Rekenkamer Amsterdam

Verzoek tot rechtmatigheidonderzoek erfpacht

Rekenkamerbrief 2013 - 07
28 mei 2013

Geachte leden van de gemeenteraad,

Op 22 oktober 2012 heb ik van mevrouw Visser (D66), de heer Van de Ree (VVD) en de heer Van Drooge (CDA) een brief ontvangen met als onderwerp *verzoek nader onderzoek naar rechtmatigheid erfpachtstelsel Amsterdam.*

De rekenkamer is verzocht om onderzoek te doen naar de rechtmatigheid en doelmatigheid van de uitvoering van het erfpachtbeleid in Amsterdam vanwege:
- de toezegging van de wethouder bij erfpachtherziening in 2000[1],
- de uitkomsten in de zaak Nederlandse Vereniging van Erfpachters (NLVE) en de zaak Honnebier en
- de bevindingen in en behandeling van het rekenkamerrapport *Canonherzieningen einde tijdvak De gemeentelijke aanbiedingen onderzocht* in de raadscommissie BWK van 26 september 2012.

Verzoek tot doelmatigheidondezoek
In ons onderzoek naar de canonherziening hebben wij geconstateerd dat de werkwijze van de gemeente om zelf met een aanbieding te komen, ondoelmatig kan worden als er een systematisch verschil blijft bestaan tussen dat aanbod en de waardebepaling door deskundigen.[2] Uit mijn rekenkamerbrieven van 31 oktober 2012, 27 maart en 4 april 2013 blijkt dat het erfpachtbeheersysteem tekort schiet en het erfpachtarchief niet volledig is. Ook dat leidt tot een ondoelmatige uitvoering. Gegeven deze recente eerdere onderzoeken betwijfel ik of verder onderzoek naar de *doelmatigheid* van de uitvoering van het erfpachtstelsel op dit moment nog nieuwe inzichten zou opleveren.

Verzoek tot rechtmatigheidonderzoek
Voor wat betreft een onderzoek naar de *rechtmatigheid* van de uitvoering van het erfpachtstelsel is de afweging ingewikkelder. Per brief van 9 november en 18 december 2012 heb ik u geïnformeerd over de voortgang van uw verzoek. Gezien de complexiteit van dit onderwerp vond ik destijds een verdere oriëntatie noodzakelijk.

---

[1] In de gemeenteraadvergadering van 26 januari 2000 gaf Wethouder Grondzaken aan (…) *Een aantal mensen heeft bij de rechter aan de orde gesteld dat zij de wijze van taxatie niet redelijk vinden. Dus mede de inbreng van de diverse partijen gehoord hebbende raad ik aan, de uitkomsten van deze lopende zaken af te wachten. Ik zeg toe, dat ik daarna de conclusies van het College uit deze uitkomsten aan de Raad zal voorleggen (…).*

[2] Rekenkamerrapport Canonherzieningen einde tijdvak De gemeentelijke aanbiedingen onderzocht, juni 2012.

Voorstudie
Naar aanleiding van het verzoek ben ik gestart met een voorstudie waarin ik de jurisprudentie rondom de Honnebier-zaak en de NLVE-zaak heb bestudeerd. Tevens heb ik gesproken met de advocaat van de gemeente Amsterdam en de advocaat van Honnebier, medewerkers van Bureau Erfpacht en de voorzitter van Stichting Erfpachtbelangen Amsterdam (SEBA). Daarnaast heb ik de schrijvers van het verzoek uitgenodigd voor een gesprek en heb ik vervolgens gesproken met leden van de fracties van het CDA en de VVD. Tevens heb ik meerdere malen advies ingewonnen bij prof. mr. dr. D.A. Lubach bijzonder hoogleraar bouwrecht aan de universiteit van Groningen.

Ik heb mij georiënteerd aan de hand van acht vragen (zie onderstaand kader) die in de bijlage bij deze brief uitgebreid worden besproken.

- Wat is de achtergrond van de zaak Honnebier en de NLVE zaak?
- Wanneer oordeelt de rechter dat een taxatierapport van deskundigen onaanvaardbaar is?
- Heeft de rechter een voorkeur uitgesproken voor een waarderingsmethode?
- Hoe schat de rekenkamer de kwaliteit van de taxatierapporten van deskundigen in?
- Handelen deskundigen verwijtbaar wanneer hun rapport onvoldoende gemotiveerd is?
- Handelde of handelt de gemeente onrechtmatig wanneer zij een onvoldoende gemotiveerd taxatierapport accepteert?
- Rust er op de gemeente een zwaardere plicht dan op de erfpachter bij het beoordelen van het taxatierapport?
- Welke mogelijkheden hebben de gemeente en de erfpachter om het taxatierapport te laten vernietigen wanneer zij van mening zijn dat het onaanvaardbaar is?

Conclusies voorstudie
Op grond van deze voorstudie kom ik tot de conclusie dat in de zaak Honnebier en de NLVE-zaak de rechter oordeelde dat het deskundigenadvies (het taxatierapport) niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen. Ik acht het goed mogelijk dat in het verleden de taxatierapporten vaker niet aan de daaraan te stellen eisen voldeden, terwijl de gemeente en de erfpachter deze rapporten wel hebben geaccepteerd. Dit betekent echter niet dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld. Het stond de gemeente, net zoals de erfpachter, vrij om deze rapporten te accepteren.

In welke situaties kan de gemeente dan wel onrechtmatig handelen? Dit geldt met name als ze haar eigen regels niet naleeft of bewust het geldend recht overtreedt. Voor dit laatste heb ik in onze voorstudie geen aanwijzingen gevonden. Overtreding van de eigen regels is mogelijk als er eigen regels zijn. Sinds januari 2010 heeft de gemeente een interne werkinstructie ingevoerd en maatregelen getroffen om de taxatierapporten van deskundigen te beoordelen en te verbeteren. Uit het feit dat vanaf dat moment de gemeente geen enkele keer aanleiding heeft gezien om een taxatierapport voor vernieting voor te dragen, zou kunnen worden afgeleid dat alle taxatierapporten aan de daaraan te stellen eisen voldoen. Het zou ook een aanwijzing kunnen zijn dat de

gemeente niet in overeenstemming met haar eigen werkinstructie - en daardoor mogelijk onrechtmatig - handelt.

Wat voor consequentie heeft het als de gemeente niet in overeenstemming met haar eigen werkinstructie handelt? De gemeente handelt dan wellicht in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, bijvoorbeeld het beginsel dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden. Bovendien krijgen taxateurs geen prikkel om kwalitiatief goede rapporten op te stellen, wanneer gemeente en erfpachters rapporten van een mindere kwaliteit accepteren.

Stel dat dit handelen er toe heeft geleid dat een onaanvaardbaar taxatierapport in eerste instantie door de gemeente en erfpachter is geaccepteerd. Zowel de gemeente als de erfpachter hebben de mogelijkheid om binnen de verjaringstermijn van 3 jaar bij de rechter te vorderen dat het taxatierapport wordt vernietigd. Lastiger wordt het wanneer de notariële akte al is gepasseerd. Slechts op bijzondere gronden kan de akte dan nog worden vernietigd.

De zaak Honnebier en de NLVE-zaak tonen niet aan dat de gemeente - in deze en vergelijkbare gevallen - onrechtmatig heeft gehandeld. Wel heeft de gemeente sinds januari 2010 een interne werkinstructie voor het beoordelen van adviezen van deskundigen. De vraag of het college uitvoering geeft aan deze interne werkinstructie en daar ook consequenties aan verbindt indien dat noodzakelijk is, zou voor rekenkameronderzoek in aanmerking kunnen komen.

Beslissing rechtmatigheidonderzoek
Vanwege overwegingen van eigen doelmatigheid heb ik besloten om dit onderzoek voorlopig niet uit te voeren. De beperkte extra informatie die dit onderzoek kan opleveren weegt niet op tegen de onderzoeksinspanningen. Daarbij heb ik ook meegewogen dat de directe materiële gevolgen van een dergelijk onderzoek voor erfpachters beperkt zijn. Het onderzoek zal immers geen antwoord geven op de vraag of erfpachters te weinig of te veel erfpacht betalen als gevolg van een taxatierapport dat niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet. Alleen de rechter kan in individuele gevallen oordelen, dat het taxatierapport wordt vernietigd en de taxatie over moet. In de bijlage is een uitgebreidere motivatie van mijn besluit te vinden.

Aanbevelingen
Naar aanleiding van onze voorstudie heb ik vier aanbevelingen geformuleerd voor het college en ik zou de raad willen adviseren om deze aanbevelingen over te nemen.

