. De rechtbank is van oordeel dat de Gemeente erfpachters hiermee voldoende duidelijk heeft uitgelegd waarom geen sprake is van gelijke gevallen en dat het de Gemeente vrijstaat niet ten gunste van erfpachters van dit beleid af te wijken. Het beroep van erfpachters op het gelijkheidsbeginsel slaagt dan ook niet. Dit betekent dat de vordering van erfpachters zoals verwoord in 3.4 onder IV zal worden afgewezen. Hetzelfde geldt voor de vorderingen als verwoord in 3.4 onder V en VI.

Concluderend

4.13. Nu, zoals reeds hiervoor in 4.2 is overwogen, erfpachters in beginsel zijn gehouden mee te werken aan het passeren van een notariële akte met daarin de nieuwe erfpachtcanon voor het tweede erfpachttijdvak, en niet is gebleken van redenen waardoor dit anders zou zijn, zullen de vorderingen in conventie worden toegewezen op de wijze als hierna in de beslissing vermeld. De vorderingen in reconventie zullen gelet op al het voorgaande worden afgewezen.

Proceskosten in conventie

4.14. Erfpachters zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de Gemeente worden begroot op:

- dagvaarding
- griffierecht
- salaris advocaat

Totaal 5.1.2e

Proceskosten in reconventie

4.15. Erfpachters zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de Gemeente worden begroot op 5.1.2e aan salaris advocaat (1 punt × tarief 5.1.2e.

5. De beslissing

De rechtbank

in conventie

5.1. gelast erfpachters binnen veertien dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis, de Akte, zoals gedefinieerd in randnummer 100 van de dagvaarding en in bijlage 43

bij de dagvaarding, door een notaris van hun keuze te laten passeren en een afschrift van de Akte in te laten schrijven ten kantore van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers;

5.2. bepaalt dat, voor het geval erfpachters niet binnen voormelde veertien dagen medewerking verlenen aan het laten passeren van de Akte en de inschrijving van een afschrift daarvan ten kantore van voormelde openbare registers, de Akte zal worden verleden ten overstaan van een door de Gemeente aan te wijzen notaris, waarbij het in dezen te wijzen vonnis in de plaats zal treden van de medewerking van erfpachters en/of volmachtverlening van erfpachters aan voormelde notaris voor het passeren van de Akte;

5.3. bepaalt dat op de hiervoor onder 5.1 en 5.2 genoemde termijn van veertien dagen de Algemene Termijnenwet van toepassing is;

5.4. veroordeelt erfpachters de helft van de kosten van de notaris van het opmaken en passeren van de Akte te dragen;

5.5. veroordeelt erfpachters in de kosten van de procedure, aan de zijde van de Gemeente begroot op 5.1.2e te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van veertien dagen na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

in reconventie

5.6. wijst de vorderingen af;

5.7. veroordeelt erfpachters in de kosten van de procedure, aan de zijde van de Gemeente begroot op 5.1.2e te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van veertien dagen na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

in conventie en in reconventie

5.8. veroordeelt erfpachters in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op 5.1.2e aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van 5.1.2e aan salaris advocaat en de explootkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening;

5.9. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

5.10. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. 5.1.2e rechter, bijgestaan door mr. 5.1.2e griffier, en in het openbaar uitgesproken op 13 maart 2019.

5.1.2e