1. Onderzoek in hoeverre daadwerkelijk sinds januari 2010 uitvoering is gegeven aan de getroffen maatregelen inclusief de interne werkinstructie voor de beoordeling van taxatierapporten en rapporteer hierover aan de raad.
2. Ga na of het mogelijk is dat gemeente en erfpachter samen, de deskundigen kunnen binden aan het hanteren van criteria die voortvloeien uit de jurisprudentie.
3. Ga na of het mogelijk is dat gemeente en erfpachter samen, een rapport dat niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen niet te accepteren om zo een kostbare en langdurige gang naar de rechter voorkomen.

4. Ga na of het mogelijk is dat gemeente en erfpachter samen, afzien van een vergoeding aan deskundigen of kosten verhalen op de deskundigen wanneer een rapport niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen.

Bestuurlijke reactie en nawoord
De rekenkamer heeft van het college van B en W een bestuurlijke reactie ontvangen op deze rekenkamerbrief. Het college neemt 3 van de 4 aanbevelingen over. Wij hebben de bestuurlijke reactie voorzien van een nawoord (zie bijlage 2).

Tot slot
Tot slot zou ik u nog op de hoogte willen stellen van het feit dat de rekenkamer tijdens haar voorstudie documenten heeft ontvangen waarbij het rechtmatig handelen van de gemeente ter discussie werd gesteld. Het betrof twee verschillende aangelegenheden. Bij de eerste kwestie ging het om correspondentie tussen de gemeente Amsterdam en een individuele erfpachter. De gemeente stelt in die correspondentie dat een rechterlijke uitspraak in een andere zaak een reden kan zijn om een al bestaande notariële akte te herzien. Ik vind deze uitspraak opvallend, maar zal dit niet verder onderzoeken omdat de rekenkamer geen onderzoek doet naar en uitspraken doet over een individuele casus. Desgevraagd heeft het afdelingshoofd van Bureau Erfpacht – na intern onderzoek – aangegeven dat hierbij sprake was van een incident en dat deze correspondentie niet gebaseerd is op een interne beleidslijn. Het tweede geval betreft een splitsingakte die eind 2002 is gepasseerd en waarop de AB 1994 van toepassing is verklaard, in plaats van de AB 2000. Bij navraag bleek dat het hier ging om de toepassing van een overgangsregeling bij splitsingen. De gemeente handelde conform die regeling en daarom rechtmatig door de AB 1994 van toepassing te verklaren. De zaken Honnebier, NLVE en bovenstaande aangelegenheden maken duidelijk dat het erfpachtstelsel complex is en veel vragen oproept. Zorgvuldige procedures en zorgvuldige communicatie zijn daarom onontkoombaar.

Ik hoop dat de informatie uit deze voorstudie (zie bijlage 1) die nodig was om een weloverwogen besluit te nemen over het verzoek van de drie raadsleden ook een bijdrage zal leveren aan uw verdere gedachtevorming over de verdere invulling van het erfpachtstelsel. Het onderwerp erfpacht zal ik de komende jaren zeker met belangstelling blijven volgen.

Met vriendelijke groet,

dr. J.A. de Ridder
directeur Rekenkamer Metropool Amsterdam

Colofon

Rekenkamer Amsterdam
Frederiksplein 1
1017 XK Amsterdam
Tel. 020 552 2897
Onderzoeker: mr. drs. Arjan Kok RA

Bijlage 1 - *Voorstudie*

Om een besluit te nemen of een rekenkamer een onderzoek zal starten naar de rechtmatigheid van het erfpachtbeleid zijn in deze voorstudie acht vragen beantwoord:

1. Wat is de achtergrond van de zaak Honnebier en de NLVE zaak en de betekenis voor de Amsterdamse praktijk?
2. Wanneer oordeelt de rechter dat een taxatierapport van deskundigen onaanvaardbaar is?
3. Heeft de rechter een voorkeur uitgesproken voor een waarderingsmethode?
4. Hoe schat de rekenkamer de kwaliteit van de taxatierapporten van deskundigen in?
5. Handelen deskundigen verwijtbaar wanneer hun taxatierapport niet uit aan de eisen uit de jurisprudentie voldoen?
6. Handelde of handelt de gemeente onrechtmatig wanneer zij een taxatierapport accepteert dat niet aan de eisen van duidelijke motivering, inzichtelijkheid en consistentie voldoet?
7. Rust er op de gemeente een zwaardere plicht dan op de erfpachter bij het beoordelen van het taxatierapport?
8. Welke mogelijkheden hebben de gemeente en de erfpachter om het taxatierapport te laten vernietigen wanneer zij van mening zijn dat het onaanvaardbaar is.

Op basis van de antwoorden op deze vragen is het besluit genomen om voorlopig geen onderzoek uit te voeren naar de rechtmatigheid van het erfpachtbeleid. Paragraaf 9 bevat de motivering van dit besluit. De voorstudie wordt afgesloten met vier aanbevelingen voor het college van B en W (paragraaf 10).

1. Wat is de achtergrond van de zaak Honnebier en de NLVE zaak en de betekenis voor de Amsterdamse praktijk

De gemeente, de erfpachters en de commissie van drie deskundigen kunnen rekening houden met de uitspraken van de rechters

Achtergrond zaak Honnebier

De zaak Honnebier kent een lange geschiedenis. Op 3 mei 2000 doet de Rechtbank Amsterdam voor het eerst uitspraak. En na enkele tussenuitspraken van het Hof en Hoge Raad, komt het Hof Amsterdam op 20 november 2011 tot de finale uitspraak. In de kern kon Honnebier zich niet vinden in de onderbouwing van de grondwaarde en canon voor het volgende tijdvak omdat deze door de deskundigen onvoldoende waren onderbouwd. Zowel de Rechtbank als het Hof oordeelden dat het deskundigenrapport onvoldoende gemotiveerd was en benoemde uiteindelijk een nieuwe commissie van deskundigen. Het Hof volgt in 2011 de bevindingen van de deskundigen.

Achtergrond zaak Nederlandse Vereniging van Erfpachters

Op 25 maart 2009 deed de Rechtbank Amsterdam uitspraak in de zaak Nederlandse Vereniging van Erfpachters. De Rechtbank oordeelde kort samengevat dat de taxatierapporten van de deskundigen – in die zaak - vernietigbaar zijn vanwege motiveringsgebreken en de schending van het beginsel van hoor en wederhoor.

Betekenis Amsterdamse praktijk
Rechterlijke uitspraken hebben in beginsel geen werking buiten het geval dat daardoor wordt beslist. Dat betekent dat een beslissing of gedraging, die gelijk of sterk vergelijkbaar is met een die in een al gedane rechterlijke uitspraak onrechtmatig is bevonden, *niet al daardoor ook onrechtmatig is*. Dat zal in een daarop betrekking hebbende uitspraak opnieuw moeten worden vastgesteld. Daarbij is de rechter- anders dan in 'common law' waar de precedentwerking van rechterlijke uitspraken bestaat - formeel niet gebonden aan een eerdere uitspraak.[3] Wel heeft een uitspraak, vooral van een rechter in hoogste instantie, een reflexwerking. Het feit dat in een eerdere rechterlijke uitspraak een bepaald gedrag onrechtmatig is geacht zal er vaak toe leiden dat dat gedrag voortaan achterwege wordt gelaten. Er is immers een kans dat ook in dat geval onrechtmatigheid wordt aangenomen.

Jurisprudentie in de zaak Honnebier en de NLVE zaak is dan ook van betekenis voor de nog lopende en toekomstige zaken van canonherziening. In deze zaken kunnen de gemeente, erfpachter en de drie deskundigen immers rekening houden met de gedane uitspraak.

Wellicht is het ook mogelijk om met inachtneming van de verjaringstermijn (3 jaar)[4] in situaties waarin de canon al opnieuw is vastgesteld het deskundigenrapport en de onderbouwing hiervan door de rechter op zijn rechtmatigheid te laten toetsen. In paragraaf 8 wordt hierop uitgebreider ingegaan.

2. *Wanneer oordeelt de rechter dat een taxatierapport van deskundigen onaanvaardbaar is?*

Globaal samengevat vindt de rechter een rapport onaanvaardbaar als het niet inzichtelijk, logische consistent en kenbaar is

In het Nederlandse privaatrecht is het uitgangspunt de partijautonomie: partijen bepalen of zij willen contracteren en tegen welke prijs. Dit uitgangspunt houdt in dat partijen in beginsel - als zij in vrijheid kunnen beslissen - dat een contract ook een inhoud kan hebben waarvan een derde zou menen dat deze inhoud onredelijk is. Als die onredelijkheid geen nadelige effecten heeft voor derden, partijen in vrije wilsovereenstemming het contract hebben gesloten en het contract niet aanvechten, dan is het contract rechtsgeldig. Toegespitst op de zaken waar het hier over gaat betekent dit dat de gemeente en de erfpachter ook genoegen zouden kunnen nemen met niet goed gemotiveerde deskundigenrapporten.

In juridische termen zijn de taxatierapporten van de drie deskundigen vaststellings-overeenkomsten als bedoeld in artikel 7:900 BW met het karakter van een bindend

[3] Uiteraard zal in de meeste gevallen de lagere rechter geneigd zijn in lijn met de geldende jurisprudentie te oordelen
[4] Art3.52 lid1 BW bepaalt dat de rechtsvordering tot vernietiging verjaart door een termijn van 3 jaar. Afhankelijk van de vernietigingsgrond regelt art 3.52 lid 1 BW verschillende momenten waarop de verjaring gaat lopen. In geval van wilsgebreken is dat het moment waarop het wilsgebrek is ontdekt. In het algemeen is die bekendheid van belang:Zie Hof Amsterdam 11-05-2010 LJN BM6738 inzake Dexia lease. Voor de hier aan de orde zijnde gevallen zal die bekendheid er op zichzelf zijn. Zo al van belang zou het kunnen gaan om wilsgebreken.

advies door derden. In deze bijlage gebruiken wij de termen taxatierapporten en adviezen van deskundigen door elkaar.

De adviezen van deskundigen zijn in beginsel bindend en zijn op grond van 7:904 lid 1 BW alleen vernietigbaar als de inhoud en de wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

Als de erfpachter of de gemeente de rechter om een oordeel vraagt over de (on)aanvaardbaarheid van het advies van de deskundigen, geldt het volgende. In het algemeen wordt het uitgangspunt van de partijautonomie afgeleid dat het rechterlijke oordeel zich moet beperken tot de vraag of partijen zich redelijk hebben gedragen. De rechter toetst dus niet rechtstreeks of een overeengekomen prijs redelijk is. Dit betekent dat de rechter de door de drie deskundigen gekozen uitgangspunten en berekeningsmethoden marginaal toetst.

Daar staat tegenover dat geen misbruik mag worden gemaakt van een feitelijke machtspositie. De gemeente Amsterdam heeft feitelijk een machtspositie. Van misbruik is sprake als er voorwaarden worden bedongen die bij gebreke van een afhankelijkheidsrelatie vermoedelijk met niemand overeengekomen hadden kunnen worden.[5] En van misbruik van een feitelijke machtspositie is sprake als de zorgplicht is geschonden. De omvang van de zorgplicht hangt af van de omvang van de machtspositie.

Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter betrekkelijk indringend de wijze van totstandkoming en de redelijkheid van de hoogte van de canon beoordeelt bij een canonherziening.[6] Hij gaat niet zo ver dat hij zelf de door hem redelijk geachte hoogte van de canon vaststelt. Maar zowel de wijze van tot stand komen als de inhoud van de beslissing tot vaststelling van de canon worden op redelijkheid getoetst. Slechts bij uitzondering, waarvan in deze casus overigens sprake is, neemt de rechter op grond van 7:904 lid 2 BW wel de ruimte om zelf de hoogte van de canon vast te stellen.

Tot de AB1966 komen canonherzieningen nagenoeg altijd tot stand met inschakeling van deskundigen, vanwege de onafhankelijke positie van de deskundigencommissie.[7] De complexiteit van de materie, in het bijzonder de taxatie van de grondwaarde en de daaruit af te leiden hoogte van de erfpachtcanon c.q. de indexering van de canon, heeft tot gevolg dat de rechter veelal zelf de deskundigheid mist om een dergelijke waardering te verrichten. De hierboven genoemde redelijkheidtoets zal zich dus veelal richten op het deskundigenoordeel. Die redelijkheidtoets houdt in dat het advies moet voldoen de eisen van een duidelijke motivering, inzichtelijkheid en consistentie.[8]

---

[5] Vgl F.J.Vonck De rol van deskundigen bij heruitgifte en verlenging van erfpachtverhoudingen in H.B.Krans e.a (red.) De deskundige in het recht blz. 112. Uitgeverij Paris 2011.

[6] Rb Arnhem 5 -10-2005 NJF 2006,21 (Vereniging Erfpachters de Paasbergc.s /Gemeente Arnhem) en Rb Leeuwarden 5-12-2007 LJN BB9762 (Staatsbosbeheer-Vereniging Terschellinger erfpachters).

[7] Ambtelijke reactie OGA op rekenkamerbrief 2013-05, 10 april 2013.

[8] Hof Amsterdam 8-1-2004, HR 20 mei 2005,NJ 2007,114 m.nt. H.J.Snijders; AA 2005,p1042 e.v. m.nt G.R.Rutgers, Hof Amsterdam, 20 september 2011.

De rechter heeft in de zaak Honnebier en de NLVE-zaak geoordeeld dat het advies van de drie deskundigen onaanvaardbaar is.
Zo was in de *NLVE* zaak onvoldoende duidelijk:[9]

- met welke transacties het perceel was vergeleken
- hoe de depreciatiefactor van 40% was onderverdeeld
- welke verrekening individueel heeft plaatsgevonden in verband met verschil in kavelgroottes binnen het bouwblok
- hoe deskundigen – anders op basis van intuïtief inzicht – aan het percentage van 22% komen voor de waarde van het erfpachtdeel en op basis van welke waarderingen en
- volgens welke rekenmethode het canonpercentage was vastgesteld.

In de zaak *Honnebier* stelde de rechtbank Amsterdam de eis aan het advies van deskundigen dat het zodanig inzicht geeft in de daarbij gehanteerde uitgangspunten en maatstaven dat voor partijen duidelijk is en daarmee controleerbaar wordt op welke wijze en op grond waarvan de deskundigen komen tot vaststelling van de in het advies genoemde grondwaarde en canonpercentage. Uit het advies dient te blijken op welke wijze, aan de hand van welke factoren en langs welke weg de waarde van de grond en het rentepercentage zijn vastgesteld. [10] Meer concreet werd van de deskundigen verlangd dat zij aangeven: [11]

- welke waarde zij aan het erfpachtperceel hebben toegekend en via welke methode of stappen zij vervolgens de grondwaarde daarvan hebben afgesplitst.
- hoe de waarde die zij aan het erfpachtperceel hebben toegekend zich verhoudt tot de waarde die zij aan het perceel hadden toegekend als sprake was geweest van eigen grond en hoe dit verschil in waarde is berekend.
- welke invloed de mate waarin het perceel is bebouwd heeft gehad op de waardering.
- wat de op de waarderingsdatum op de kapitaalmarkt geldende rente was waarmee zij rekening hebben gehouden bij het bepalen van het rentepercentage en welk gewicht de factor " de specifieke functie, eigenschappen en rendement van op lange termijn in grond belegd kapitaal" in de schaal heeft gelegd.
- voor zover deskundigen uitgangspunten van anderen (Professor dr Ankum) tot de hunne hebben gemaakt, moet dat uit hun rapport blijken en zal daarbij ook de achterliggende - kennelijk ook door hen onderschreven - redenering moeten worden weergegeven.
- Alle factoren die bij de waardering van de grond en het vaststellen van het rentepercentage een rol hebben gespeeld moeten in het rapport worden vermeld. Vage aanduidingen als "ondermeer" en "onder andere" bieden geen enkel aanknopingspunt en zijn derhalve onaanvaardbaar.

De Hoge Raad vult aan dat aan het advies van deskundigen motiveringseisen mogen worden gesteld en dat de motivering uit het advies zelf dient te blijken en niet afhankelijk te worden gesteld door de deskundigen naderhand daarop gegeven toelichting.[12] Het advies van de deskundigen moet in belangrijke mate berusten op een

---

[9] Rb Amsterdam 25 maart 2009 LJN:BI2715, r.o. 5.29.
[10] Rb Amsterdam 3 mei 2000 LJN:AA5675, r.o. 8.4.
[11] Rb Amsterdam 3 mei 2000 LJN:AA5675, r.o. 8.4.
[12] HR 20 mei 2005 *LJN*: AS5890, r.o.3.2 en 3.4.

vergelijking met andere in Amsterdam gelegen percelen/bouwblokken die in erfpacht waren uigegeven. [13]

Concluderend kan worden gesteld dat de rechter de adviezen van deskundigen redelijk indringend toetst op inzichtelijkheid, logische consistentie en duidelijke motivering. Wanneer niet aan deze eisen wordt voldaan kan de rechter oordelen dat het advies van deskundigen onaanvaardbaar is.

3. Heeft de rechter een voorkeur uitgesproken voor een waarderingsmethode?

Nee, de waarderingsmethode moet alleen inzichtelijk zijn.

Uit zowel de NLVE-zaak als de Honnebier-zaak blijkt dat de drie deskundigen samen de waarderingsmethode om de canon te bepalen, mogen kiezen. Zo oordeelde rechter in de NLVE-zaak dat het aan de drie deskundigen is om de hoogte van de nieuwe canon vast te stellen en dat de drie deskundigen in beginsel vrij zijn in hun keuze van de toe te passen taxatiemethode en op basis van hun eigen deskundigheid – intuïtie, kennis en ervaring van de markt – onderling overleg tot een beslissing moeten komen. Waarbij het de gemeente en de erfpachters bovendien niet is toegestaan om voor te schrijven op welke wijze, uitgangspunten en rekenmethode deskundigen de nieuwe canon zouden moeten vaststellen. De gemeenteraad heeft bij het vaststellen van de AB1915 destijds gekozen om dit buiten de invloed van de gemeente en erfpachters te houden.[14]

Ook in de Honnebier-zaak blijkt dat het Hof zich niet inhoudelijk bemoeit met de juistheid van een bepaalde waarderingsmethode, maar nagaat of duidelijk is welke waarderingsmethode wordt gebruikt en of het gebruik van een bepaalde waarderingsmethode redelijkerwijs verdedigbaar is.[15] Het Hof oordeelt dat het advies van de deskundigen inzichtelijk, begrijpelijk en consistent is en maakt de conclusies van de deskundigen tot de zijne. [16]

De rechter spreekt dus geen voorkeur uit voor een bepaalde waarderingsmethode maar stelt wel als eis dat de waarderingsmethode inzichtelijk, begrijpelijk en consistent moet zijn.

4. Hoe schat de rekenkamer de kwaliteit van de taxatierapporten van deskundigen in?

Taxatierapporten voldeden vaak niet aan de Honnebier en NLVE criteria.

De rekenkamer heeft in het onderzoek *Canonherziening einde tijdvak De gemeentelijke aanbiedingen onderzocht* (juni 2012) 105 adviezen van drie deskundigen betrokken en 85 adviezen beoordeeld.[17] Deze adviezen zijn uitgebracht in de periode van januari 2005 tot en met oktober 2009. Destijds constateerde wij dat de rapporten van de deskundigen

---

[13] HR 20 mei 2005 *LJN*: AS5890, r.o.3.4.

[14] Rb Amsterdam 25 maart 2009 *LJN*:BI2715, r.o. 5.26.

[15] Hof Amsterdam 8 januari 2004 en Hof Amsterdam 20 september 2011.

[16] Hof Amsterdam 20 september 2011, r.o. 2.9 en 2.10.

[17] Rekenkamer Amsterdam, Onderzoeksrapport *Canonherziening einde tijdvak De gemeentelijke aanbiedingen onderzocht*, juni 2012, p.38.

compact waren (veelal 3 pagina's) en dat het net zoals de gemeentelijke aanbieding weinig kwantitatieve gegevens bevat. Wij constateerden dat in een aantal gevallen het advies een bijlage bevat waarin methoden en begrippen zijn toegelicht.[18] Tevens constateerden wij dat deskundigen zeer vaak een standaard omschrijving gebruikte om uit te leggen op welke wijze zij de waarde van het erfpachtrecht met daarop de aanwezige opstal hadden bepaald.[19] In alle 85 onderzochte adviezen ontbraken verifieerbare gegevens van vergelijkbare transacties, een motivatie over de hoogte van de depreciatiefactor en een onderbouwing voor de hoogte van de gebruikte grondquote.[20]

In verband met het verzoek om adviezen over de periode van 2000 tot en met 2011 te onderzoeken hebben wij 10 van de 85 eerder onderzochte adviezen vergeleken met het advies van Honnebier van 7 januari 1997 (3 pagina's) dat destijds door de Rechtbank als onaanvaardbaar is gekwalificeerd. Qua omvang (veelal 3 pagina's) en inhoud vertonen deze 10 adviezen grote overeenkomsten met het Honnebier advies uit 1997. Twee van de 10 dossiers bevatten een toelichting van 2 ½ pagina's waarbij in algemene bewoording wordt ingegaan op de volgende onderwerpen:
1. De bouwbloksgewijze herziening
2. Gebruik, bestemming, oorspronkelijk bouwplan en waarde
3. Onroerende zaken bestemd voor verhuur
4. Koopwoningen
5. Canonpercentage en herziening canon.

De rekenkamer kan niet uitsluiten dat wanneer deze adviezen destijds aan de rechter waren voorgelegd de rechter ook bij deze adviezen tot het oordeel zou zijn komen dat de inhoud van de adviezen in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

Aanvullend heeft de rekenkamer kennisgenomen van een beperkt aantal taxatierapporten van na januari 2010 die uitgebreider zijn gemotiveerd. Dit beperkt aantal adviezen geeft onvoldoende zekerheid dat over de gehele lijn de kwaliteit van de adviezen van deskundigen na januari 2010 is gewijzigd.

Eind januari 2010 heeft Bureau Erfpacht een notitie opgesteld waaruit blijkt dat Bureau Erfpacht van oordeel is dat:
1. de deskundigen minimaal de door de rechtbank in de NLVE-zaak geformuleerde normen in acht moet nemen bij het opstellen van een taxatierapport in het kader van een canonherziening einde tijdvak (CHET) en
2. Bureau Erfpacht de taxatierapporten kritischer dient te toetsen en er op toe dient te zien dat de inhoud en de wijze van totstandkoming van de taxatierapporten minimaal voldoend aan de door de rechtbank in haar vonnis gestelde normen.

De notitie bevat 14 criteria die de normen uit de NLVE-zaak en de Honnebier-zaak in opzet dekken.

---

[18] Zie voetnoot 17, p. 22.
[19] Zie voetnoot 17, p. 23.
[20] Zie voetnoot 17, p. 23 en 24.

Deze notitie maakt onderdeel van de interne werkinstructies Canonherziening Einde Tijdvak.

Uit mededelingen van de directeur OGA blijkt dat Bureau Erfpacht sinds 2010 verder de volgende maatregelen heeft getroffen om de kwaliteit van taxatierapporten te beoordelen en te verbeteren:

- Sinds 2010 bevat de opdracht aan deskundigen tot het waarderen van erfpachtrechten de voorwaarde dat de deskundigen er zorg voor dienen te dragen dat de inhoud en de wijze van totstandkoming van het rapport moet voldoen aan de (juridische) eisen die daarvoor gelden ten tijde van de totstandkoming van het rapport. Tevens wordt de voorwaarde gesteld dat de gemeente en de erfpachters(s) tijdig in de gelegenheid worden gesteld om opmerkingen te maken en of vragen te stellen alvorens het definitieve rapport wordt verzonden.
- In juli 2010 is een ambtelijk team opgericht dat zich uitsluitend bezighoudt met de canonherziening einde tijdvak. Dit team beoordeelt de taxatierapporten op basis van de notitie, waarbij de feiten en de berekeningen worden gecontroleerd.
- Vanaf medio 2012 komt de werkgroep *reviewing taxatierapporten* wekelijks bij elkaar om per bouwblok steekproefsgewijs binnengekomen concept taxatierapporten te beoordelen. Tevens wordt afgesproken op welke wijze zal worden gereageerd op de conceptrapporten.
- Bureau Erfpacht heeft in diverse cursussen voor de Makelaars Vereniging Amsterdam (MVA), in de taxateursoverleggen met het MVA en in gesprekken met de leden van de "erfpachtkamer"van de MVA de jurisprudentie aan de orde gesteld met als doel om de kwaliteit van de deskundigenrapporten te verbeteren.
- De gemeente wijst niet langer deskundigen aan waarvan de taxatierapporten niet voldoen aan de eisen die in de jurisprudentie daaraan stelt.

5. Handelen deskundigen verwijtbaar wanneer hun taxatierapport niet aan de eisen uit de jurisprudentie voldoen?

Die vraag is op basis van de huidige jurisprudentie niet goed te beantwoorden

Van deskundigen mag verwacht worden dat zij bekend zijn met de jurisprudentie rondom bindende adviezen rond canonherzieningen. Tevens mag verwacht worden dat zij ook uitvoering geven aan de normen die volgen uit deze jurisprudentie.

Maar zijn deskundigen ook aansprakelijk of nalatig als zij een advies afleveren dat niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet? Op de vraag of deskundigen onrechtmatig handelen of dat er sprake is van een wanprestatie heeft de rekenkamer geen antwoord kunnen vinden. De zaak Honnebier en de NLVE-zaak geven hier in ieder geval geen antwoord op. Het zou denkbaar zijn dat in het verlengde van een vergelijkbare casus deze rechtsvraag door Bureau Erfpacht expliciet zou worden voorgelegd aan de rechter. De gemeente kan immers schade hebben geleden omdat de deskundigen hun werk niet goed hebben gedaan.

6. Handelde of handelt de gemeente onrechtmatig wanneer zij een taxatierapport accepteert dat niet aan de eisen van duidelijke motivering, inzichtelijkheid en consistentie voldoet?

De gemeente handelt of handelde niet onrechtmatig. De gemeente mag – net zoals een erfpachter – een taxatierapport accepteren.
Anders kan dit zijn als de gemeente zelf regels heeft geformuleerd waarin kwaliteitseisen voor het taxatierapport zijn neergelegd en de gemeente die regels niet naleeft. In dat geval kan er sprake zijn van onrechtmatig handelen. Dit is niet onderzocht in deze voorstudie

Op grond van de uitgangspunten van partijautonomie hebben beide partijen – gemeente en erfpachter – het recht om zelf te bepalen of zij akkoord gaan met het bindend advies van de deskundigen. Ook als derden menen dat de inhoud onredelijk is. De gemeente en erfpachter kunnen dus ook genoegen nemen met taxatierapporten die niet voldoende zijn gemotiveerd, onvoldoende inzichtelijk of consistent zijn. Wanneer noch de gemeente, noch de erfpachter de rechter om vernietiging van het advies verzoekt, komt een eventuele niet rechtsgeldigheid niet aan de orde en is het advies en daarmee de nieuwe canon rechtsgeldig.

Het geschil in de Honnebier zaak betreft de voorwaarden waaronder de gemeente met Honnebier een erfpachtcontract wil voortzetten. De gemeente vordert daartoe medewerking van Honnebier aan de totstandkoming van de herziening van de canon. Daarin slaagt de gemeente oorspronkelijk niet omdat aan de vaststelling van de hoogte van de nieuwe canon gebreken kleven. Na een nieuw advies dat aan de eisen voldoet, wordt de canon alsnog vastgesteld en wordt Honnebier veroordeeld tot medewerking aan het passeren van de notariële akte. In het kader van de geschilbeslechting is komen vast te staan dat de gemeente zich ten onrechte heeft gebaseerd op het gebrekkige advies. Daarop was ook het verweer van Honnebier gericht en de rechterlijke interventie heeft plaatsgevonden in het kader van het tot stand komen van het deskundigenrapport. Voor zover de erfpachter en de gemeente een geschil hadden, heeft daartegen een rechtsweg open gestaan en is het geschil door de rechter beslecht. Hieruit volgt dus niet dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld in de zin van 6:162 BW. Dat is ook nergens in de procedure gesteld.

In de NLVE-zaak oordeelde de rechter dat de gemeente niet onrechtmatig heeft gehandeld noch dat de gemeente heeft gehandeld in strijd met enig beginsel van behoorlijk bestuur door het gebrekkige deskundigenadvies te accepteren.[21] De ratio hierachter is dat deskundigen zelfstandig invulling geven aan hun opdracht waardoor er voor de gemeente en de erfpachters geen reden is om zich inhoudelijk te bemoeien met de door de deskundigen gekozen werkwijze. [22] Erfpachters en gemeente kunnen slechts op grond van artikel 7:904 BW aan een rechter voorleggen of het advies van de deskundigen kan worden vernietigd omdat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

[21] Rb Amsterdam 25 maart 2009 *LJN*:BI2715, r.o. 6.3 onderdeel 18,19 en 20.
[22] Rb Amsterdam 25 maart 2009 *LJN*:BI2715, r.o. 6.3 onderdeel 18,19 en 20.

Anders wordt het wanneer de gemeente zelf regels heeft geformuleerd waarin kwaliteitseisen voor het taxatierapport zijn neergelegd en de gemeente die regels niet naleeft. Als het hierbij gaat om verordeningen, beleidsregels of besluiten van het gemeentebestuur, handelt de gemeente vrijwel altijd onrechtmatig bij het niet naleven van deze regels. De situatie is anders als het gaat om interne regels en procedures. Dat zou in principe om puur interne werkafspraken kunnen gaan. Als deze regels echter beogen om organisatie te laten handelen in lijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het verbod op willekeur of het gelijkheidsbeginsel kan het niet naleven van deze interne regels ook leiden tot onrechtmatig handelen. Zoals in paragraaf 4 beschreven heeft de gemeente sinds januari 2010 een procedure om de adviezen van de deskundigen te beoordelen. Het niet naleven van deze procedure kan dus betekenen dat de gemeente onrechtmatig handelt. Of dat zo is, is niet onderzocht in deze voorstudie.

7. Rust er op de gemeente een zwaardere plicht dan op de erfpachter bij het beoordelen van het taxatierapport?

In principe niet, maar op basis van algemene beginselen van behoorlijk bestuur en omdat de gemeente de sterkere partij is, mag van de gemeente wel verwacht worden dat zij een procedure heeft en gebruikt om de adviezen te beoordelen.

In het NLVE vonnis oordeelde de rechter dat er op de gemeente geen (extra) plicht rust om de juistheid van het advies van de deskundigen te toetsen (zie paragraaf 6). Terwijl uit het Burgerlijk Wetboek en de jurisprudentie volgt dat de gemeente ook bij civiel rechtelijke rechtshandelingen gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[23]

Juist daarom mag van de gemeente verwacht worden dat omwille van de rechtszekerheid, voorspelbaarheid, het uitgangspunt dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en het verbod op willekeur, dat de gemeente een procedure heeft voor het beoordelen van de adviezen van deskundigen en dat zij deze procedure ook naleeft.

Zoals in paragraaf 4 beschreven heeft de gemeente sinds januari 2010 een werkinstructie om de adviezen van de deskundigen te beoordelen. Sinds de invoering van de werkinstructie hebben de gemeente en de erfpachters geen vernietiging van een advies van deskundigen gevorderd bij de rechter.

8. Welke mogelijkheden hebben de gemeente en de erfpachter om het taxatierapport te laten vernietigen wanneer zij van mening zijn dat het onaanvaardbaar is?

Voor het passeren van de notariële akte kan het advies worden vernietigd als het onaanvaardbaar is. Nadat de akte is gepasseerd zijn de mogelijkheden tot vernietiging zeer beperkt.

[23] Artikel 3:14 BW en HR 27 maart 1989 *NJ* 1987, 277 m.nt. M. Scheltema (Amsterdam/IKON).

De adviezen van deskundigen zijn op grond van artikel 7:904 lid 1 BW alleen vernietigbaar als de inhoud en de wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. In de praktijk betekent dit dat als de gemeente of de erfpachter het niet eens is met het advies van de deskundigen, de gemeente of de erfpachter een civiele procedure start tegen de erfpachter of de gemeente en niet tegen de deskundigen.

Met inachtneming van de verjaringstermijn kunnen de gemeente en de erfpachter het advies van de deskundigen over de grondwaarde en de canon en de onderbouwing hiervan door de rechter laten toetsen. De verjaringstermijn bedraagt 3 jaar.[24]

Er zijn twee situaties te onderscheiden:
1. de situatie waarin de deskundigen hun advies hebben uitgebracht, maar de notariële akte nog niet is verleden.
2. De situatie waarin de notariële akte wel is verleden.

8.1 Vernietigingsmogelijkheden advies waarbij notariële akte nog niet is verleden

Zowel de zaak Honnebier als de NLVE-zaak zijn voorbeelden waarin de rechter een oordeel heeft geveld over de deskundigenadviezen voordat de notariële akte was gepasseerd. In paragraaf 2 van deze rekenkamerbrief hebben wij uiteengezet dat de rechter het advies indringend toetst aan de eisen van een duidelijke motivering, inzichtelijkheid en consistentie. Komt de rechter tot het oordeel dat het advies in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dan kan de rechter het advies van de deskundigen vernietigen.

8.2 Vernietigingsmogelijkheden advies waarbij notariële akte wel is verleden

De notariële akte heeft op zich een sterke bewijskracht. Dit betekent echter niet dat de akte onaantastbaar is geworden indien deze is verleden. Zowel gemeente als erfpachter genieten nog steeds rechtsbescherming. Echter slechts op bijzondere gronden – wilsgebrek, dwang, dwaling en bedrog - kan de akte nietig worden verklaard of worden vernietigd. Deze gronden worden niet snel aangenomen omdat daarmee het algemene rechtsverkeer in gevaar komt.[25] Een gebrekkig deskundige advies levert daarom naar onze verwachting waarschijnlijk geen grond op tot vernietig van de akte en daarmee een aanpassing van de canon. Ook de NLVE- en Honnebier-jurisprudentie geven geen aanknopingspunten voor de aantasting van de bestaande erfpachtcontracten.

9. Besluit rechtmatigheidonderzoek

Op basis van de antwoorden op voorgaande vragen zijn twee afwegingen gemaakt:
1. Zijn er aanwijzingen dat het gemeentebestuur onrechtmatig heeft gehandeld ?
2. Geven deze aanwijzingen aanleiding tot het starten van een onderzoek?

---

[24] Zie voetnoot 4.

[25] Dat een overeenkomst slechts in uitzonderlijke gevallen en op in de wet aangegeven gronden kan worden vernietigd is een rechtstreeks gevolg van de basis van het contractenrecht; Pacta sunt servanda of wel overeenkomsten moeten worden nagekomen. Een ruimhartige toepassing van vernietigingsgronden zou daarmee in strijd zijn en leiden tot chaos in het rechtsverkeer.

9.1. Zijn er aanwijzingen dat het gemeentebestuur onrechtmatig of ondoelmatig handelt of heeft gehandeld?
Onder 'rechtmatig handelen' versta ik dat de gemeente overeenkomstig het geldend recht handelt. Tot het geldend recht rekening ik ook de vastgestelde beleidsregels en in het verlengde daarvan interne procedures en werkinstructies die moeten waarborgen dat de gemeente zich houdt aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het beginsel dat de gemeente gelijke gevallen gelijk behandelt.

Aanwijzingen
Op grond van deze voorstudie constateert de rekenkamer dat de adviezen van deskundigen (de taxatierapporten) in ieder geval tot en met oktober 2009 veel overeenkomsten vertonen met het vernietigde taxatierapport in de zaak Honnebier (paragraaf 4). De gemeente handelde en handelt niet onrechtmatig wanneer zij een op juridische gronden onaanvaardbaar advies van deskundigen accepteert. Net zo als de erfpachter is de gemeente vrij om te beslissen of zij het advies accepteert of dat zij het advies voorlegt aan de rechter (zie paragraaf 6). Binnen de verjaringstermijn van 3 jaar kunnen zowel de gemeente als de erfpachter de rechter om een oordeel te vragen over de aanvaardbaarheid van het advies van deskundigen (paragraaf 1).

Op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rust er op de gemeente een plicht om alle adviezen op een zelfde wijze te beoordelen zodat de gemeente voorspelbaar handelt en erfpachters voldoende rechtszekerheid genieten (paragraaf 7).

De rekenkamer heeft geconstateerd dat de gemeente na het NLVE-vonnis in januari 2010 een interne werkinstructie heeft ontwikkeld om de adviezen van deskundigen op een gelijke wijze aan 14 criteria te toetsen. Deze criteria hebben ook betrekking op normen die volgen uit de Honnebier-zaak (paragrafen 4 en 7). Sinds de invoering van deze werkinstructie (januari 2010) heeft de gemeente niet één keer bij de rechter verzocht om vernietiging van een advies van deskundigen.

Oordeel rekenkamer
De adviezen van de deskundigen van vóór 2010 vertonen veel overeenkomsten met het destijds vernietigde taxatierapport in de zaak Honnebier. De gemeente stond, net zoals de erfpachters, in haar recht om de adviezen te aanvaarden. Uit deze voorstudie zijn geen aanwijzingen naar voren gekomen dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld.

Vanaf januari 2010 heeft de gemeente maatregelen getroffen om de kwaliteit van taxatierapporten te beoordelen en te verbeteren, waaronder de *werkinstructie* Canonherziening Einde Tijdvak. De rekenkamer heeft ook kennisgenomen van een beperkt aantal taxatierapporten van na januari 2010 die uitgebreider zijn gemotiveerd. Dit beperkt aantal adviezen geeft onvoldoende zekerheid dat over de gehele lijn de kwaliteit van de adviezen van deskundigen na januari 2010 is gewijzigd. Sinds de invoering van de werkinstructie is door de gemeente niet één keer de rechter verzocht om een oordeel te geven over de aanvaardbaarheid van de adviezen. Dit kan betekenen dat alle adviezen – eventueel na de wederhoor fase – voldoen aan de daaraan te stellen. Het kan echter ook zo zijn dat de gemeente vanwege haar moverende redenen heeft besloten om het verzoek tot vernietiging achterwege te laten terwijl er toch afwijkingen waren geconstateerd. De vraag of het college uitvoering geeft aan deze interne

werkinstructie en daar ook consequenties aan verbindt indien dat noodzakelijk is, zou voor rekenkameronderzoek in aanmerking kunnen komen.

9.2 Geven deze aanwijzingen aanleiding tot het starten van een rekenkameronderzoek

Of de aanwijzingen in zijn algemeenheid de rekenkamer ook aanleiding geven tot het starten van een onderzoek hangt af van de volgende criteria:

- Is het verzoek ingediend namens de gehele raad of namens een (minderheids)deel van de raad?
- Zijn de aanwijzingen relevant? Zijn ze concreet? Gaat het om vermoedens of feiten? Betreft het om een individueel geval, een incident of gaat het op meerdere gevallen en een structureel probleem?
- Zijn de gevolgen van het eventueel onrechtmatig handelen groot? Hoe omvangrijk zijn de mogelijke gevolgen voor burgers, de gemeente financiën en de risico's die de gemeente loopt?
- Is het onderwerp relevant? Heeft het gemeentebestuur zeggenschap over dit beleidsveld en is er sprake van direct politieke bestuurlijke verantwoordelijkheid
- Is een rekenkameronderzoek doelmatig? Weegt de verwachte nieuwe informatie op tegen de verwachte onderzoeksinspanningen? Worden de unieke bevoegdheden van de rekenkamer met een eventueel onderzoek goed benut? Levert een onderzoek naar verwachting een bijdrage aan de controlerende functie van de raad en daarmee van het lokaal bestuur.

Weging criteria

Een verzoek van raadsleden is voor de rekenkamer alle reden om zorgvuldig naar het verzoek te kijken. In dit geval was er sprake van een verzoek van vertegenwoordiger van een raadsminderheid, die zodanig substantieel was dat extra aandacht gerechtvaardigd was.

Uit paragraaf 9.1 volgt dat de rekenkamer geen aanwijzingen heeft dat de gemeente tot januari 2010 onrechtmatig heeft gehandeld. Voor de periode vanaf januari 2010, het moment van de invoering van de gemeentelijke werkinstructie, kan het zijn dat de gemeente niet in overeenstemming met haar eigen werkinstructie handelt of daar consequenties aan verbindt. Of dit zo is weet de rekenkamer niet, wij hebben dit niet onderzocht en harde aanwijzingen hiervoor ontbreken (zie paragraaf 9.1). Informatie aan de raad over de werking van de getroffen maatregelen om de kwaliteit van taxatierapporten te beoordelen en te verbeteren ontbreekt echter.

Onbekend is wat de gevolgen voor de gemeente en erfpachters zouden zijn als vernietiging van de taxatierapporten zou worden gevorderd bij de rechter, waarvan de gemeente het advies na januari 2010 heeft beoordeeld. Noch de gemeente noch erfpachters hebben op dit moment zo een verzoek voorliggen bij de rechter.

Het onderwerp *erfpacht* geniet grote aandacht van de raad en van de media en een eventueel verzoekonderzoek zou uitsluitsel kunnen geven over de vraag of het college de werkinstructie uitvoert, er consequenties aan verbindt en erfpachters op een gelijke wijze behandelt.

Het is een taak van het Bureau Erfpacht om te bewaken dat de afgesproken werkinstructie wordt gevolgd. Het ligt niet direct voor de hand dat de rekenkamer die taak over zou nemen. Inmiddels heeft de rekenkamer meerdere malen aan de raad gerapporteerd over het onderwerp *erfpacht*. Daarbij zijn een aantal belangrijke problemen bij de uitvoering gesignaleerd. Een nieuw dossieronderzoek zou relatief veel onderzoeksinspanningen van de rekenkamer vergen, terwijl dit alleen informatie oplevert over de naleving van de interne werkinstructie. Door het onderzoek zal nooit antwoord kunnen worden gegeven op de vraag van individuele erfpachters of zij door het accepteren van hun taxatierapport te veel of te weinig erfpacht betalen. Alleen de rechter kan in individuele gevallen oordelen, dat het taxatierapport wordt vernietigd en de taxatie over moet.

Oordeel
Vanwege overwegingen van eigen doelmatigheid heb ik besloten om dit onderzoek voorlopig niet uit te voeren. De beperkte extra informatie die dit onderzoek kan opleveren weegt niet op tegen de onderzoeksinspanningen. Daarbij heb ik ook meegewogen dat de directe materiële gevolgen van een dergelijk onderzoek voor erfpachters altijd beperkt zijn. Het onderzoek zal immers geen antwoord geven op de vraag of erfpachters te weinig of te veel erfpacht betalen als gevolg van een taxatierapport dat niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet. Alleen de rechter kan hier in individuele gevallen over oordelen.

10. Aanbevelingen
Uit het verzoek van de raadsleden en de gevoerde gesprekken blijkt dat er veel belangstelling is naar informatie over de rechtmatigheid van het erfpachtbeleid. De gemeente geeft aan sinds januari 2010 maatregelen getroffen te hebben om taxatierapporten te beoordelen en te verbeteren, waaronder het opstellen van een interne werkinstructie. Over de werking en naleving van deze maatregelen inclusief de interne werkinstructie is de raad nog niet geïnformeerd. Het lijkt ons nuttig om dat wel te doen. Het zal niet zo'n omvangrijke taak wanneer de adviezen zijn getoetst. Door die toetsingen op een rijtje te zetten kan het college inzicht verschaffen in hoeverre sinds 2010 uitvoering is gegeven aan de getroffen maatregelen inclusief de interne werkinstructie en in hoeverre het college aan de uitkomst van de werkinstructie consequenties verbindt.

Aanbeveling 1
Onderzoek in hoeverre daadwerkelijk sinds januari 2010 uitvoering is gegeven aan de getroffen maatregelen inclusief de interne werkinstructie voor de beoordeling van taxatierapporten en rapporteer hierover aan de raad.

Zowel de erfpachter als de gemeente hebben er belang bij dat de adviezen van de deskundigen transparant, controleerbaar en voldoende gemotiveerd zijn. De rekenkamer ziet voor de gemeente een speciale rol weggelegd om er op toe te zien dat de taxatierapporten van de deskundigen voldoen aan de normen uit de jurisprudentie. Juist omdat uit de gemeentelijke werkinstructie (januari 2010) volgt dat de gemeente aan deze normen toetst. Om de kwaliteit van de adviezen te garanderen moeten de adviezen van de deskundigen kritisch worden getoetst en zonodig moet er op weroden aangedrongen dat er een nieuw advies wordt uitgebracht. Daar gaan de volgende drie aanbevelingen over.

Aanbeveling 2
Ga na of het mogelijk is dat gemeente en erfpachter samen, de deskundigen kunnen binden aan het hanteren van criteria die voortvloeien uit de jurisprudentie.

Om de deskundigen daadwerkelijk iets op te kunnen leggen, moet er wel overeenstemming zijn met de erfpachter. Het is waarschijnlijk dat de gemeente en de erfpachter met de drie deskundigen mogen overeenkomen dat hun adviezen voldoen aan het geldend recht. Hiermee wordt immers niet getreden in de onafhankelijkheid en deskundigheid van de drie deskundigen.

Aanbeveling 3
Ga na of het mogelijk is dat gemeente en erfpachter samen, een rapport dat niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen niet te accepteren om zo een kostbare en langdurige gang naar de rechter voorkomen.

Waarschijnlijk staat het de erfpachter en de gemeente ook vrij om overeen te komen om een advies niet te accepteren wanneer beide partijen het er over eens zijn dat het advies niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Op die wijze wordt een kostbare en langdurige gang naar de rechter voorkomen. Natuurlijk moeten vooraf wel praktische afspraken worden gemaakt over de randvoorwaarden, zoals de kostenverdeling.

Aanbeveling 4
Ga na of het mogelijk is dat gemeente en erfpachter samen, afzien van een vergoeding aan deskundigen of kosten verhalen op de deskundigen wanneer een rapport niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen.

De rekenkamer ziet voor de gemeente een rol weggelegd om te achterhalen of er juridische gronden zijn op basis waarvan het afzien van vergoeding of het verhalen van kosten kan plaatsvinden op de drie deskundigen indien een rapport niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Eventueel gevolgd door een proefproces.

Bijlage 2 – Bestuurlijke reacties en nawoord rekenkamer

1. Bestuurlijke reactie college B en W

Met belangstelling heeft ons college kennisgenomen van het concept van de Rekenkamerbrief *Verzoek tot rechtmatigheidonderzoek erfpacht*. Graag maken wij bij deze gebruik van de mogelijkheid hier op te reageren.

Canonherziening aan het einde van een tijdvak is een belangrijk element in het Amsterdamse erfpachtstelsel. Ons college acht het daarom van groot belang dat deskundigenrapporten in het kader van een canonherziening einde tijdvak deugdelijk en goed gemotiveerd zijn en voldoen aan de eisen die de jurisprudentie daaraan stelt. In uw brief heeft u de volgende vier aanbevelingen gedaan aan ons college:

1. Onderzoek in hoeverre daadwerkelijk sinds januari 2010 uitvoering is gegeven aan de getroffen maatregelen inclusief de interne werkinstructie voor de beoordeling van taxatierapporten en rapporteer hierover aan de raad.
2. Ga na of het mogelijk is dat de gemeente en de erfpachter samen, de deskundigen kunnen binden aan het hanteren van criteria die voortvloeien uit de jurisprudentie.
3. Ga na of het mogelijk is dat de gemeente en de erfpachter samen, een rapport dat niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen niet te accepteren om zo een kostbare en langdurige gang naar de rechter te voorkomen.
4. Ga na of het mogelijk is dat de gemeente en de erfpachter samen, afzien van een vergoeding aan deskundigen of kosten verhalen op de deskundigen wanneer een rapport niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen.

Ons college acht deze aanbevelingen waardevol. Op de aanbevelingen gaat het college graag nader in.

Ad. 1: De eerste aanbeveling betreft een onderzoek in hoeverre sinds januari 2010 uitvoering is gegeven aan de interne procedure voor de beoordeling van deskundigenrapporten en een rapportage hierover aan de raad. OGA heeft sinds 2010 diverse maatregelen getroffen om de kwaliteit van de rapporten te toetsen en te bevorderen.
De wethouder Grondzaken zal door OGA dit jaar laten inventariseren op welke wijze uitvoering is gegeven aan de interne procedure voor de beoordeling van deskundigenrapporten en hierover rapporteren aan de raad. Naar aanleiding van uw aanbeveling heeft ons college tevens opdracht gegeven aan de directeur OGA om in 2013 aan het college ter vaststelling beleid voor te leggen waarin wordt bepaald op welke wijze deskundigenrapporten worden gecontroleerd en in welke gevallen en op welke wijze vernietiging van deskundigenrapporten zal worden gevorderd.

Ad. 2: De tweede aanbeveling heeft betrekking op de vraag of de gemeente en de erfpachter samen de deskundigen kunnen binden aan het hanteren van criteria die voortvloeien uit de jurisprudentie. Uitgangspunt bij een canonherziening einde tijdvak is dat de canon buiten de invloedsfeer van de betrokken partijen wordt vastgesteld. Hiertoe wordt een onafhankelijke deskundigencommissie aangewezen. Eén van de deskundigen wordt aangewezen door de erfpachter en één door de gemeente. Deze twee deskundigen wijzen samen een derde deskundige aan. De invloed van de

betrokken partijen reikt derhalve niet verder dan het aanwijzen van een deskundige. De gemeente (en de erfpachter) mag de deskundigencommissie niet beïnvloeden in hun oordeel.

In de opdracht van de gemeente aan de onafhankelijke deskundigencommissie wordt daarom in zijn algemeenheid de voorwaarde gesteld dat de rapporten voldoen aan de eisen die de jurisprudentie daaraan stelt. Echter, de gemeente is juridisch niet in de positie aan de deskundigen voor te schrijven hoe de jurisprudentie moet worden geïnterpreteerd. Dit laat onverlet dat de gemeente (of de erfpachter) bij de rechter vernietiging van de rapporten kan vorderen indien zij van mening is dat de jurisprudentie onjuist is geïnterpreteerd. Omdat het deskundigenrapport de status heeft van een vaststellingsovereenkomst met het karakter van een bindend advies door (onafhankelijke) derden is de beslissing van deskundigen door de rechter vernietigbaar indien hij oordeelt dat gebondenheid aan de beslissing in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn[26].
Indien de gemeente van mening is dat een deskundigenrapport, ook na het toepassen van hoor en wederhoor, niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet en vernietiging van de rapporten wil vorderen bij de rechter, zal zij hiertoe haar contractuele wederpartij (zijnde de erfpachter) moeten dagvaarden.

Op grond van het voorgaande acht het college het derhalve niet mogelijk dat de gemeente en de erfpachter samen de deskundige binden aan het hanteren van criteria die voortvloeien uit de jurisprudentie.

Ad. 3: De derde aanbeveling betreft de vraag naar de mogelijkheid dat de gemeente en de erfpachter samen een rapport dat niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen niet accepteert om zo een kostbare en langdurige gang naar de rechter te voorkomen.
Ons college is met u van mening dat niet onnodig juridische procedures moeten worden gevoerd. Zoals voorgaand vermeld kunnen partijen vernietiging van het deskundigenrapport vorderen bij de rechter. Het is echter ook mogelijk dat partijen in onderling overleg overeen kunnen komen een deskundigenrapport niet te accepteren en een nieuwe deskundigencommissie aan te wijzen teneinde de canon vast te stellen.

In de afweging hierbij moeten gemeente en erfpachter wel betrekken dat, gezien de te betrachten terughoudendheid bij het aansprakelijk stellen van deskundigen (waar onder ad. 4 op wordt ingegaan), de kosten van de deskundigen (in vrijwel alle gevallen) wel zullen moeten worden voldaan. Tevens moet er rekening mee gehouden worden dat de door de gemeente in de Algemene Bepalingen gestelde termijn voor het aanzeggen van de canon mogelijk niet gehaald zal worden en dat dit mogelijk financiële gevolgen voor de gemeente kan hebben, omdat de gemeente de nieuwe canon niet tijdig in rekening kan brengen.

Zoals reeds hiervoor vermeld zal de gemeente de erfpachter moeten dagvaarden indien zij vernietiging van een deskundigenrapport vordert. Immers, de erfpachter is de contractuele wederpartij van de gemeente. Dit heeft vaak een grote impact voor de erfpachter. Indien in een deskundigenrapport ook na het toepassen van het beginsel van

[26] Art. 7:904 lid 1Burgerlijk Wetboek (BW).

hoor en wederhoor, naar het oordeel van de gemeente, een ondeugdelijke motivatie is opgenomen dan wel een onjuiste methodiek is toegepast, zal de gemeente in contact treden met de betreffende erfpachter teneinde te overleggen over de rapporten. Vervolgens zal worden gekeken of het mogelijk is dat de gemeente en de erfpachter samen overeenkomen het deskundigenrapport niet te accepteren en overeen te komen op welke wijze de canon zal worden vastgesteld. In het aan het college voor te leggen beleid inzake het controleren van deskundigenrapporten zal dit nader worden uitgewerkt.

Ad. 4: De vierde aanbeveling betreft de vraag of het mogelijk is dat de gemeente en de erfpachter samen afzien van een vergoeding aan de deskundigen of het verhalen van kosten op de deskundigen wanneer een rapport niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen.
Voor wat betreft de gezamenlijke vaststelling van een nieuwe erfpachtcanon blijkt uit de jurisprudentie[27] dat dit voor de deskundigen geen resultaatsverplichting maar een inspanningsverplichting betreft. Elk van de deskundigen is evenwel gehouden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen[28]. Uit jurisprudentie blijkt voorts dat terughoudendheid moet worden betracht als het gaat om het aannemen van aansprakelijkheid van bindend adviseurs voor tekortkomingen in de uitvoering van de opdracht. Kortom, slechts indien het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn aan de fouten van deskundigen geen gevolgen ten nadele van de bindend adviseurs te verbinden, is het wellicht mogelijk de deskundigen aansprakelijk te stellen[29].

Ons college is met u van mening dat van de deskundigen mag worden verwacht dat de eisen die de jurisprudentie stelt aan deskundigenrapporten in acht worden genomen. De gemeente zal derhalve per individueel geval alles in het werk stellen om zo veel mogelijk te bevorderen dat kwalitatief goede deskundigenrapporten worden opgesteld. Indien de situatie hier aanleiding toe geeft zal de gemeente proberen gemaakte kosten en geleden schade op de deskundigen te verhalen, mits dit juridisch mogelijk is. Het blijft echter aan de rechter om te bepalen of deskundigen aansprakelijk zijn voor de kosten en/of geleden schade.

Ons college is overigens van mening dat het niet per se noodzakelijk is dat de gemeente en de erfpachter tezamen optreden. De gemeente dan wel de erfpachter kan zelfstandig hetzelfde resultaat bereiken. Dit zal zeker het geval zijn indien de gemeente en de erfpachter een verschillend dan wel tegenstrijdig belang hebben.

Concluderend is het college van mening dat het beleid inzake het controleren van deskundigenrapporten ter vaststelling aan het college zal moeten worden voorgelegd om de uniforme uitvoering te waarborgen. Over hoe sinds 2010 door OGA vorm is gegeven aan de controle van deskundigenrapporten zal dit jaar door de wethouder Grondzaken aan de raad worden gerapporteerd.
Het binden van de deskundigen aan de eisen die de jurisprudentie stelt aan deskundigenrapporten acht het college, gezien de onafhankelijkheid van de deskundigencommissie en de interpretatie van de jurisprudentie door de deskundigen,

[27] Hoge Raad 14 april 2006, NJ 2006, 259.
[28] Art. 7:401 BW.
[29] Hoge Raad 15 juni 2012, RvdW 2012/852. Art. 7:904 lid 1 BW.

niet mogelijk. Gezien de aandacht die zowel bij de gemeente als bij de deskundigen uit gaat naar de kwaliteit van de deskundigenrapporten heeft het college er echter vertrouwen in dat de deskundigenrapporten in de meeste gevallen voldoen aan de eisen die de jurisprudentie daaraan stelt.
Ons college is met u van mening dat niet onnodig juridische procedures gevoerd moeten worden indien deskundigenrapporten naar het oordeel van de gemeente (en de erfpachter) niet voldoen aan de eisen die de jurisprudentie daaraan stelt. Naar aanleiding van uw derde aanbeveling zal de gemeente in die gevallen dan ook contact opnemen met de erfpachter om te overleggen over de kwaliteit van de deskundigenrapporten.
De gemeente zal uiteraard binnen haar vermogen alles in het werk stellen om de rapporten te laten voldoen aan de daaraan te stellen eisen. Indien dit onverhoopt niet het geval is en de situatie hier aanleiding toe geeft zal de gemeente proberen de kosten en eventueel geleden schade op de deskundigen te verhalen.

Deze bestuurlijke reactie mag integraal worden opgenomen in uw openbare eindrapportage.

2. Nawoord rekenkamer

De rekenkamer dankt het college voor de uitgebreide reactie op de rekenkamerbrief en is verheugd dat het college drie van de vier aanbevelingen overneemt. Door uitvoering te geven aan de aanbevelingen verwacht de rekenkamer dat de raad beter geïnformeerd wordt over de uitvoering van het erfpachtbeleid, deskundigen worden gestimuleerd om taxatieverslagen te verbeteren en onnodige juridische procedures worden vermeden. Uit onze eerder rekenkameronderzoek blijkt dat de waardebepaling complex is en veel vragen oproept. Zowel de gemeente als de erfpachter hebben daarom belang bij dat adviezen van deskundigen transparant, controleerbaar en voldoende gemotiveerd zijn.

Op 22 mei 2013 heeft het college het *voorstel voor nieuwe Amsterdamse erfpachtvoorwaarden helder en voorspelbaar* vrijgegeven voor consultatie. Uit het voorstel blijkt dat als de overgang naar de nieuwe erfpachtvoorwaarden langs een natuurlijke weg zou verlopen, dat dan pas in 2070 circa 95% van de koopwoningen onder de nieuwe erfpachtvoorwaarden zullen vallen. Naar onze verwachting zullen deskundigen ook daarom na invoering van de nieuwe erfpachtvoorwaarden en zolang woningen niet van eigenaar zijn gewisseld nog een lange tijd de waarde blijven vaststellen.

Het is daarom jammer dat het college aanbeveling 2 niet overneemt en zo uitlegt dat het deskundigen zou moeten voorschrijven hoe jurisprudentie zou moeten worden geïnterpreteerd. Het doel van de aanbeveling is om deskundigen te attenderen op de bestaande jurisprudentie en ze op die manier te bewegen om taxatierapporten op te stellen die transparant, controleerbaar en voldoende gemotiveerd zijn. Dit zou kunnen worden gerealiseerd door de deskundige commissie een opdracht mee te geven om de canon vast te stellen met *inachtneming* van de jurisprudentie en zich in het rapport te laten verantwoorden over hoe rekening is gehouden met de jurisprudentie in de uitvoering van de opdracht.

Wij geven het college in overweging om alsnog aanbeveling 2 over te nemen om zo de kwaliteit van de adviezen verder te verbeteren.